

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS  
DOUTORADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO MACHADO BERTOLUCI

**A IMUNIDADE MATERIAL DO ADVOGADO COMO COROLÁRIO DOS DIREITOS DA  
CIDADANIA**

Porto Alegre  
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

MARCELO MACHADO BERTOLUCI

**A IMUNIDADE MATERIAL DO ADVOGADO COMO COROLÁRIO DOS  
DIREITOS DA CIDADANIA**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon

Porto Alegre

2018

## Ficha Catalográfica

B546i Bertoluci, Marcelo Machado

A Imunidade Material do Advogado como Colorário dos Direitos e da Cidadania / Marcelo Machado Bertoluci . – 2019.

252.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon.

1. Prerrogativas da Advocacia. 2. Atos e Manifestações do Advogado. 3. O art 133 da Constituição Federal. 4. Imunidade Penal e Civil do Advogado. 5. Emenda Constitucional. I. Pozzebon, Fabrício Dreyer de Avila. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).  
Bibliotecária responsável: Salete Maria Sartori CRB-10/1363

MARCELO MACHADO BERTOLUCI

**A IMUNIDADE MATERIAL DO ADVOGADO COMO COROLÁRIO DOS  
DIREITOS DA CIDADANIA**

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Ciências Criminais do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Banca Examinadora:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon – PUCRS – Orientador

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Ricardo Ferreira Breier

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Tomás Grings Machado

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Nereu José Giacomolli

\_\_\_\_\_  
Professora Doutor Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu orientador e caro decano da Escola de Direito da PUCRS, Prof. Dr. Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon, registro minha gratidão e admiração por sua sabedoria, contribuições inestimáveis e imprescindíveis, pelo convívio profícuo, transparente e muitíssimo gratificante.

Aos professores da Escola de Direito da PUCRS, pelas contribuições inestimáveis. Meu especial agradecimento à Profa. Dra. Ruth Maria Chittó Gauer, pelos incontáveis exemplos.

Ao Presidente Nacional da OAB, Claudio Pacheco Prates Lamachia, e ao Conselheiro Federal da OAB, Luiz Henrique Cabanellos Schuh, pelas trajetórias merecedoras de aplauso, pela coerência, densidade principiológica e conceitual nas impecáveis ações instrumentalizadoras em prol da advocacia e cidadania brasileira.

Ao Presidente e ao Secretário Geral da OAB do Rio Grande do Sul, Ricardo Ferreira Breier e Rafael Braude Canterji, pelos exemplos de exercício harmônico e complementar entre os honrosos ofícios acadêmicos e de dirigentes da OAB. Meu reconhecimento, agradecimento e orgulho pela causa coletiva.

À Gabriela Richinitti, minha gratidão pela talentosa e qualificadíssima contribuição na presente pesquisa, com a certeza de que novas gerações de pesquisadores honram seu ofício e personificam a evolução.

À Liani Gemignani, pela contribuição efetiva, cuidadosa e sábia no apoio ao presente trabalho, bem como pela convivência histórica.

À minha esposa Alessandra e aos meus filhos, Isabella e Enrico. Meu amor incondicional e encantamento. Maravilhosos momentos de estudos familiares (do passado, do presente e do futuro), reunidos na mesa grande!

A Deus, pela saúde física e emocional para executar mais um sonho.

À Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, pela trajetória discente e docente de 30 anos. Minha gratidão e comunhão quantos aos valores, missões e princípios.

Às mulheres e homens que exercem o honroso voluntariado em prol das causas da Ordem dos Advogados do Brasil, notadamente em favor da advocacia e cidadania.

Às mulheres e homens que integram o Poder Judiciário e afirmam o honroso ofício da Magistratura, distribuindo a Justiça.

## RESUMO

A presente tese, desenvolvida na área de concentração de Sistema Penal e Violência, tem como objetivo sustentar a importância, para a advocacia e a cidadania, da defesa e do aperfeiçoamento das prerrogativas garantidas ao advogado pelo sistema jurídico brasileiro, no tocante aos seus atos e manifestações, em juízo ou fora dele, desde que vinculados à defesa da causa patrocinada. Entre os meios de promover o revigoramento da profissão perante a sociedade, propõe-se a reforma do art. 133 da Constituição Federal, mediante a inclusão de parágrafo único, assegurando a imunidade penal e civil por atos e manifestações contra os riscos que sua indevida flexibilização acarreta ao desempenho profissional e, por conseguinte, aos direitos de defesa dos cidadãos. Situando a advocacia como elemento intrínseco à cidadania, percorre-se um período que vai do surgimento da profissão enquanto atividade eminentemente privada até o reconhecimento de sua função pública, decorrente de sua histórica atuação junto aos processos democratizantes do país. Demonstra-se que as prerrogativas profissionais são concebidas para fortalecer o vínculo entre o advogado e o cidadão – ou, mais amplamente, entre a advocacia e a cidadania –, de modo que a proteção legal conferida pelo ordenamento jurídico aos defensores não veicula um privilégio de classe, mas um autêntico interesse coletivo. Dessa forma, as investidas que buscam enfraquecer a livre advocacia ameaçam o próprio Estado Democrático de Direito, devendo ser refreadas pela ordem constitucional. Assim, é imperioso conferir clareza, concretude e máxima efetividade à imunidade penal e civil dos advogados por atos e manifestações, uma vez que é portada em nome do cidadão.

**Palavras-chave:** Advocacia. Prerrogativas. Direitos de defesa da cidadania. Reforma constitucional. Inviolabilidade civil e penal.

## ABSTRACT

The present thesis, developed in the area of Criminal Violence System, aims to sustain the importance, for advocacy and citizenship, of the defense and improvement of the prerogatives guaranteed to the lawyer by the Brazilian legal system, in relation to their acts and manifestations in court or outside it, as long as they are linked to the defense of the assumed cause. Among the ways to promote the reinvigoration of the profession in society, it's proposed the reform art. 133 of the Federal Constitution, through the inclusion of a single paragraph, ensuring criminal and civil immunity for acts and manifestations against the risks that its undue flexibilization represents for the professional performance and, therefore, for the citizens' rights of defense. Placing advocacy as an intrinsic element of citizenship, the study analyzes the period that goes from the emergence of advocacy as an eminently private activity until the recognition of its public function, due to its historical action in favor of the democratizing processes of the country. It demonstrates that professional prerogatives are designed to strengthen the link between the lawyer and the citizen – or, said in another way, between advocacy and citizenship –, so that the legal protection provided by the legal system to the defenders does not convey a class privilege, but represents an authentic collective interest. Those who seek to weaken free advocacy attack the Democratic State of Law itself, and must be restrained by constitutional order. Thus, it is imperative to confer clarity, concreteness and maximum effectiveness on the criminal and civil immunity of lawyers for acts and manifestations, since it is guaranteed in favor of citizens.

**Keywords:** Advocacy. Prerogatives. Rights of defense of citizenship. Constitutional reform. Civil and criminal inviolability.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1 A ADVOCACIA</b> .....	15
1.1 A ADVOCACIA NA CONSTITUIÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE COMPARADA.....	15
<b>1.1.1 Advocacia e constitucionalismo liberal: raízes históricas e perfis constitucionais</b> .....	17
<b>1.1.2 O sentido formal e material do devido processo legal</b> .....	22
<b>1.1.3 Direito à defesa ampla e efetiva</b> .....	29
1.2 OS PRINCIPAIS MARCOS HISTÓRICOS ANTECEDENTES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	33
<b>1.2.1 Do individualismo à defesa dos direitos de cidadania: a mudança de paradigma da advocacia durante a Era Vargas</b> .....	34
<b>1.2.2 Ditadura Militar: a postura da advocacia e a atuação dos criminalistas no regime repressor</b> .....	40
1.3 OS DIREITOS DE CIDADANIA.....	55
<b>1.3.1 Concepções históricas de cidadania: da Antiguidade Clássica às revoluções burguesas</b> .....	56
<b>1.3.2 Os direitos de cidadania e a função social do advogado no constitucionalismo brasileiro</b> .....	59
1.4 NATUREZA JURÍDICA E RAÍZES HISTÓRICAS DA ADVOCACIA.....	68
<b>1.4.1 A advocacia como função essencial à justiça e à cidadania</b> .....	70
<b>1.4.2 Dos decálogos aos modernos Códigos de Ética: direitos e deveres do advogado</b> .....	81
<b>2 AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA</b> .....	90
2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS PRERROGATIVAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	91
<b>2.1.1 A motivação das prerrogativas contra o arbítrio dos privilégios</b> .....	92
<b>2.1.2 Racionalidade jurídica e advocacia no tempo das incertezas</b> .....	98
2.2 DIREITOS DE DEFESA E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO DIREITO INTERNACIONAL.....	106

<b>2.2.1 Os direitos humanos e a internacionalização do direito constitucional.....</b>	<b>107</b>
<b>2.2.2 Ampla defesa e garantias da advocacia nos tratados internacionais..</b>	<b>110</b>
<b>2.3 DIREITOS E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>124</b>
<b>2.3.1 Sigilo profissional e inviolabilidade do local e dos meios de trabalho</b>	<b>125</b>
<b>2.3.2 Comunicação reservada com cliente preso.....</b>	<b>130</b>
<b>2.3.3 Independência, liberdade do exercício profissional e indispensabilidade da advocacia.....</b>	<b>135</b>
<b>2.4 IMUNIDADE CIVIL E PENAL DO ADVOGADO POR ATOS E MANIFESTAÇÕES.....</b>	<b>146</b>
<b>2.4.1 Dimensões e natureza jurídica da inviolabilidade e da imunidade profissional.....</b>	<b>147</b>
<b>2.4.2 Amplitude e limites da imunidade material nas esferas civil e penal.....</b>	<b>155</b>
<b>2.4.3 A imunidade dos representantes no interesse dos representados: o direito à palavra dos interlocutores da cidadania....</b>	<b>162</b>
<b>3 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</b>	<b>177</b>
<b>3.1 PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO.....</b>	<b>177</b>
<b>3.1.1 Distinções entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.....</b>	<b>178</b>
<b>3.1.2 O artigo 133 visto sob o prisma da força normativa da Constituição e das condicionantes da realidade brasileira.....</b>	<b>183</b>
<b>3.2 ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: POSSIBILIDADES E PROCEDIMENTOS.....</b>	<b>188</b>
<b>3.2.1 Características e classificações da Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>189</b>
<b>3.2.2 Mutação constitucional: métodos e limites.....</b>	<b>196</b>
<b>3.2.3 Reforma constitucional: hipóteses e limites.....</b>	<b>198</b>
<b>3.2.4 Mutação ou reforma constitucional: a busca pelo meio adequado para consolidar a livre advocacia na Constituição Federal brasileira.....</b>	<b>205</b>

3.3 A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA.....	218
<b>3.3.1 As funções essenciais à justiça e à sociedade no texto da Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>218</b>
<b>3.3.2 A proposta de inclusão de parágrafo único ao artigo 133 da Constituição Federal brasileira através de Emenda Constitucional.....</b>	<b>223</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>227</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>233</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta tese situa-se no campo dos direitos fundamentais de defesa, enfocando a livre advocacia como elemento intrínseco da cidadania, por constituir função indispensável ao bom funcionamento e à preservação do Estado Democrático de Direito. Através de contextualizações históricas e incursões pelo direito comparado, o trabalho demonstra a importância de preservar e reforçar as prerrogativas garantidas ao advogado pelo sistema jurídico brasileiro, dando-lhes máxima efetividade. No que tange especificamente à imunidade por atos e manifestações, destaca-se sua interdependência com os direitos de cidadania, de modo a justificar o *status* constitucional que lhe é conferido pelo art. 133 da Constituição Federal de 1988.

Por certo, não se pode deixar de considerar que o mundo atravessa um momento de instabilidade epistemológica, cultural e política, onde princípios antes entendidos como sólidos e inquebrantáveis ameaçam dissolver-se no furor das transformações. Entre os institutos eminentemente democráticos que têm sofrido graves tentativas de relativização e exaurimento, encontram-se aqueles que garantem meios efetivos ao cidadão para operar sua defesa técnica perante o Estado. Para abordar o problema e conceber soluções jurídicas factíveis, este estudo busca superar a pura abstração teórica, dialogando com a realidade do espaço e do pensamento contemporâneo e, mais especificamente, com as peculiaridades da experiência brasileira.

Os direitos de defesa pertencem à própria essência do Estado Democrático de Direito, resguardando as pessoas e a sociedade contra o arbítrio dos poderes. Legalmente incumbida da nobre tarefa de proceder à defesa técnica dos cidadãos, a advocacia representa um pilar indispensável à administração da justiça, assumindo a função pública de zelar pela preservação dos institutos democráticos, pela observância do devido processo legal e pela realização dos direitos fundamentais. Com efeito, seus deveres sociais se concretizaram no decorrer de um longo processo evolutivo, em que a profissão precisou abandonar a concepção marcadamente individualista do século XIX, adotando compromissos com a cidadania e imperativos de conduta para seus membros. Atualmente, os princípios

que norteiam a atividade encontram-se consubstanciados em instrumentos normativos, como o Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e o Código de Ética e Disciplina da OAB. Conforme seus laços com a sociedade civil tornaram-se mais estreitos, a classe assumiu um conjunto cada vez maior de premissas éticas e responsabilidades sociais.

Para o esmerado cumprimento de seus deveres públicos, foram-lhe atribuídas garantias legais, veiculadas de maneira mais detalhada no Estatuto da Advocacia, de 4 de julho de 1994. O objetivo dessas previsões é assegurar a atuação livre e combativa dos defensores, no interesse da coletividade; muito distantes de privilégios de classe, as prerrogativas buscam perfectibilizar a justiça e promover os instrumentos do contraditório em toda sua amplitude. Sua base constitucional encontra-se no art. 133 da Constituição Federal, de acordo com o qual o advogado “[...] é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”<sup>1</sup>.

A experiência demonstra, contudo, que a inscrição genérica da inviolabilidade profissional na Lei Maior não tem bastado para refrear investidas de índole autoritária contra a livre advocacia. A pesquisa realizada neste trabalho desvela algumas medidas recentes que, enfraquecendo a aliança essencial dos advogados com os cidadãos, representam ameaças manifestas à ampla defesa e ao contraditório, cerceando direitos tão essenciais quanto o sigilo profissional, a inviolabilidade do local e dos meios de trabalho, a comunicação dos presos com o causídico, a independência técnica e, por fim, os espaços e recursos de argumentação inerentes à atividade postulatória.

Dentre as proteções que salvaguardam a independência e a combatividade da advocacia, a imunidade civil e penal por atos e manifestações no exercício da profissão é indispensável ao exercício do mandato em favor da cidadania. Com base nessa constatação, justifica-se a necessidade de proceder à reforma do art. 133 da Constituição Federal, conferindo-lhe maior concretude, operacionalidade e condições de sobreviver em meio às instabilidades sociopolíticas.

---

<sup>1</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

O estudo e as propostas que dele decorrem se alicerçam em fatos da história e do presente, analisando o intrincado de questões que orbitam o tratamento legal da advocacia. No primeiro capítulo, parte-se de um resgate das raízes mais profundas da técnica postulatória – vinculadas à retórica grega e, posteriormente, amoldadas ao constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX – para chegar à mudança paradigmática que reconheceu na profissão seu viés público, comprometido com os direitos de cidadania. Essa função social da advocacia adquire evidência quando se observa a atuação da classe ao longo do desenvolvimento do Estado brasileiro, examinando sua influência determinante sobre os processos políticos que decidiram os rumos do país, sobretudo a partir da Era Vargas, quando se criou a Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930. Durante a Ditadura Militar de 1964, notabilizou-se a combatividade com que a classe e muitos de seus membros lutaram para reconduzir o país ao espírito democrático, confrontando os incontáveis desmandos e violações perpetrados pelo regime autoritário.

Desde sua gênese, portanto, a advocacia busca realizar os direitos do cidadão em face dos poderes instituídos, assumindo o compromisso de zelar pela preservação do Estado Democrático de Direito. As prerrogativas decorrem da própria natureza da profissão, garantindo o cumprimento desassombrado de suas funções legais perante a sociedade. Assim, seu fortalecimento revela-se vital para qualquer sistema jurídico que pretenda manter-se incólume perante as investidas autoritárias e as pressões que, na instabilidade dos tempos, procuram deformar direitos humanos essenciais.

O segundo capítulo do trabalho concentra-se em analisar as garantias de defesa e o tratamento conferido à advocacia pelos tratados, convenções, declarações e outros documentos internacionais. Trata-se de um estudo particularmente importante, tendo em vista a tendência à internacionalização dos direitos humanos e, por consequência, dos imperativos constitucionais. Blindar o sistema jurídico brasileiro contra relativizações desses direitos significa colocá-lo em compasso com a ordem cooperativa mundial, cujas normas supranacionais orientam-se pelo reforço dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

Assim como Magistrados, membros do Ministério Público e parlamentares, os advogados detêm prerrogativas atreladas à relevância pública de sua função; no entanto, é a proteção legal conferida à advocacia que parece encontrar maiores resistências e oposições junto aos discursos institucionais, políticos, midiáticos e até mesmo populares. Ainda em seu segundo capítulo, a tese investiga os motivos dessa percepção distorcida – que, muitas vezes, não reconhece a nobreza do papel de quem se investe o defensor. Entre as causas elencadas, encontram-se a inevitável parcialidade do advogado, a necessária defesa de réus impopulares e as próprias relações estabelecidas no ambiente dos Tribunais. Por isso, importa elucidar as razões que subjazem às principais prerrogativas profissionais, ressaltando que constituem verdadeiros direitos do cidadão, e não privilégios de classe. O sigilo profissional, a inviolabilidade dos meios e locais de trabalho, a independência, a liberdade de exercício, a comunicação com o cliente e a inviolabilidade por atos e manifestações ligam-se a princípios basilares do próprio Estado Democrático de Direito, de modo que sua desnaturação representa verdadeira ameaça à ordem constitucional como um todo.

O último capítulo da tese encaminha-se para a proposta de emenda à Constituição, conferindo um viés objetivo às construções teóricas empreendidas. Nesse tópico, primeiramente são avaliadas as possibilidades de mudança da Constituição Federal brasileira através das técnicas de mutação, revisão e reforma constitucional. Revistos os métodos de atualização e revigoração da Lei Maior, propõe-se o acréscimo, por meio de emenda constitucional, de um parágrafo único no art. 133, cuja redação traria transparência e efetividade ao dispositivo. Considerando que há espaço e meios legislativos para valorizar a advocacia dentro do texto da Carta Política de 1988, essa solução acena com uma resposta possível para alguns dos problemas desenvolvidos no decorrer da tese; salienta-se, contudo, que há outras etapas a serem percorridas para que se atinja o grau ótimo de respeito às garantias profissionais.

O trabalho reverbera a importância das prerrogativas asseguradas ao advogado – sobretudo a imunidade por atos e manifestações, que emana a essência da atividade postulatória –, bem como sua relação com a cidadania. Seu caráter propositivo reside na justificada proposição de uma emenda à Constituição Federal, insculpindo a imunidade civil e penal de maneira expressa na raiz constitucional do

art. 133. Pretende-se, através desse estudo, oferecer mais um elemento de reforço à livre advocacia – que, de toda forma, se constrói na prática cotidiana do advogado –, fortalecendo, por conseguinte, os direitos de cidadania.

## 1 A ADVOCACIA

Desde sua origem greco-romana, a advocacia ofereceu aos cidadãos um meio de acessar a justiça mediante o *jus postulandi*<sup>2</sup>, fundado no diálogo e na técnica da oratória. Entre as mais antigas profissões liberais existentes, a função pública do advogado expandiu-se com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, constituindo, hoje, peça essencial à distribuição equânime do direito e instrumento inafastável da defesa dos direitos fundamentais.

No Brasil, o advogado tem sua importância social reconhecida constitucionalmente no art. 133, cuja redação o consagra como indispensável à administração da justiça<sup>3</sup>. O tratamento constitucional, contudo, está longe de exaurir a questão: a inconstância dos processos históricos, a complexidade do tema e seus desdobramentos na esfera sociopolítica fazem com que a advocacia seja objeto de frequentes questionamentos. Sua atuação livre e combativa diante dos poderes do Estado produz debates acirrados, que transbordam o âmbito doutrinário e jurisprudencial e se disseminam pelos circuitos midiáticos. Com o intuito de oferecer uma perspectiva lúcida a essas controvérsias – que muitas vezes aparecem imbuídas de interesses alheios à defesa da cidadania e do espírito democrático –, o primeiro capítulo deste trabalho se propõe a resgatar a natureza da advocacia, pontuando algumas experiências históricas em que seus deveres de base se fizeram evidentes.

### 1.1 A ADVOCACIA NA CONSTITUIÇÃO: UMA BREVE ANÁLISE COMPARADA

Antes de adentrar propriamente no âmbito do tratamento conferido pela Constituição Federal brasileira às prerrogativas do advogado, é importante compreender os fenômenos históricos relacionados ao tema que constitui o núcleo deste estudo, examinando suas múltiplas camadas e seus desdobramentos em

---

<sup>2</sup> Do latim, “direito de postular”.

<sup>3</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

diferentes épocas e sociedades. Ao resgatar as origens do direito de defesa e, a partir delas, acompanhar o processo constitucional das Nações, pretende-se munir esta pesquisa de uma percepção ampla acerca dos problemas que se colocam. As experiências transnacionais têm lições valiosas a oferecer; se abordadas através de um diálogo intercultural que não despreze os fatores singulares de cada região, as doutrinas, legislações e jurisprudências de diferentes países servem de substrato à emergência de novas ideias e pensamentos no cenário pátrio.

Não se cogita transplantar textos normativos e molduras institucionais entre realidades incompatíveis – esse tipo de enfrentamento pode ser ineficaz, quando não desastroso. Trata-se de adequar conceitos e pensamentos às condições locais, compreendendo por que certas medidas se justificam e prosperam em determinados países, mas se mostram insatisfatórias, excessivas ou mesmo nefastas em outros. Por meio da contraposição e do contraste de vários paradigmas se revelam as peculiaridades e os hiatos de algum modelo em especial. Como afirma Carla Rahal, o direito comparado, ao colocar o jurista fora dos limites de seu próprio sistema, possibilita o conhecimento e o aperfeiçoamento do direito nacional:

Partindo destas premissas, o direito comparado vem sendo largamente utilizado pelas Nações para resolver os problemas advindos em razão dos fenômenos da tecnologia e da globalização, inclusive no Brasil, principalmente no campo de incidência do direito penal, mas que, entretanto, a experiência tem mostrado que da maneira como vem sendo ele utilizado, tem-no fragilizado e desmoralizado, gerando uma global insegurança jurídica.

Como dissemos, o direito comparado confere clareza às reflexões jurídicas porque nos coloca fora do nosso próprio sistema de direito.<sup>4</sup>

Nesse sentido, é importante perceber de que forma o tratamento conferido à advocacia pelas Constituições mundiais apresenta nuances que se relacionam à estabilidade institucional de cada país, bem como ao estágio de consolidação de seus direitos de cidadania, à distribuição dos poderes e ao modo de elaboração de suas leis fundamentais. Analisando esse intrincado de fatores, chega-se à inter-relação que existe entre os conceitos de Constituição, cidadania, direito de defesa e

---

<sup>4</sup> RAHAL, Carla. Criminal compliance: instrumento de direito comparado útil e legítimo de proteção corporativa no direito brasileiro. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 77-82.

prerrogativas do advogado. Trazendo essas considerações para o direito brasileiro, restará patente que as garantias profissionais não consolidam privilégios, mas operam como mecanismos de preservação de uma democracia que sofreu rupturas recentes. Com efeito, determinados dispositivos destinam-se a resguardar os preceitos de liberdade, cidadania e justiça inscritos no texto constitucional.

Introduzindo os componentes essenciais ao tema por suas raízes históricas, este trabalho pretende elucidar os pontos onde as funções do advogado e o constitucionalismo liberal se interpenetram. Em seguida, colocará em perspectiva as experiências transnacionais, percebendo o tratamento constitucional da advocacia em diferentes contextos.

### **1.1.1 Advocacia e constitucionalismo liberal: raízes históricas e perfis constitucionais**

As análises macro-históricas marcam o avanço da humanidade a partir de seus conflitos, focalizando oposições entre sujeitos ou grupos na medida em que suas causas e efeitos refletem nas estruturas civilizacionais. À margem da grande historiografia, contudo, instauram-se desacordos e desavenças, de naturezas e magnitudes diversas; isso porque a oposição de interesses é tão inerente e comum à convivência humana que o conflito, embora estremeça a coesão social, não pode ser considerado mero fenômeno patológico – ele é o fator dinâmico dos processos evolutivos.

Entre os séculos XVI e XVIII, os teóricos políticos e filósofos Thomas Hobbes (1588 – 1679), John Locke (1632 – 1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712 – 1778) explicaram a organização das estruturas de governo como um contrato social. De acordo com essas teorias, cada cidadão delegaria uma parcela de sua liberdade ao Estado em troca de segurança, a ser provida por um governante respaldado e legitimado pelo somatório dessas liberdades<sup>5</sup>. Assim, para não permanecer inteiramente à deriva no jogo de forças, num perene estado

---

<sup>5</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>>. Acesso em: 10 maio 2018.

de medo e instabilidade, o sujeito político buscou ordenar-se através de autoridades que regessem mecanismos eficazes de solução de embates, desavenças e controvérsias.

Persistia, contudo, o risco de que a força da própria autoridade avançasse temerariamente; para limitar o poder absoluto do Estado e salvaguardar as parcelas não transferidas da liberdade – retidas sob a forma de direitos do cidadão –, surgiu o constitucionalismo. Pactos escritos materializaram o acordo que, até a Idade Média, existia apenas tacitamente, de maneira pouco eficaz. A Carta Magna de 1215, o *Petition of Rights* de 1628, o *Instrument of Government* de 1654 e o *Bill of Rights* de 1689 são exemplos desses documentos, embrionários das Constituições contemporâneas.

A advocacia, por sua vez, tem raízes ainda mais profundas do que o constitucionalismo liberal. Na Grécia, onde os julgamentos espetaculares valorizavam a arte da retórica, surgiram notórios oradores, que atuavam, sobretudo, nas causas públicas; entre eles, destacaram-se, pela capacidade persuasiva, Demóstenes, Péricles e Aristides. A defesa – que, em um primeiro momento, era realizada pelo próprio acusado – cedeu lugar à representação das partes por terceiros, aproximando a figura do defensor das funções profissionais modernamente atribuídas aos advogados<sup>6</sup>.

A profissão é, portanto, uma das mais antigas e relevantes da história da humanidade, atuando na defesa do cidadão perante o aparato julgador dotado de poder e meios coercitivos para fazer cumprir suas decisões. A antipatia com que a opinião pública e o senso comum percebem a necessária defesa de réus impopulares não apaga a indelével nobreza que existe na função de colocar-se ao lado do acusado quando chamado a socorrê-lo. Muitas vezes, é o advogado a única voz de sobriedade que se contrapõe ao alarido dos vereditos precipitados, ainda sujeitos à revisão da justiça e do tempo; da mesma forma que um bom médico não se recusa a operar um enfermo de má reputação, não pode a advocacia furtar-se a oferecer o amparo legal a que o réu tem direito. É este o

---

<sup>6</sup> SOUZA, Jean Michel Postai de. A história da advocacia. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, ed. 2, v. 2, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/81/a-historia-da-advocacia/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

sentido que permeia a existência e a persistência da profissão desde o berço da justiça ocidental.

Em **As Misérias do Processo Penal**, Francesco Carnelutti<sup>7</sup> (1879 – 1965) afirma que as causas civis e penais são *fenômenos de inimizade*, onde a aversão recai sobre o acusado; nas causas mais graves, parece voltar-se contra ele a ojeriza do mundo todo. Na multidão, o coro de críticas chega a resultar, por vezes, em atos de violência. Numa leitura contemporânea de Carnelutti, percebe-se o aviltamento midiático por que passam muitos indiciados, submetidos aos holofotes e à ira insuflada junto à sociedade do espetáculo<sup>8</sup>. Ao advogado cabe se sentar no último degrau da escada para aplacar esse estado de solidão e desamparo em que se encontra o cliente.

Francesco Carnelutti ainda ressalta que, para cumprir seu mister, o defensor deve possuir o conhecimento mais intrínseco do acusado. Diferentemente do médico – a quem cabe a ciência física dos sintomas que causam a tormenta física –, o advogado precisa atingir o conhecimento espiritual de seu cliente; em outras palavras, precisa depreender sua história, o fio que costura a sucessão dos fatos. Nada disso é possível se o protagonista dessa narrativa não abre sua alma, não confia o bastante para entregar sua verdade.

A liberdade que os Estados democráticos conferem à advocacia visa possibilitar sua atuação desassombrada, desobstruindo o diálogo transparente com os acusados e oportunizando a plena defesa de seus direitos, ainda que aviltada pela inevitável belicosidade da opinião popular. Submetidos a parâmetros éticos, os advogados são os únicos legalmente autorizados a reter essa verdade mais profunda que lhes foi confiada – por vezes dolorosamente. Vinculados à defesa das razões da parte, não se comprometem à isenção; há, nisso, uma grande honestidade, algo que passa à margem das leituras mais simplistas. Como diz Carnelutti, “[...] as coisas mais simples são as mais difíceis de entender”<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2005. p. 28.

<sup>8</sup> Termo cunhado por Guy Debord no livro **A Sociedade do Espetáculo**, de 1967, para designar o mundo onde as imagens têm força para recriar uma realidade própria, fundindo a aparência da representação àquilo que o espectro coletivo toma por real. DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, op. cit., p. 29.

As experiências mundiais extremas demonstram que o advogado representa, muitas vezes, o último reduto da esperança – não apenas do sujeito, mas da ordem democrática. Perceber o tratamento conferido à profissão por Estados cujo sistema jurídico se desenvolveu sobre diferentes registros históricos é essencial para estabelecer a interdependência entre advocacia, liberdade e cidadania. Por cotejar as normas constitucionais de diferentes países à luz de um critério determinado, o direito constitucional comparado oferece um bom panorama dessa complexa temática. Em artigo intitulado **Advogados, Constituições e como São Feitos Julgamentos sem Esperança**<sup>10</sup>, Otávio Luiz Rodrigues Jr. observa que a palavra *advogado* está presente em 49 Constituições. Poucas são, contudo, as Nações ricas e democráticas que trazem o advogado em seu texto constitucional: Andorra, França, Portugal e Espanha. O termo mais amplo – *advocacia* –, por sua vez, aparece em 12 Constituições.

À primeira vista, extrai-se desse cotejo a ausência de relação direta entre a natureza democrática das Nações e o tratamento constitucional da advocacia e de seus membros. Observa-se, contudo, que são as Constituições mais modernas que assimilam os termos, sugerindo rupturas e reorganizações recentes das forças que constituem o poder – ou ainda a instabilidade dos fatos culturais e sociais que consolidaram os alicerces fundamentais de cada Nação. Nesse sentido, Otávio Luiz Rodrigues Jr. detecta no fenômeno da constitucionalização da advocacia o reconhecimento de que a violação de seus direitos exigiria um “reforço na normatividade hierárquica” da profissão.

É esse o caso do Brasil, onde a advocacia passou a ser objeto do texto constitucional a partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, resultado direto da Revolução Constitucionalista de 1932. Esse episódio materializou a frustração da sociedade civil com os encaminhamentos discricionários que Getúlio Vargas conferia ao governo, ao qual fora alavancado com o objetivo de romper com o escambo de poder da República Velha. Mais tarde, o país experimentaria outros abalos de sua estrutura democrática, notadamente o golpe de Estado de 1964. Como a estabilidade

---

<sup>10</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Advogados, Constituições e como são feitos julgamentos sem esperança**. 20 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-20/advogado-permanece-figura-incompreendida-gente>>. Acesso em: 14 maio 2018.

institucional sofreu interrupções regulares, não houve tempo hábil para que se estabelecesse uma genuína confiança na manutenção das estruturas democráticas, recorrendo-se à positivação constitucional dos mecanismos protetores das liberdades fundamentais e dos direitos de cidadania.

Entre os países desenvolvidos que trazem a palavra *advogado* em seus textos constitucionais, a França o faz apenas no artigo atinente à composição do Conselho Supremo de Magistratura (art. 65)<sup>11</sup>. Trata-se, portanto, de mero arranjo do órgão constitucional.

As Constituições portuguesa e espanhola, por sua vez, abordam o tema pelo viés do direito do cidadão de ser assistido em juízo por um advogado. A matéria se encontra mais detalhada no art. 208 da Constituição portuguesa, do qual se depreende que “[...] a lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”<sup>12</sup>.

As atuais Constituições portuguesa e espanhola foram elaboradas em 1976 e em 1978, respectivamente. A história recente desses países registra experiências autoritárias, de modo que suas Cartas Magnas também resultam do processo de transição para a democracia representativa. Em Portugal, permanece fresco o governo do Estado Novo, que perdurou no país durante 41 anos, entre a aprovação da Constituição de 1933 e a Revolução de 1974, que derrubou o regime salazarista. Na Espanha, o franquismo instaurado após a violenta Guerra Civil espanhola (1936 – 1939) perdurou por 36 anos, desmoronando apenas com a morte de Francisco Franco, em 1975. As ditaduras ibéricas e latino-americanas do século XX partilham muitas características similares, notadamente o espírito militar e a projeção de inimigos no comunismo e no anarquismo. É natural, portanto, que seus textos fundamentais apresentem pontos de convergência, sobretudo no que tange à preocupação com a solidez dos aparatos protetores da democracia, da liberdade e da cidadania. Nesse sentido, o advogado, no exercício

---

<sup>11</sup> FRANÇA. **Constituição francesa**. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>12</sup> PORTUGAL. **Constituição portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 maio 2018.

de sua função social, se estabelece como representante e protetor do cidadão perante o sistema punitivo do Estado.

Assim como a Constituição Brasileira de 1988, as Constituições ibéricas atualmente em vigor são analíticas, de conteúdo extenso e prolixo. Entre as causas que levam à elaboração de instrumentos abrangentes, Paulo Bonavides identifica o anseio de conferir estabilidade aos institutos antitotalitários:

As Constituições se fizeram desenvolvidas, numerosas, inchadas, em consequência principalmente das seguintes causas: a preocupação de dotar certos institutos de proteção eficaz, o sentimento de que a rigidez constitucional é anteparo ao exercício discricionário de autoridade, o anseio de conferir estabilidade ao direito legislado sobre determinadas matérias e, enfim, a conveniência de atribuir ao Estado, através do mais alto instrumento jurídico que é a Constituição, os encargos indispensáveis à manutenção da paz social.<sup>13</sup>

Vê-se, portanto, que, embora não exista correlação entre a defesa constitucional da advocacia e o desenvolvimento das Nações, há uma nítida tendência a depositar na profissão o projeto de uma democracia duradoura, evitando rupturas autoritárias. Essa confiança não é gratuita ou artificialmente forjada: em verdade, deriva do papel que os advogados assumiram nos períodos repressivos. Nessas ocasiões, a independência e o comprometimento com os direitos fundamentais instruíram os advogados à postura combativa diante dos regimes que tolheram os direitos de cidadania e as liberdades individuais – aquelas liberdades intransferíveis que, na origem da organização dos poderes, ficaram retidas com cada cidadão e que, mais tarde, ganharam envergadura constitucional.

### **1.1.2 O sentido formal e material do devido processo legal**

Quando se trata de direito comparado, convém cindir o estudo entre duas famílias jurisdicionais que, dotadas de alguma homogeneidade, se disseminaram por

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 92.

extensas porções do planeta: o sistema anglo-saxão e o sistema romano-germânico. Embora sejam nitidamente distintas, essas vertentes partilham de alguns institutos equivalentes, similares ou mesmo conciliáveis, de modo que o processo evolutivo dos dois sistemas jurídicos se beneficia do intercâmbio de influências conceituais e doutrinárias.

O sistema anglo-saxão, também chamado de Common Law, é a base do direito da Inglaterra, do País de Gales, da Irlanda do Norte e da Irlanda, tendo irradiado pelas regiões de colonização britânica, como é o caso dos Estados Unidos (à exceção da Louisiana), do Canadá (exceto no direito civil da província de Quebec), da Austrália e da Nova Zelândia. A Common Law constrói-se primordialmente pelas decisões dos tribunais, sendo criada e consolidada pelos juízes mediante a aplicação de precedentes aos casos concretos<sup>14</sup>.

De outro lado, o sistema romano-germânico ou Civil Law fundamenta-se em corpos normativos mais extensos, cabendo aos operadores do direito subsumir os casos concretos às previsões legais. Difundida pela Europa continental, pela América Latina e por muitas regiões da África e da Ásia, é sobre a vertente da Civil Law que assenta o ordenamento jurídico brasileiro.

Entre os institutos oriundos do direito anglo-saxão que foram assimilados pelos sistemas romano-germânicos, o *due process of law* – traduzido como “devido processo legal” – é, sem dúvidas, um dos mais importantes. Sua carga principiológica repercute por todo o ordenamento jurídico – inclusive sobre outros dispositivos de natureza constitucional. Por essa razão, consolidou-se como superprincípio, com força para limitar ou ampliar os efeitos dos princípios que a ele se vinculam ou que dele resultam<sup>15</sup>.

A positivação expressa do devido processo legal ocorreu apenas a partir da Constituição Federal de 1988, que o inclui no art. 5º, LIV, onde dispõe que “[...]”

---

<sup>14</sup> CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil**: diferenças e afinidades. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11647&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 22 maio 2018.

<sup>15</sup> PINHEIRO, Marcio Alves. **As características dos superprincípios jurídicos estabelecidos nos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9834/as-caracteristicas-dos-superprincipios-juridicos-estabelecidos-nos-principios-fundamentais-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 23 maio 2018.

ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”<sup>16</sup>. Antes disso, era aplicado somente mediante a utilização do direito comparado, principalmente com o advento da Constituição de 1891, que sofreu forte influência da Constituição norte-americana de 1787. A Constituição de 1891 também se destacou por ser a primeira a prever o remédio constitucional do *habeas corpus*, garantia contra o constrangimento ilegal da liberdade da pessoa humana.

Embora a positivação do devido processo legal em nossos códigos seja recente, o princípio nasceu junto à Magna Carta das Liberdades de 1215, emitida com o escopo de abrandar o autoritarismo monárquico que comandava a Inglaterra. O Rei João Sem Terra aceitou elaborar o documento mediante pressões e ameaças por parte da nobreza e da Igreja, que encaminhavam tropas insurgentes em direção a Londres. Organizadas sob o Exército de Deus e da Santa Igreja, essas forças conseguiram que o documento garantisse direitos individuais contra o autoritarismo do Estado. Deflagrado por um movimento de natureza feudal, o princípio – então chamado *law of the land*, ou “direito da terra” – estava destinado a consolidar-se como garantia suprema das liberdades fundamentais do sujeito e da coletividade, limitando o arbítrio dos governantes. Tem-se, aqui, o surgimento de um mecanismo que, consoante a teoria dos contratualistas exposta no subcapítulo anterior, visa salvaguardar as parcelas de liberdade não transferidas ao poder do soberano. As sementes do devido processo legal – que, no decurso dos séculos, germinariam importantes princípios derivados, como a legalidade, o contraditório, a ampla defesa, o acesso à justiça, a garantia do juiz natural – estavam lançadas. Carlos Roberto de Siqueira Castro analisa o processo histórico que moldou o instituto:

Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a locução *due process of law*, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão *law of the land*. É certo nesse sentido, que já no século seguinte, durante o reinado de Eduardo III, no ano de 1354, foi editada uma lei do Parlamento inglês (*statute of Westminster of the Liberties of London*) em que o termo *per legem terrae* é substituído pelo *due process of law*, o que é curiosamente atribuído a um legislador desconhecido (*some unknown draftsman*), segundo a meticulosa explicação histórica de Rodney Mott em seu festejado livro sobre o assunto. Na realidade, nesse período da primeira infância do nosso instituto, as expressões *law of the land*, *due course of law* e a *due*

---

<sup>16</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

*process of law*, que acabou se consagrando, eram tratadas indistintamente pela mentalidade jurídica então vigente.<sup>17</sup>

Atualmente, o rol de direitos e garantias consagrados a partir do princípio do devido processo legal é extenso, incluindo pressupostos de diferentes esferas do direito. Sua observância assegura um processo justo e livre de nulidades, sendo o instrumento apto a tutelar e materializar processualmente a existência digna estendida aos cidadãos. Consolidado como princípio norteador do processo judicial, o *due process of law* desdobra-se em duas espécies, emanadas da matriz anglo-saxônica: *substantive due process* e *procedural due process*.

O *substantive due process* – ou o devido processo legal em sentido substancial – instrui a produção legislativa, oferecendo parâmetros de razoabilidade para que as leis satisfaçam os anseios daqueles a que se destinam: os cidadãos. Configura-se, portanto, como limite ao poder legiferante do Estado, preservando os interesses sociais e vinculando a formulação das normas à aferição de sua constitucionalidade.

Como prelecionam os professores norte-americanos E. Thomas Sullivan e Toni M. Massaro<sup>18</sup>, o componente substancial do devido processo legal estabelece que um governo pode ser considerado injusto se emitir normas que violem as tradições ou as leis naturais admitidas por determinada sociedade, ainda que instituições legítimas as tenham promulgado conforme os requisitos formais e estruturais do Estado de Direito. Isso significa que há um espectro mínimo de direitos individuais intangíveis pelo poder legiferante; no direito norte-americano, ligado à tradição da *Common Law*, o sentido material do princípio do devido processo se manifesta na revisão de base racional (*rational basis review*) que os tribunais aplicam ao apreciar questões de fundo constitucional, sobretudo aquelas vinculadas à Quinta Emenda – onde se encontra vertida a cláusula do devido processo legal – e à Décima Quarta Emenda – que aborda os direitos de cidadania e a proteção igualitária dos cidadãos. A revisão de base constitucional é aplicada

---

<sup>17</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 10.

<sup>18</sup> MASSARO, Toni M.; SULLIVAN, E. Thomas. **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford: Oxford University, 2013.

pelos tribunais com rigores diferentes, a depender do direito fundamental implicado e do grau de discriminação de que a lei é suspeita; com base nela, os juízes procuram determinar se uma norma está racionalmente relacionada a um interesse legítimo do poder que a emitiu.

O surgimento desse *standard* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana remonta a um interessante fato histórico: a nota de rodapé inscrita pelo Juiz Harlan Stone em um julgamento sobre a regulação econômica, considerada “a mais importante nota de rodapé do direito constitucional”. Na ocasião, o juiz estabeleceu que a presunção de constitucionalidade prevalecia quando o legislativo exercia discricionariedade dentro de evidências substanciais, ou seja: desde que as determinações discricionárias não se caracterizassem como irracionais ou arbitrárias. Concluiu, na sequência, pela possibilidade da inversão da presunção de constitucionalidade de norma que aparentasse ferir uma proibição específica da Constituição ou das Dez Primeiras Emendas; assim, a norma suspeita deveria ser submetida a um controle mais rígido de sua constitucionalidade, exigindo justificativas racionais para a discriminação nela vertida<sup>19</sup>.

Essa nota do Juiz Harlan Stone, aposta ao rodapé da decisão do caso de 1938 – que consistia no litígio da *Carolene Products Co.*, do ramo do leite, contra o governo estadunidense –, possibilitaria a superação da perversa doutrina do “separados, mas iguais”, firmada pela decisão que legalizou a segregação racial na Louisiana. Argumentos puramente formais, atinentes à ilegitimidade da intervenção da União nas previsões normativas dos estados, buscaram oferecer subsídio às leis discriminatórias, sinalizando o perigo do formalismo extremo, que exaure o direito de seu conteúdo axiológico. Com efeito, as experiências da história demonstram que as regras devem resultar da densificação de princípios maiores, estabelecidos conforme os interesses da cidadania<sup>20</sup>.

Nessa esteira, no direito brasileiro, a aplicação do devido processo legal em sua acepção substantiva determina que os atos emanados do Poder Público

---

<sup>19</sup> CASAGRANDE, Cássio. **O dano moral e a dignidade na régua do salário**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-dano-moral-e-a-dignidade-na-regua-do-salario-22112017>>. Acesso em: 23 maio 2018.

<sup>20</sup> NATIONAL MUSEUM OF AMERICAN HISTORY. **The decision**: a landmark in american justice. Disponível em: <<http://americanhistory.si.edu/brown/history/5-decision/decision.html>>. Acesso em: 23 maio 2018.

correspondam a padrões mínimos de razoabilidade. O Estado não pode legislar abusivamente, extraindo-se do princípio da proporcionalidade o parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais. O Supremo Tribunal Federal possui farta jurisprudência sobre o assunto, reiterando o entendimento de que o princípio do *substantive due process of law* – cristalizado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal – impõe à atividade legislativa parâmetros de proporcionalidade e razoabilidade:

O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.<sup>21</sup>

Ao lado do *substantive due process*, coloca-se o *procedural due process* – o devido processo legal em sentido formal, que consiste basicamente no direito de processar e de ser processado em conformidade com as normas previamente estabelecidas para tanto. O princípio destina-se ao juiz, que deve obedecer aos ritos que instruem o processo, livrando-o de nulidades, e também ao Estado, que deve alcançar ao jurisdicionado a plena justiça. Assim, do devido processo legal em sentido formal depreendem-se outras garantias, como o acesso à justiça, o direito ao juiz natural, o tratamento paritário, a publicidade dos atos processuais, a motivação

<sup>21</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no Recurso Extraordinário com Agravo 915.424**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 20/10/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9895295>>. Acesso em: 24 maio 2018.

das decisões, a duração razoável do processo sem dilações indevidas e, finalmente, a plenitude da defesa<sup>22</sup>.

Nas raízes doutrinárias da *Common Law*, o *procedural due process* acompanhou o processo evolutivo da sociedade norte-americana, pois o que se entende por processo devido guarda íntima relação com o entendimento e o valor que a sociedade atribui à vida, à liberdade e à propriedade. Destarte, para atender às transformações sociais, culturais, econômicas e políticas, flexibilizou-se o instituto, estendendo-o a uma gama mais ampla de direitos e de sujeitos.

Recorrendo às reflexões de Thomas Sullivan e Toni Massaro<sup>23</sup>, nota-se que algo da essência do devido processo sobreviveu às múltiplas reformulações e expansões por que passou o superprincípio: o resguardo de direitos individuais elementares contra os arbítrios do governo é sua razão indelével. Os problemas e as discordâncias se dão em um momento posterior, ou seja, na determinação dos interesses que têm o poder de acionar as proteções processuais. Para responder às duas perguntas centrais – quais os interesses protegidos constitucionalmente e qual o processo devido em cada situação –, os órgãos jurisdicionais ligados à *Common Law* cindem a problemática em duas etapas analíticas. Primeiro, identificam se há efetiva privação de interesse protegido e se essa privação é imputável a algum agente estatal. Em seguida, verificam os procedimentos que o devido processo requer sob as circunstâncias fáticas. Em sua maioria, os conflitos atinentes ao devido processo procedimental que se põem ao apreço da justiça norte-americana centram-se nas questões de liberdade e propriedade; isso porque o direito à vida é autoevidente. Mais complexos são os interesses de liberdade, que envolvem proteções processuais e materiais, restringindo os meios de ação do governo sobre a pessoa.

No âmbito da doutrina brasileira, assevera Fredie Didier Jr. que o devido processo legal, em sua ampla acepção, é um direito fundamental de conteúdo complexo – uma cláusula geral aberta que a experiência histórica preenche de conteúdo. Citando Marcelo Lima Guerra, o autor atenta para a vantagem de se

---

<sup>22</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. I. p. 38-39.

<sup>23</sup> MASSARO, Toni M.; SULLIVAN, E. Thomas. **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford: Oxford University, 2013.

identificar o rol de exigências e garantias compreendidas dentro da amplitude do superprincípio, facilitando sua operacionalização pelo intérprete do direito, de modo a concretizar os valores abstratos nos casos levados a juízo<sup>24</sup>. Vê-se, portanto, que o conteúdo do devido processo legal se encontra espraiado pelo ordenamento jurídico pátrio; ademais, sua substância doutrinária provém de fontes ligadas à tradição anglo-saxônica.

Interessa diretamente ao foco deste estudo o viés procedimental do *due process of law* – sobretudo no que tange aos direitos de defesa e à importância da advocacia como meio de realização das garantias constitucionais. É sobre essa análise que se deterá o subcapítulo seguinte.

### 1.1.3 Direito à defesa ampla e efetiva

Como já foi dito, o princípio do devido processo legal, cujas raízes remontam ao direito anglo-saxão, foi positivado no art. 5º, LIV, da Constituição Federal brasileira. Na imediata sequência – ou seja, no inciso LV do mesmo artigo –, encontram-se previstos os princípios do contraditório e da ampla defesa, nos seguintes termos: “[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”<sup>25</sup>. Novamente se está diante de princípios amplos, que permeiam diversas áreas do direito e reverberam por inúmeras previsões legais que compõem o ordenamento jurídico. Doutrinariamente abordada em conjunto com o contraditório, a ampla defesa constitui a pedra angular do direito de defesa – a rigor, pode-se dizer que o direito ao contraditório visa dar-lhe efetividade.

Sob o viés do direito comparado, os precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos estabelecem a correlação entre o direito de defesa e o devido processo legal. O paradigmático caso conhecido como *Washington v. Texas* – em que a Corte decidiu que a cláusula da Sexta Emenda se estendia aos Tribunais

---

<sup>24</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. I. p. 38-39.

<sup>25</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

estaduais, garantindo o direito do réu de fazer comparecer testemunha a seu favor – oferece um bom panorama nesse sentido.

Em 1967, o réu Jackie Washington tentou chamar seu corréu como testemunha, sendo impedido pelo Tribunal do Texas, onde a lei estadual impedia que os corréus testemunhassem um em favor do outro. A tese de defesa aduziu a disposição da VI Emenda da Constituição dos Estados Unidos, onde se prevê o direito do acusado de ser acareado com as testemunhas de acusação, além do direito de fazer comparecer, por meios legais, suas testemunhas de defesa e de ser defendido por um advogado<sup>26</sup>. Na ocasião, a Suprema Corte decidiu que a cláusula do devido processo legal – insculpida na Décima Quarta Emenda – impunha o direito de fazer comparecer as testemunhas de defesa, estendendo sua aplicação ao âmbito dos Estados. Em linhas gerais, a decisão salientou que o direito de apresentar testemunha – obrigando seu comparecimento, se necessário – consiste no direito do acusado de oferecer uma defesa efetiva, comunicando ao júri sua versão dos fatos e confrontando as testemunhas arroladas pela Promotoria. Elemento fundamental do *procedural due process* (devido processo em sentido formal), a efetividade do direito de defesa constitucionalmente previsto restou garantida no caso concreto<sup>27</sup>.

Nesse compasso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 11.1, estabelece a presunção de inocência de todo ser humano acusado de ato delituoso, até que se prove sua culpabilidade de acordo com a lei, “[...] em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”<sup>28</sup>. No mesmo sentido, temos a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, adotada pelo Conselho da Europa, em 1950, que, em seu art. 6.3, elenca entre os direitos mínimos do acusado o direito de defender-se a si próprio ou de ter a assistência de um defensor, incluindo a possibilidade de ser

---

<sup>26</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/media/files/Port-Constitution%208-19.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>27</sup> U.S. SUPREME COURT. **Washington v. Texas**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/14/case.html>>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>28</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

assistido gratuitamente<sup>29</sup>. Nesses documentos, veem-se alguns parâmetros à realização do moderno entendimento do devido processo legal, além da menção ao defensor enquanto meio de efetivar seus requisitos.

No sistema brasileiro, de legislação mais prolixa do que a norte-americana, a exacerbação do instituto ocorre no âmbito criminal, onde a severidade do processo e da pena só se justifica na medida em que serve para proteger os bens jurídicos mais importantes, cuja agressão acarreta danos à coletividade. Na intervenção punitiva, o Estado Democrático de Direito tem sua força controlada e limitada por valores de base, extraídos da dignidade da pessoa humana. Para que sejam devidamente tutelados e preservados os direitos fundamentais da pessoa sob acusação, impõe-se o estabelecimento de regras claras, cujo cumprimento depende da atuação de defensor com capacidade técnica para zelar pela regularidade do processo. Por tal motivo, entende-se como elemento obrigatório à perfectibilização da ampla defesa a atuação de advogado constituído, sendo componente essencial e indisponível, aplicável desde o momento em que o sujeito se encontra sob coação mediata ou imediata do Estado. É no sentido de compatibilizar a faculdade da autodefesa com a obrigatoriedade da defesa técnica que se orienta o entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal:

Com efeito, a Constituição Federal assegura, a todos os acusados, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do art. 5º, LV.

Com base nesse preceito do texto magno, a teoria processual penal tem classificado as espécies de defesa como defesa técnica e autodefesa.

Assim, a defesa técnica consiste naquela exercida por profissional legalmente habilitado, com capacidade postulatória, sendo indispensável e irrenunciável no tocante ao réu.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>30</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 102.019 PB**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 17/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615684>>. Acesso em: 25 maio 2018.

A obrigatoriedade da defesa não se reduz a seu aspecto externo ou formal; é no caso concreto que se analisa sua efetividade, deficiência ou ausência. Nesse sentido, as lições de Nereu José Giacomolli na obra **O Devido Processo Penal**:

A suficiência e a efetividade integram o conceito de ampla defesa, como núcleo substancial dessa garantia fundamental. Por isso, tanto a ausência, quanto a deficiência, limitação ou insuficiência, afastam a garantia constitucional da ampla e plena defesa.<sup>31</sup>

O diálogo desassombrado entre o acusado e o defensor constituído é requisito inafastável à efetividade da ampla defesa e do contraditório. O art. 185, § 5º, do Código de Processo Penal pátrio assegura o direito à entrevista prévia e reservada do interrogado com seu defensor em qualquer modalidade de interrogatório. Além de munir o advogado dos fatos que compõem a versão defensiva de seu constituinte, o ordenamento jurídico procura garantir que o acusado seja orientado acerca das consequências de suas declarações, para que não prejudique sua própria defesa. Nota-se, portanto, que o devido processo legal, a ampla defesa e o direito ao contraditório instruem diretamente os dispositivos da legislação ordinária e as razões decisórias exaradas nas instâncias superiores.

Para fins deste estudo, o breve panorama aqui delineado é suficiente para situar o Brasil entre as Nações que, buscando firmar sobre estruturas sólidas suas instituições, elaboraram, no decorrer do século XX, Constituições mais extensas, capazes de abarcar as matérias que consideravam vitais ao programa democrático. Entre as temáticas incorporadas pelo texto magno encontra-se o devido processo legal, instituto de natureza anglo-saxônica, intimamente associado à ampla defesa e ao contraditório.

A importância conferida ao advogado pelo advogado pela Lei Maior – que o dignifica como protetor inafastável desses princípios e o investe da função pública de postular pelos direitos de cidadania – merecerá um exame mais detido nos capítulos subsequentes. Passemos, portanto, aos marcos históricos que

---

<sup>31</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 126.

antecederam à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, analisando especificamente a atuação da advocacia brasileira em face dos processos políticos e sociais que culminaram na lei fundamental hoje em vigor.

## 1.2 OS PRINCIPAIS MARCOS HISTÓRICOS ANTECEDENTES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Desde a independência, sete Constituições vigoraram no Brasil. Os episódios de autoritarismo e os golpes de Estado que atravessaram a história do país resultaram na Constituição de 1988, composta por um texto analítico e extenso, preocupado em contemplar a amplitude das temáticas que os constituintes entendiam fundamentais.

Promulgada após mais de duas décadas de regime militar, a Constituição de 1988 procurou resguardar-se dos arbítrios do passado; seu processo de alteração é rígido, com mais requisitos do que aqueles aplicados às leis infraconstitucionais. Resultou, ainda, num pluripartidarismo farto, manifestando seu programa democrático e liberal.

No que tange à advocacia – objeto específico deste estudo –, a Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu art. 133, que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, dentro dos limites da lei<sup>32</sup>.

O perfil constitucional brasileiro amoldou-se no decorrer de um percurso histórico complexo, pontuado por tensões políticas, mudanças paradigmáticas, revoluções, golpes de Estado e insurgências populares. O texto de 1988 traz, em seus dispositivos, as marcas indeléveis dessa história. Com efeito, a experiência dos períodos autoritários resultou em mecanismos de defesa das liberdades e preservação dos direitos de cidadania. A atuação da classe dos advogados e de seus membros nos períodos de suspensão das garantias democráticas justifica as

---

<sup>32</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

inviolabilidades consagradas na atual Constituição Federal. Examinar de que modo as prerrogativas da profissão se revelaram empiricamente efetivas em momentos cruciais do país é fundamental para que a proposição deste trabalho se justifique plenamente. Com esse propósito, os próximos tópicos verterão luz sobre a postura combativa da advocacia em face das estruturas repressoras do Estado Novo e da Ditadura Militar, tema frequentemente ignorado pelos argumentos daqueles que acusam a redação do art. 133 da Carta Magna de nutrir a classe de excessivos privilégios.

### 1.2.1 Do individualismo à defesa dos direitos de cidadania: a mudança de paradigma da advocacia durante a Era Vargas

A criação da Ordem dos Advogados do Brasil decorreu da própria evolução das estruturas democráticas e representativas do país<sup>33</sup>. À primeira vista, essa assertiva afigura-se paradoxal, visto que sua fundação, em 18 de novembro de 1930, ocorreu pouco mais de um mês após o golpe de Estado que depôs o então

---

<sup>33</sup> “A Primeira República (1889–1930), não promoveu um aumento da participação popular no âmbito do sistema político. A presença das camadas médias na cena política só começou a ganhar alguma visibilidade no Brasil após a Primeira Guerra Mundial. Foi quando fatores como as mudanças na estrutura socioeconômica, promovidas principalmente pela desvalorização do café e pelo crescimento industrial, e os desgastes provocados pelas disputas oligárquicas nas sucessões presidenciais ensejaram movimentos que defendiam a ascensão de uma república verdadeiramente liberal. Em contraposição à chamada política do **café-com-leite** (*A política do café-com-leite – estratégia utilizada pelo Governo Campos Salles e seus sucessores: Rodrigues Alves (1902-1906), Afonso Pena (1906-1909) e Nilo Peçanha (1909-1910) – consistia na alternância de Minas Gerais e São Paulo na Presidência da República, que complementava a troca de favores recíproca entre o presidente da República e os governos estaduais com a finalidade de neutralizar a atuação oposicionista do Congresso.*), reivindicavam-se eleições livres, governo constitucional e plenas liberdades civis. Um indício dessa maior participação política foi a eleição de 1919. Na ocasião, Rui Barbosa, que já havia sido derrotado nas eleições de 1910 e 1914, decidiu realizar um protesto, apresentando-se como candidato. Obteve, sem qualquer apoio da máquina eleitoral, cerca de um terço dos votos, além de conseguir a vitória no Distrito Federal. A Revolução de 1930 fez nascer um novo Estado, que se distanciou do modelo oligárquico pelo caráter centralizador e pela maior autonomia. E, ainda que fosse caracterizada pela heterogeneidade dos grupos comprometidos – que conseguiu aliar uma parcela das oligarquias regionais a um grupo de oficiais descontentes egressos do movimento tenentista e intelectuais liberais –, e por uma troca da elite processada sem grandes rupturas, a revolução fez emergir novas forças no cenário político. Foi o caso dos profissionais liberais e dos jovens políticos que, antes de 1930, formaram a Aliança Liberal e articularam o golpe de estado, como Getúlio Vargas, Osvaldo Aranha, Flores da Cunha, Lindolfo Collor e Francisco Campos, entre outros.” [Grifo no original]. OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

presidente da República Washington Luís, em 24 de outubro de 1930. Os meandros peculiares da história brasileira, contudo, a justificam, na medida em que a primeira fase da experiência republicana se caracterizou por uma distribuição insatisfatória do poder, sobretudo se considerados os atuais paradigmas da democracia representativa. Em verdade, a República Velha – compreendida entre os anos de 1889 e 1930 – repartiu-se em dois períodos: a República da Espada, sob o domínio de setores do exército, e a República Oligárquica, orientada pelos interesses das elites rurais e marcada por procedimentos nitidamente antidemocráticos, como as fraudes eleitorais. Através do chamado *voto de cabresto*, os coronéis controlavam os eleitores circunscritos a seus “currais eleitorais”, impondo o voto – que, à época, não era secreto – aos candidatos de seu interesse. A índole autoritária que perpassou a Primeira República brasileira evidencia-se na transição simbólica do poder: dos marechais aos coronéis, a população esteve à margem de uma efetiva participação na política.

A política do café com leite – que alternava o poder entre as oligarquias paulista e mineira – sofreria um gradativo processo de desgaste, acentuado no decorrer da Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918) e consumado com o rompimento do acordo entre São Paulo e Minas Gerais. Em 1929, os três Estados que então passaram a representar a dissidência – Rio Grande do Sul, Paraíba e Minas Gerais – organizaram-se sob a Aliança Liberal, que defendia, entre suas pautas, a representação popular através de voto secreto e a independência do Judiciário, além de reformas sociais e trabalhistas. A articulação que culminou na Revolução de 30 introduziu no cenário nacional novas vozes políticas – sobretudo intelectuais e membros das camadas médias –, rompendo com o modelo político das oligarquias.

Os fatores que ensejaram a criação da Ordem dos Advogados do Brasil decorreram diretamente da ruptura com o autoritarismo das elites oligárquicas. Por outro lado, contudo, foi o capital da produção cafeeira que financiou o nascimento da indústria no território nacional. Em decorrência do processo de industrialização, as relações sociais tornaram-se gradativamente mais complexas, acarretando um significativo crescimento nas demandas jurídicas: a efetiva organização e regulamentação do exercício da advocacia já não podiam ser postergadas.

Nesse contexto, o Procurador Geral André de Faria Pereira expôs a Oswaldo Aranha, à época Ministro da Justiça, a necessidade de alterar a organização da Corte de Apelação. No projeto do decreto, o então sócio do Instituto dos Advogados Brasileiros incluiu o art. 17, que criava a Ordem dos Advogados Brasileiros.

Assim, em 18 de novembro de 1930, é publicado o Decreto nº 19.408<sup>34</sup>, que, em seu art. 17, criava a Ordem dos Advogados Brasileiros<sup>35</sup>, na qualidade de “órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados”<sup>36</sup>. Cumprindo seu escopo principal, o Decreto – referendado pelo Ministro da Justiça Oswaldo Aranha – também reordenava as Cortes de Apelação; seu signatário, Getúlio Vargas, chefiava o Governo Provisório.

Sob a perspectiva irradiada do século XIX, a profissão liberal – dependente das capacidades intelectuais e da formação subjetiva – definia o advogado como protagonista do exercício de suas funções, desvinculado dos interesses maiores da

<sup>34</sup> “Como determinava o **Decreto nº 19.408**, a Ordem seria regida pelos estatutos votados pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e aprovados pelo governo. O presidente do Instituto, Levi Carneiro, nomeou então uma comissão para a elaboração de anteprojeto, formada por A. Moitinho Dória, presidente; Armando Vidal, relator; Edmundo de Miranda Jordão, Antônio Pereira Braga, Edgard Ribas Carneiro, Gabriel Bernardes e Gualter Ferreira. Coube ao próprio Levi Carneiro, desta vez como consultor-geral da República, emitir, em 15 de novembro de 1931, parecer sobre o projeto do primeiro Regulamento da Ordem dos Advogados, que foi aprovado pelo Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931. O art. 4.º do Regulamento previa a criação do Conselho Federal para o exercício das atribuições da Ordem em todo o território nacional.

[...]

Em virtude das dificuldades encontradas para implantar a Ordem em todo o território nacional, o Decreto nº 22.266, de 28 de dezembro de 1932, adiou para 31 de março de 1933 a execução do Regulamento, inicialmente prevista para 1º de maio de 1932. E o **Decreto nº 22.478**, de 20 de fevereiro de 1933, aprovou e mandou consolidar, com as modificações posteriores introduzidas pelos Decretos nº 21.592, de 1º de julho de 1932 e nº 22.039, de 1º de novembro de 1932, os dispositivos regulamentares da Ordem dos Advogados do Brasil.” [Grifo no original]. OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>35</sup> “O capital acumulado com a produção cafeeira permitiu o investimento na indústria nascente, cuja necessidade de mão-de-obra atraía imigrantes tanto para as fazendas quanto para os centros urbanos. A sociedade brasileira passa a demandar serviços de toda a natureza e neste processo de intenso crescimento intensificam-se as demandas jurídicas. Os advogados passam a necessitar de uma organização que não apenas no plano teórico, mas na essência da atividade, regulamentasse o exercício profissional. Neste contexto surge a Ordem dos Advogados do Brasil. O início do Séc. XX, politicamente, foi marcado pela alternância na presidência da república de presidentes que tinham o apoio das elites econômicas representadas pelos produtores de café paulista e de leite mineiros, a chamada ‘política do café com leite’, que foi quebrada quando o então presidente paulista Washington Luis, indicou o também paulista, Julio Prestes, como seu sucessor para as eleições de 1930.” OAB. Material organizado pela empresa Balaio de Ideias, sob a responsabilidade de Eduardo Grigaitis, com revisão da diretoria da OAB/SP, 2014. p. 7-8.

<sup>36</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto nº 19.408** de 18 de novembro de 1930. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19408.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

coletividade. As pautas sociais e as políticas de modernização que emergiram junto à Era Vargas romperam com os paradigmas individualistas de que se impregnavam os poderes oligárquicos. A regulamentação da advocacia consolidou-a enquanto serviço público de larga abrangência coletiva, estabelecendo que as atribuições e responsabilidades do advogado transbordam o ministério privado de sua atuação. Ainda que defenda o particular, assume, mais amplamente, a defesa dos direitos e da cidadania: um papel que, portanto, interessa a toda a sociedade<sup>37</sup>.

Em suma, a criação da OAB acabou por imprimir uma efetiva ligação entre os ditames da Justiça e as necessidades cotidianas, ampliando a função social do advogado e redefinindo a advocacia enquanto função pública exercida por particulares. O conceito estritamente liberal da atividade cedeu espaço à liberdade de convicção na escolha e na defesa das causas, firmando ditames éticos mediante a efetiva regulamentação.

Nos meses que se seguiram à Revolução de 1930, a recém-fundada Ordem dos Advogados do Brasil ingressou no cenário político brasileiro, marcando sua participação na Constituinte de 1934. Levi Carneiro, primeiro Presidente da entidade, representou os profissionais liberais na segunda Assembleia Constituinte Republicana, instalada em 15 de novembro de 1933. Dentre as primeiras contribuições da OAB, destaca-se o acompanhamento dos trabalhos legislativos da Assembleia, mediante a emissão de pareceres dos relatores de suas comissões.

É importante salientar que a instalação da Assembleia Constituinte decorreu da Revolução Constitucionalista de 32, que exigiu de forma veemente o cumprimento das promessas da campanha de Getúlio Vargas, fazendo estourar protestos e motins em São Paulo. Decorridos dois anos desde o começo do governo provisório, as medidas no sentido da elaboração de uma nova Constituição,

---

<sup>37</sup> “O exemplo histórico de Napoleão que teve de recuar na sua decisão de fechar a Ordem dos Advogados, permitindo que as partes se defendessem pessoalmente perante os tribunais, ou escolhessem leigos para o fazerem, mostra o quanto é necessária e imprescindível a atuação do advogado.

Inimigo acirrado dos advogados, Napoleão, que detestava os advogados e desejaria cortar-lhes a língua para os impedir de se servirem dela contra o governo, foi constringido, para assegurar a boa administração da justiça, a restabelecer, em 1811, a Ordem dos Advogados.

Essa curta experiência deixou claro que, se vamos mal com os advogados, iremos pior sem eles. Embora exercendo sempre atividade social, o advogado, quando atua, não representa o social, mesmo porque, na realidade, ele defende o individual.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 284.

adequada à nova conjuntura sociopolítica do país, não haviam sido tomadas por Vargas. Outra vez, a força popular retomou, nas ruas, os anseios revolucionários que perdiam vigor junto às lideranças alicerçadas ao poder; o acrônimo M.M.D.C. – formado pelas iniciais dos jovens estudantes mortos por tropas federais que sustentavam o regime de Vargas – simboliza a importância da interferência civil nos rumos do governo provisório, que, sem uma Constituição Federal capaz de delimitar os poderes do Presidente da República, tornava-se amargamente discricionário.

Nos anos que se seguiram à Revolução de 1930, portanto, os grupos originalmente ligados ao constitucionalismo liberal haviam perdido força diante dos segmentos que sofriam a influência e a manipulação pública de Getúlio Vargas, notadamente os militares e a classe média.

Os tempos de confronto estavam longe de seu fim; promulgada a Constituição Federal de 1934, iniciou-se a discussão sobre a Lei de Segurança Nacional. Durante os anos de 1935 e 1936, o Executivo aprovou medidas excepcionais, que foram referendadas pelo Congresso: estado de sítio, estado de guerra, prisões de parlamentares e criação de órgãos específicos para a repressão. Em outubro de 1936, pôs-se em funcionamento o Tribunal de Segurança Nacional, órgão Judiciário subordinado ao Executivo.

As liberdades individuais e os direitos humanos estavam sob ataque, sobretudo em face das primeiras medidas de execução do estado de sítio e da Lei de Segurança Nacional. Nesse cenário repressor e autoritário, a função institucional da Ordem dos Advogados do Brasil se acentuou notoriamente. O exercício forense e a defesa dos presos políticos por advogados designados pelo Conselho Federal da OAB sinalizaram a expressiva e determinante atuação da entidade no sentido da defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática. Na medida em que os desmandos do regime repressor de Vargas se acentuavam, encaminhando o país à ditadura do Estado Novo, crescia a altivez, a independência, a isenção e o destemor dos integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil. A imprescindível abnegação e o espírito de renúncia de seus membros se faziam notar no afinco com que defendiam os inimigos do governo, a exemplo do que ocorreu com as prisões dos líderes comunistas Luís Carlos Prestes e Harry Berger, cuja defesa foi pronta e bravamente atendida pelo advogado Heráclito Fontoura Sobral Pinto. Católico fervoroso, Sobral

Pinto jamais se esquivou à defesa dos perseguidos políticos e à luta pelos direitos humanos; suas convicções pessoais – que não se alinhavam aos ideais do comunismo, preconizados por Prestes e Berger – não o impediram de entregar-se inteiramente à defesa da causa perante o Tribunal de Segurança Nacional<sup>38</sup>.

Com a instauração do Estado Novo em novembro de 1937, a OAB passou a se manifestar frontalmente contra o autoritarismo do regime<sup>39</sup>. A entidade ganhava cada vez mais visibilidade; em diversas partes do país, foram cometidos atentados pela polícia contra advogados e outros profissionais liberais que agiam em defesa das liberdades democráticas.

---

<sup>38</sup> “O episódio das prisões de Luís Carlos Prestes, Olga Benário, Harry Berger (Arthur Ewert) e Elise Ewert, após a Intentona Comunista, caracterizou um período de intensa repressão e arbítrio. O Conselho Federal da OAB indicou para defesa ex officio dos líderes comunistas Luís Carlos Prestes e Harry Berger o advogado Sobral Pinto, que, por nove anos, Sobral Pinto travou duras batalhas em defesa da liberdade e contra a violência do regime, apelando, inclusive, para a lei de proteção dos animais, na tentativa de resguardar a integridade física dos presos políticos. Seus clientes, entretanto, só conseguiram a liberdade com a anistia promovida em 1945. Um dos mais respeitados juristas do País – e ex-Conselheiro da Ordem, ministro Evandro Lins e Silva, deu o seu testemunho sobre a atuação da entidade no período [...] *uma agitação política no País levou a uma revolução, a um motim, a uma quartelada, direi, porque foi um erro histórico extraordinário dos comunistas, que declararam guerra à democracia. Uma verdadeira quartelada, porque não tinha sentido nem possibilidade de sucesso! Daí adveio um movimento repressivo intensíssimo, uma caça às bruxas, prisões intermináveis não apenas de opositores do regime, mas aos opositoristas de um modo geral; as cadeias se encheram de presos.*

*Começa, então, o papel institucional da Ordem a se desenvolver de modo efetivo, real, positivo. Participei deste movimento de corpo e alma e quem o encabeçou foi uma figura a quem nós todos devemos prestar merecidas homenagens porque, além de advogado, era um jurista eminentíssimo chamado João Mangabeira, fundador do Partido Socialista Brasileiro.*

*Seguindo o exemplo de seu mestre Rui Barbosa, de quem era discípulo amado, quando viu as prisões serem realizadas sem nenhum respeito às leis, tomou a iniciativa de requerer o habeas corpus para os perseguidos políticos. E por isso, pelo exercício da profissão, foi vítima da repressão sem nenhuma culpa; era Deputado Federal, teve as suas imunidades suspensas, foi preso e processado perante um tribunal de exceção, que veremos daqui a pouco. O País entrou numa fase de desagregação do sistema democrático de governo e para a repressão se criou, em plena paz, um estado de guerra. E nesse estado de guerra, para reprimir, para julgar os responsáveis pelo movimento comunista de 1935, se criou um tribunal caricato e odioso, um tribunal de triste memória, chamado Tribunal de Segurança Nacional, para o julgamento dos crimes políticos praticados antes de sua existência.” [Grifo no original]. OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.*

<sup>39</sup> “Em reunião em que se debatia o problema das perseguições a presos políticos e em virtude das prisões, em 1944, dos advogados Adauto Lúcio Cardoso – Conselheiro da Ordem –, Dario de Almeida Magalhães, Virgílio de Mello Franco e dos jornalistas Rafael Corrêa de Oliveira e Austregésilo de Athayde, foi assinado, por todos os dirigentes das instituições de advocacia e centenas de advogados, o requerimento de uma ordem de *habeas corpus*, que foi concedido. O Conselho Federal ainda fez representações em protesto contra as violências praticadas contra os advogados Nehemias Gueiros e Jader de Carvalho – este vice-presidente da Seção do Ceará, condenado a vinte anos de prisão pelo Tribunal de Segurança Nacional e libertado em maio de 1945.” Ibid.

O Manifesto dos Mineiros, carta aberta lançada publicamente em outubro de 1943, defendia a redemocratização do país. Seus autores eram nomes importantes da intelectualidade liberal mineira – sobretudo advogados e juristas –, que postulavam a democracia social, mediante um governo eleito por sufrágio universal, com voto aberto e direto. A perseguição de seus signatários não exauriu a força do documento: conforme a oposição ao Estado Novo se tornou mais incisiva, pavimentando a queda do regime ditatorial de Getúlio Vargas, o Brasil se encaminhava para quase duas décadas de experiência democrática, compreendidas entre os anos de 1945 e 1964.

### **1.2.2 Ditadura Militar: a postura da advocacia e a atuação dos criminalistas no regime repressor**

Ainda mais presente na memória coletiva está o papel assumido pela classe dos advogados durante o período da ditadura militar brasileira, que foi instaurada no dia 1º de abril de 1964 e se estendeu até o dia 15 de março de 1985. A firme atuação dos criminalistas em meio à violência perpetrada sob a legalidade aparente e as soluções jurídicas criativas que permitiram a defesa dos perseguidos políticos atestam a importância do ofício para a reestruturação e preservação das garantias, liberdades e direitos de cidadania. Trata-se de uma lição histórica de tamanho peso para o futuro democrático do país que será objeto de estudo à parte, no capítulo seguinte. Por ora, cabe demarcar que as prerrogativas e os deveres inerentes à advocacia pautaram a brava conduta dos defensores; em muitos casos, sofreram, ao lado de seus clientes, perseguições e retaliações, cujo objetivo era cercear a liberdade de atuação profissional, que vertia luz sobre os graves excessos do regime.

Em 11 de agosto de 1961, Povina Cavalcanti assumiu a Presidência da OAB das mãos de Prado Kelly. O Brasil vivia uma situação de grave instabilidade política e institucional. Mais uma vez, o risco da perda das garantias constitucionais integrava a pauta das sessões extraordinárias da OAB nacional. O período era turbulento: fortes manifestações populares – muitas delas incentivadas pelo Presidente João Goulart, que pugnava por reformas de base – e conflitos entre

ideologias opostas fizeram com que a Ordem, em suas constantes reuniões, externasse o desejo de garantir o livre funcionamento dos poderes constituídos da República. Embora seja impossível determinar o que animava cada um dos espíritos dos advogados da época, o certo é que a classe não se furtou à combatividade exigida pelo dever público inerente à profissão.

Logo que ascendeu ao poder, o governo militar concretizou aquilo que prometia evitar: o desmantelamento da democracia. O crescente autoritarismo e a supressão dos direitos políticos de vários advogados levaram a entidade a reunir-se forte e intensamente contra os desmandos do regime. Prisões arbitrárias, agravos contra dirigentes da OAB e a desestruturação da ordem jurídica foram praticados à luz dos Atos Institucionais nºs 1 e 2. A Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/1967) alargou substancialmente o conceito de “crime contra a segurança nacional”. Percebia-se, de um lado, a imposição da força e da violência sobre os direitos inerentes ao exercício da cidadania; de outro, a preocupação do governo instituído pelo golpe de Estado em oferecer suporte legal aos atos punitivos perpetrados, levando-os a julgamento nos tribunais civis. Conforme o cenário se tornava mais opressor, os criminalistas destrinchavam valiosos espaços de manobra para a defesa dos presos políticos.

Os hiatos na estrutura repressora – dos quais se valeram sagazmente os advogados – se justificam enquanto estratégias de manutenção do aparato autoritário no poder. Para sobreviver ao longo de 21 anos, o regime precisou articular-se com as instituições preexistentes, evitando o rompimento brusco com a ordem anterior – até porque o desmantelamento do Estado democrático de direito pela ameaça comunista era o terror que legitimava o golpe diante da sociedade civil. Embora tenha ocorrido dentro de um contexto em que diversos governos autocráticos militares tomavam o poder na América Latina, a ditadura militar brasileira apresentou peculiaridades, sobretudo no que se refere à manutenção da legalidade aparente. O ocultamento do aparato opressor serviu como estratégia para atenuar o desgaste junto à opinião pública, protelando a resistência incisiva contra o golpe de Estado.

Não houve, de fato, um esfacelamento completo da estrutura institucional anterior à ditadura, o que tolheu a repressão sumária e conferiu algum grau de

publicidade aos atos. A aderência de outras autoridades brasileiras fez com que o maquinário punitivo militar se utilizasse, ao menos em tese, dos tribunais civis já instituídos para o julgamento de seus opositores. A Constituição nacional não foi abolida, embora o Ato Institucional nº 4 tenha atribuído ao Congresso Nacional poder constituinte originário para elaborar uma Constituição que legalizasse e institucionalizasse o governo militar. Nesse sentido, a Constituição de 1967 intensificou a ingerência do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, abrandando os contornos da tripartição dos poderes, que foram instrumentalizados pela nova hierarquia constitucional.

A estratégia de manutenção da legalidade requereu a anuência e a cooperação de algumas autoridades civis; por outro lado, a preocupação do governo militar brasileiro em revestir de legitimidade o aparato punitivo abriu um espaço de manobra para que os criminalistas operassem a defesa dos presos políticos perante a magistratura civil. Com o agravamento da atmosfera opressiva, os instrumentos democráticos se tornavam cada vez mais rarefeitos; nesse compasso, os advogados passaram a adotar técnicas de defesa surpreendentemente criativas para a consecução de resultados positivos a seus clientes, como observam Antonio Tovo Loureiro e Emília Klein Malacarne em seu artigo intitulado **O Papel do Defensor na Ditadura Militar Brasileira:**

Em razão de restrições cada vez maiores ao exercício da advocacia, os profissionais tiveram de utilizar com criatividade os recursos disponíveis para tentar garantir os direitos de seus constituintes. Muitas vezes, fizeram uso de instrumentos jurídicos de maneira distinta daquela prevista legalmente, a fim de obter informações sobre prisões e desaparecimentos, ou garantir que a vida dos clientes fosse preservada.<sup>40</sup>

Entre os usos invulgares ou enviesados dos instrumentos jurídicos para a consecução de finalidades indiretas, os autores destacam o uso do habeas corpus, que, mesmo suspenso pelo AI-5<sup>41</sup>, era impetrado como maneira de localizar os

---

<sup>40</sup> LOUREIRO, Antonio Tovo; MALACARNE, Emília Klein. O papel do defensor na Ditadura Militar brasileira. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 58-76.

<sup>41</sup> "Art. 10 – Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular". BRASIL. Palácio do

presos políticos e informar sua situação ao Poder Judiciário, numa tentativa de evitar o desaparecimento definitivo, à margem de qualquer processo. Apesar de não ser conhecida por falta de previsibilidade legal, a ação comunicava a localização do preso e identificava a autoridade competente, que precisaria dar explicações sobre eventual morte; não raro, o advogado constituído ia de quartel em quartel procurando o desaparecido. Os óbices processuais demandavam soluções criativas, que muitas vezes salvaguardavam, além do direito de ir e vir dos presos políticos, suas vidas. Nesse sentido, Paula Spieler e Rafael Mafei Rabelo Queiroz fazem um interessante apanhado dos relatos de diversos criminalistas atuantes durante a ditadura militar:

Nesse sentido, Nilo Batista lembra que indicava no habeas corpus o CENIMAR, o CISA, o DOI-CODI e o DOPS como autoridades coautoras. Para ele, o habeas corpus, nesse período, “se converteu num macabro teste de sobrevivência dos presos”, pois a resposta positiva significava que a pessoa estava viva, ao passo que uma resposta negativa era um mau sinal – a pessoa poderia já estar morta.

Manuel de Jesus Soares afirma que o habeas corpus era um “improviso”. Como não havia mecanismo legal para encontrar o preso, o habeas corpus acabava cumprindo esse papel, pressionando o STM a adotar uma postura mais “enérgica”. Através dele, quebrava-se a incomunicabilidade do preso, permitindo, assim, a adoção de outras medidas legais para visitar e entrevistar o preso.<sup>42</sup>

A defesa dos presos políticos não foi de todo tolhida, mas exigiu que as teses defensivas revelassem uma criatividade sem precedentes; além disso, muitos advogados sofreram perseguições em represália ao desempenho de seu múnus público. No contexto nitidamente antidemocrático, a efetivação das prerrogativas inerentes à profissão ameaçava e afrontava aqueles que se valiam do arbítrio e da força para usurpar as instituições e os direitos mais elementares da cidadania. Depreende-se, portanto, que a solidez das garantias legais para o exercício da advocacia importa enquanto instrumento de preservação desses direitos, ao passo

---

Planalto. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

<sup>42</sup> SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Advocacia e resistência: estratégias jurídicas de defesa de perseguidos políticos em meio à legislação repressiva da Ditadura de 1964. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Advocacia em tempos difíceis**: Ditadura Militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013. p. 31-46.

que, no tolhimento ou supressão das funções de defesa, nota-se o estremecimento da ordem democrática, da distribuição da justiça e das garantias individuais.

Embora existissem zonas de manobra entre o puro arbítrio do regime e a legalidade aparente, até hoje não se pode dimensionar o número de torturas veladas e prisões irregulares que ocorreram durante o período ditatorial. Da mesma forma, nem todos os agentes colocados a serviço dos órgãos repressivos se mostraram apáticos ou coniventes diante dos inúmeros abusos praticados contra os presos políticos. A violência da perseguição transformava a resistência num ato de extrema coragem, estendido aos advogados que assumiram a defesa dos dissidentes; em alguns casos, os riscos, a criatividade das teses jurídicas e os esforços empreendidos para proteger a liberdade e a integridade de seus clientes deixou transparecer um forte espírito de abnegação. Em situações extremas e arriscadas, a advocacia ofereceu à sociedade respostas que demonstraram a consciência profissional e o comprometimento com os preceitos éticos que lhe são intrínsecos. Ainda que o regime ditatorial tenha conservado as estruturas aparentes das instituições, exauriu-se o conteúdo democrático que lhes perpassava, na medida em que seus poderes e sua independência foram sufocados pela ordem instaurada através do golpe. Esse sufocamento, contudo, não foi capaz de solapar os imperativos de conduta que norteavam boa parcela dos advogados atuantes. É nesse sentido que concluem Antonio Tovo Loureiro e Emília Klein Malacarne:

Com criatividade, altivez e bravura, muitos advogados empenharam-se na defesa de perseguidos políticos, arriscando com isso suas carreiras, sua integridade física, sua tranquilidade psíquica e até mesmo suas vidas em nome de ideais maiores.

Esta abnegação é traduzida no diagnóstico do brasilianista Anthony W. Pereira, que, ao comparar as instituições jurídicas nas ditaduras chilena, argentina e brasileira, aduz: “Apenas no caso brasileiro os advogados de defesa foram capazes de alterar de forma significativa as interpretações da lei de segurança nacional”.

Os advogados que atuaram para os presos políticos sabiam que o propósito de seu ofício era de proteger o direito à vida, à integridade física e à livre locomoção de seus clientes, ainda que não referendassem suas ideologias. O peso da beca justificava a assunção dos riscos.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> LOUREIRO, Antonio Tovo; MALACARNE, Emília Klein. O papel do defensor na Ditadura Militar brasileira. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 58-76.

A inviolabilidade dos advogados, ao assegurar-lhes a liberdade profissional de falar por seus constituintes sem sofrer represálias ou perseguições, surge como uma garantia indispensável à proteção da cidadania. Para que os infortúnios do passado não se repitam, é importante que os ensinamentos do período repressor permaneçam vivos na consciência coletiva. Não é o que se vê nos dias de hoje: as prerrogativas que se revelaram fundamentais para a restauração da democracia sofrem sucessivos ataques. Os defensores legalmente constituídos têm sido apontados como responsáveis pela impunidade de acusados que recebem a imediata condenação pública. Nesses casos, não se oportuniza o devido contraditório; a mídia e os múltiplos formadores de opinião que se replicam nos meios virtuais assumem a instrução do julgamento. A conclusão de Antonio Loureiro e Emília Malacarne é precisa:

Por alguma razão, e isto é reconhecido por alguns dos profissionais que atuaram naquela época, a sociedade em geral conferia mais prestígio ao múnus do advogado criminal no Governo Militar do que sob a égide da Constituição de 1988. Devemos fazer um esforço para lembrar sempre que nossa estabilidade democrática é recente e foi obtida após muito sangue ser derramado nos porões dos quartéis e delegacias.

O legado deixado pelo período ditatorial é muito claro: o defensor criminal é o bastião último das liberdades públicas. Qualquer iniciativa de diminuir garantias daquele que defende direitos alheios consiste em um atentado contra a própria cidadania.<sup>44</sup>

Quanto à posição da advocacia no contexto da ditadura militar, também merece exame a resposta oferecida pela Ordem dos Advogados do Brasil à sociedade. O vigor apresentado pelos criminalistas diante dos casos difíceis que lhes chegavam às mãos encontrou amparo na entidade; seu apoio inicial à intervenção dos militares foi substituído por uma firme oposição aos crescentes atos de violência. O discurso de posse de Samuel Duarte, eleito em março de 1967 para a presidência do Conselho Federal da OAB, deixa evidente a virada de perspectiva:

---

<sup>44</sup> LOUREIRO, Antonio Tovo; MALACARNE, Emília Klein. O papel do defensor na Ditadura Militar brasileira. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

O quadro atual da Nação brasileira reclama, mais que nunca, o esforço e a nossa compreensão. Não se trata apenas de defender as prerrogativas e direitos da profissão; trata-se de preservar os valores da ordem jurídica, sempre que estejam expostos aos riscos e aos assaltos de forças adversas. Sabemos que o exercício da advocacia, como profissão e como *munus publicum* só floresce num ambiente de garantias democráticas.<sup>45</sup>

A partir de 1968, intensificaram-se as moções e ações da OAB em prol da preservação dos valores da ordem jurídica<sup>46</sup>. As mortes “sem esclarecimentos” elegeram a defesa dos direitos da pessoa humana como temática estrutural no seio da entidade<sup>47</sup>, que articulou diversas atuações coordenadas e bem instrumentalizadas entre os anos de 1968 e 1970<sup>48</sup>.

Em 1971, José Cavalcanti Neves, ao assumir a presidência da OAB, remeteu ofício ao então Presidente Médici, que governou entre 1969 e 1974; nesse documento, registrava preocupação com os atos de violência e de cerceamento de

<sup>45</sup> LUIZ, Edson Medeiros Branco. A atuação política da Ordem dos Advogados do Brasil durante o Regime Militar. In: XIII ENCONTRO ANPUH-RIO. Identidades, 2008. Rio de Janeiro. **Anais** (online). Disponível em: <[http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212587878\\_ARQUIVO\\_Publicacao-AtuacaodaOAB-AnpuhRio.pdf](http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212587878_ARQUIVO_Publicacao-AtuacaodaOAB-AnpuhRio.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

<sup>46</sup> Ibid.

<sup>47</sup> “Meses depois, o campus da Universidade de Brasília foi invadido por tropas militares e o jornalista e deputado Márcio Moreira Alves, pronunciou na Câmara dos deputados discurso em protesto contra a invasão. As palavras do deputado foram consideradas ofensivas às Forças Armadas e o governo decidiu puni-lo. Para processar o parlamentar, entretanto, era preciso obter licença da Câmara, que foi negada pela diferença de 216 a 141 votos, em 12 de dezembro de 1968. Reunidos em Recife, na III Conferência Nacional dos Advogados, os membros da Ordem aplaudiram a decisão da Câmara. A sessão de encerramento da Conferência coincidiu com o dia da represália do governo, que editou o Ato Institucional nº 5.” OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>48</sup> “- Protestos, por ofício, ao ministro da Justiça ou registrados em ata, contra a prisão de diversos advogados brasileiros, destacando-se: Sobral Pinto, George Tavares, Heleno Fragoso (vice-presidente da Seção da Guanabara), Augusto Sussekind de Moraes Rego (representante da Seção do Paraná), Albertino de Souza Oliva, Mário Edson de Barros, João Pereira da Silva, Levy Raw de Moura e Ruy César do Espírito Santo, entre outros, que trabalharam como defensores de presos políticos e de outros advogados, no exercício da profissão, ou foram simplesmente acusados de subversão.

- Elaboração de parecer sobre a violação da Declaração dos Direitos da Pessoa Humana e sobre a inconstitucionalidade da Portaria nº 11-B, baixada pelo ministro da Justiça, que tornou obrigatória a censura prévia da Polícia Federal na divulgação de livros e periódicos no território nacional, de acordo com o Decreto-lei nº 1.077, de 1970.

- Pronunciamento contra a edição do Ato Institucional nº 14, a 10 de setembro de 1969, que instituiu a pena de morte, provocando veemente protesto do ex-presidente da OAB, Samuel Duarte.

Em sessão de julho de 1970, o presidente da OAB, Laudo de Almeida Camargo, comunicou os resultados de sua entrevista com o presidente da República, Emílio Garrastazu Médici, a fim de convidá-lo para presidir a sessão de instalação da IV Conferência Nacional da OAB, cujo tema central era a contribuição do advogado ao desenvolvimento nacional.” Ibid.

liberdade profissional, praticados com ilegalidade e abuso de poder contra advogados no desempenho de sua atividade. Propugnava, ainda, pelo restabelecimento da garantia do habeas corpus e pelo funcionamento eficiente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Quanto ao CDDPH, sustentava tratar-se de instrumento tanto dos cidadãos quanto do Governo, importante para a vigilância dos direitos fundamentais e para a punição dos abusos que desfiguravam a função pública da administração. Percebe-se que havia, de parte do representante da instituição dos advogados, um nítido esforço de chamar o Executivo de volta à persecução de sua finalidade democrática, orientada pelo bem comum e pelo respeito aos direitos de cidadania.

O ofício destinado ao Presidente Emílio Garrastazu Médici ainda postulava a revogação dos dispositivos constitucionais e legais que estenderam aplicabilidade da pena de morte, o pleno restabelecimento das garantias do Poder Judiciário em prol do regular funcionamento das instituições democráticas e, por fim, a observância do dever de comunicar à autoridade judiciária competente as prisões efetuadas. O incômodo causado pela OAB ao governo autoritário resultou em tentativas de retirar sua função estatutária de defensora da Ordem Jurídica e dos direitos humanos, bem como de submetê-la ao controle do Ministério do Trabalho, departamento do Poder Executivo. Essas investidas resultaram no anteprojeto da Lei Orgânica dos Profissionais Liberais<sup>49</sup>.

O Governo Geisel (1974 – 1979), caracterizado por medidas ambíguas – ora liberalizantes, ora repressivas –, sofreu a marca do desaparecimento e da morte de presos políticos. O caso mais impactante foi o enforcamento do jornalista Vladimir Herzog, em outubro de 1975, preso nas dependências do DOI-CODI, em São Paulo, sob acusação de ter ligações suspeitas com o Partido Comunista Brasileiro (PCB). A versão oficial do suicídio jamais convenceu a opinião pública, evidenciando o mecanismo de acobertamento da repressão sanguinária perpetrada pelo regime. A OAB colocou-se à disposição para responsabilizar o Estado pela morte do jornalista, que se tornou símbolo da luta em prol da democracia e da justiça<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>50</sup> “Um caso que provocou grande indignação, repercutindo sobretudo na classe média e na Igreja, foi a morte do jornalista Vladimir Herzog, em outubro de 1975. Herzog morreu nas dependências

O fim da década de 1970 foi de contundente atuação da OAB, constantemente desafiada pelos movimentos autoritários do governo brasileiro. Ao lado da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), a Ordem assumiu a luta pelo processo de abertura política, pugnando pela anistia ampla dos presos políticos, pela restauração do *habeas corpus* e pela reestruturação das instituições democráticas, sem as quais a concessão da anistia perderia seu sentido, pois novos cerceamentos arbitrários da liberdade dos cidadãos poderiam ser feitos:

A gestão de Raymundo Faoro (1977-1979) na presidência da OAB teve início com o impacto autoritário do “Pacote de Abril”, instituído pelo governo em 1977. O general Ernesto Geisel, que havia iniciado o processo de abertura política logo após assumir o poder, recuou perante o crescimento das oposições no Congresso, aprovando uma série de medidas arbitrárias. O pacote determinou o recesso do Parlamento, baixou decretos-lei e emendou a Constituição, criando a figura do “senador biônico”. A OAB, então, passou a ser uma das principais instituições da sociedade civil (ao lado, principalmente, da Associação Brasileira de Imprensa – ABI e da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB) comprometidas com o processo de abertura, fomentado pelo que se convencionou denominar “Missão Portela”. A atuação do senador Petrônio Portela na reivindicação pela anistia ampla, geral e irrestrita dos presos políticos teve o apoio e a interlocução diretos do presidente Raymundo Faoro, que direcionou todo o seu mandato para o combate ao arbítrio. Faoro enfocou, principalmente, a revogação da Lei de Segurança Nacional, bem como a restauração do *habeas corpus*, das garantias plenas da magistratura, do respeito aos direitos humanos e da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, precedida da abolição do AI-5.<sup>51</sup>

A longa vigência do Ato Institucional nº 5, emitido pelo Presidente Artur da Costa e Silva em 13 de dezembro de 1968 e revogado somente em 1º de janeiro de 1979, mediante o vigor da Emenda Constitucional nº 11, gerou forte mobilização no plano da Ordem dos Advogados. A Emenda Constitucional nº 11, promulgada em outubro de 1978, revogava, em seu art. 3º, todos os atos institucionais e complementares que fossem contrários à Constituição Federal, ressalvados os

---

do DOI-CODI em São Paulo, preso sob a acusação de ter ligações suspeitas com o Partido Comunista Brasileiro – PCB. A versão oficial do ocorrido fora suicídio por enforcamento. A OAB colocou-se à disposição da esposa do jornalista para responsabilizar o Estado por sua morte. Meses depois, a morte do operário metalúrgico Manuel Fiel Filho, em circunstâncias semelhantes, fez aumentar a reação da opinião pública pela liberalização.” OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>51</sup> Ibid.

efeitos dos atos praticados com bases neles, que restavam excluídos de apreciação judicial. Conservava, contudo, mecanismos de defesa do regime autoritário, como as medidas de emergência, o estado de sítio e o estado de emergência.

A revisão por que passou a Lei de Segurança Nacional, em dezembro de 1978, foi considerada insuficiente. Sua dicção não modificou substancialmente a doutrina da LSN anterior, que, veiculada pelo Decreto-Lei nº 898, de 29 de setembro de 1969, projetava nos opositores do regime um inimigo interno a ser neutralizado por meio de duras repressões. Os advogados não se contentaram com as alterações procedidas em 1978, que mantinham os crimes associados à propaganda, às articulações subversivas e à infiltração de doutrinas ou ideias incompatíveis com a Constituição Federal. O projeto de anistia proposto pelo Governo ao Congresso também não correspondia às reivindicações da sociedade; a luta pela reformulação do Estado Democrático de Direito ainda demandava esforços para que não arrefecesse sob reformas aparentes, que, na prática, deixavam abertas as represas do arbítrio e da repressão.

Entre as ações da classe de advogados, destaca-se a reunião do Conselho Federal da OAB, que, votando o parecer do advogado Sepúlveda Pertence, deixou evidente o descontentamento com a proposta do governo João Figueiredo para a Lei da Anistia. Em suma, o parecer criticava disposições como a contida no § 2º do art. 1º, que excluiu da anistia os condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal, em contraste com as disposições que favoreciam militares e torturadores. Apontava-se, ainda, a falta de objetividade do projeto, que, de acordo com Sepúlveda Pertence, soava mais a um *indulto coletivo*, visando excluir dos benefícios da anistia os opositores do regime militar<sup>52</sup>.

Apesar das contundentes críticas que sofreu à época, a Lei de Anistia entrou em vigor em agosto de 1979 (Lei nº 6.683); após um longo período de arbítrio e violência, a anistia representou uma vitória importante, consumando os resultados de um ciclo de exaustiva pregação dos setores engajados na redemocratização do país.

---

<sup>52</sup> RONCAGLIA, Daniel. **Leia parecer da OAB de 1979 a favor da anistia ampla**. 16 nov. 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-16/leia\\_parecer\\_oab\\_1979\\_favor\\_anistia\\_ampla](https://www.conjur.com.br/2008-nov-16/leia_parecer_oab_1979_favor_anistia_ampla)>. Acesso em: 25 maio 2018.

Os debates acerca do tema, contudo, ainda não se exauriram: em agosto de 2008, a OAB ingressou no Supremo Tribunal Federal com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153, solicitando que a Lei de Anistia não incluísse crimes praticados por agentes da ditadura militar. Assim, não restariam à margem das medidas punitivas as torturas, os desaparecimentos, os homicídios e demais abusos cometidos em nome de um golpe de Estado.

Contesta-se, sobretudo, a validade do primeiro artigo da referida lei, que, em seu § 1º, considera como conexos “os crimes e qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, compreendidos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979<sup>53</sup>. Cotejando as posturas assumidas pela OAB, percebe-se que a entidade defendeu a anistia concedida aos autores de crimes políticos e conexos. Contestou, no entanto, sua extensão aos agentes do Estado envolvidos com a repressão, por considerá-los crimes comuns. Os crimes políticos e passíveis do benefício seriam aqueles praticados em afronta à segurança nacional e à ordem política, cometidos pelos opositores do regime. Esse desnível no tratamento concedido aos crimes da repressão e aos crimes da resistência funciona como uma mensagem ao futuro, evitando que permaneçam impunes os atos perpetrados em nome de um regime que dilacerou as garantias democráticas.

O início dos anos de 1980 foi marcado por fortes manifestações pelo Estado Democrático de Direito, notadamente por eleições diretas e pela necessidade de convocação da Assembleia Nacional Constituinte. Neutralizado o medo que atravessava o período ditatorial, vieram à tona demandas relacionadas aos presos e desaparecidos políticos, denotando a forte atuação instrumentalizadora da OAB naquele período:

Juntamente com outras entidades representativas da sociedade civil, como a Associação Brasileira de Imprensa – ABI e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, a OAB lutava para combater a repressão política, instaurar a ordem democrática e assegurar a defesa dos direitos humanos. A gestão de Eduardo Seabra Fagundes foi marcada pela continuidade da posição da Ordem dos Advogados do Brasil nos trabalhos do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, que voltava a funcionar. Exigindo a apuração de denúncias dos abusos contra as garantias individuais, o

---

<sup>53</sup> BRASIL. **Lei nº 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 01 maio 2018.

presidente da Ordem teve atuação destacada por censurar a inoperância das decisões e lutar contra o sigilo que regia as deliberações do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana – CDDPH. Para a Ordem afluíram inúmeros pedidos e reivindicações de pessoas atingidas pelo desrespeito aos direitos humanos, como a tentativa de reabertura do processo do desaparecimento do deputado Rubens Paiva, a investigação sobre as ossadas de presos políticos encontradas em Rio Verde – GO e o acompanhamento dos trabalhos de localização da casa de Petrópolis – ou “casa da morte”, como era conhecida –, utilizada como local de refúgio pelos órgãos de segurança.<sup>54</sup>

A revisão da Lei de Segurança Nacional que, veiculada pela Lei nº 6.620, de 17 de dezembro de 1978, causara grande repulsa dos advogados, restou prorrogada por duas vezes. A OAB atuou firmemente por sua revogação, uma vez que existiam claros sinais de perseguição criminal dirigida. Apenas em 1983, através da vigente Lei nº 7.170, efetivou-se a revogação do instrumento normativo de natureza totalitária, em nítido descompasso com a ordem democrática que se pretendia reformar.

A OAB empenhou-se também em ver revogada a Lei de Segurança Nacional e, de forma veemente, definiu aquele instrumento como diploma de natureza totalitária, excrescente e incompatível num regime que se pretendia liberal-democrata, defendendo que os crimes contra a segurança do Estado deveriam voltar ao Código Penal (que era objeto de reforma), para evitar as perseguições e o terrorismo penal. A Emenda Constitucional nº 11, aprovada pelo Congresso em outubro de 1978 (que entre outras medidas revogava o AI-5 e restabelecia o habeas corpus), já fora para a Ordem dos Advogados um embuste, ou ressurreição disfarçada do AI-5, pois ao mesmo tempo conferia ao Executivo vastos poderes para decretar “medidas de emergência”, “estado de sítio” ou “estado de emergência”, que podiam ser renovados sem aprovação legislativa por, pelo menos, 120 dias.<sup>55</sup>

Indícios de que o regime militar ainda encontrava fôlego para perpetrar seus atos de extrema violência não passaram à margem da classe dos advogados. No dia 27 de agosto de 1980, a funcionária da OAB Lyda Monteiro da Silva foi fatalmente vitimada por um atentado a bomba executado na forma de envelope dirigido ao então Presidente nacional Eduardo Seabra Fagundes. Tal crime, além da indignação e do luto gerados pelo assassinato, marcou profundamente a entidade, produzindo

---

<sup>54</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>55</sup> Ibid.

feridas ainda vivas na sua memória. Estava declaradamente sinalizado à OAB que os ferrenhos adversários da democracia e da justiça não aceitavam sua voz altiva e independente:

No mesmo dia do atentado, através da Resolução nº 120/80, o presidente Seabra Fagundes criou a Comissão de Direitos Humanos no Conselho Federal da OAB e apresentou os 14 nomes eleitos para sua composição: Barbosa Lima Sobrinho, Dalmo de Abreu Dallari, Evandro Lins e Silva, Heráclito da Fontoura Sobral Pinto, J. Bernardo Cabral, José Cavalcanti Neves, José Danir Siqueira do Nascimento, José Paulo Sepúlveda Pertence, José Ribeiro de Castro Filho, Miguel Seabra Fagundes, Nilo Batista, Raul de Sousa Silveira, Raymundo Faoro e Victor Nunes Leal.

O cartunista Henrique de Souza Filho, o Henfil, caracterizou bem o momento por que passava o Brasil no início da década de 1980, onde os augúrios da abertura e as forças de oposição geravam as mais contraditórias emoções, de desconsolo e de esperança, de ativismo e de medo, onde entidades como a OAB, por meio de seus membros, protegidos ou “mártires”, emergiam como espectros e fomentadores da mudança. Sua carta, Mãe, teve grande repercussão.<sup>56</sup>

A abertura política era lenta e parecia sucumbir a cada novo ato de terror<sup>57</sup>. Foi grande o protagonismo da OAB<sup>58</sup> nos momentos que antecederam as eleições diretas para os governos estaduais em 1982, sobretudo em prol da livre manifestação dos partidos políticos perante a sociedade civil. O movimento das Diretas Já recebeu participação ativa da classe dos advogados.

Em 1985, iniciaram-se as discussões sobre o texto da futura Constituição Federal. Os direitos dos trabalhadores e os direitos humanos fundamentais eram

<sup>56</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em:

<[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>57</sup> “No Rio de Janeiro, em 30 de abril de 1981, uma bomba que deveria ser detonada durante um show no Riocentro explodiu dentro do carro dos dois militares que a transportavam. O presidente da OAB, Bernardo Cabral, presidiu reunião no Congresso Nacional - juntamente com o presidente da Associação Brasileira de Imprensa – ABI, Barbosa Lima Sobrinho – para, com os líderes dos partidos políticos, emprestarem apoio ao presidente João Figueiredo, com o objetivo exclusivo de eliminar o terrorismo que inquietava a Nação e adotar medidas destinadas à apuração dos fatos relativos à explosão que ocasionou a morte de um militar e ferimentos graves em um oficial do exército. Durante a reunião foi apresentada uma manifestação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB com o mesmo propósito.” Ibid.

<sup>58</sup> “Com os adjetivos ‘ilegal, monstruosa e inconstitucional’, a OAB, por um de seus mais ilustres porta-vozes, o Conselheiro Sobral Pinto, expressou sua repulsa à tentativa do governo de expulsar do País o presidente da União Nacional dos Estudantes – UNE, Francisco Javier Alfaya. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tornou pública sua preocupação, ressaltando que a coação feita àquele estudante feria o preceito constitucional, reparável pela via do *habeas corpus*.” Ibid.

objeto de permanente debate, na luta por uma Assembleia Constituinte autônoma e exclusiva, capaz de atender às reivindicações e aos anseios de uma sociedade que experimentava seus primeiros respiros democráticos após uma longa experiência de medo e brutalidade.

Finalmente a Constituição de 1988 restou promulgada; embora contivesse falhas, foi recebida como um grande avanço. Reconheceu, no art. 133, a indispensabilidade e a inviolabilidade do advogado, salientando sua função social enquanto detentor de um papel “indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. O texto constitucional também deu à Ordem dos Advogados legitimidade para o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) junto ao Supremo Tribunal Federal, tornando-a protetora da Constituição. Persistindo na sua atuação junto à sociedade civil, a Ordem dos Advogados ratificou o movimento popular dos Caras Pintadas:

Era o movimento dos “Caras Pintadas”: o povo saiu em massa às ruas com os rostos pintados de verde e amarelo pedindo a saída de Collor. A OAB, juntamente com outras entidades, assinou a petição. Em 1992, o Congresso o afastou do cargo para proceder melhor às investigações. Pressionado e sem alternativa que o resgatasse, Collor renunciou em dezembro do mesmo ano.

O vice-presidente, Itamar Franco, assume o Planalto. Em 93, realiza um plebiscito para decidir a forma de governo, se presidencialismo ou parlamentarismo. A população renova o antigo sistema, e a primeira opção foi a que venceu.<sup>59</sup>

Para a defesa dos direitos humanos<sup>60</sup> se fortalecia, o Estatuto da Ordem, datado de 1963, o qual se buscava revisar. Desejava-se a solidificação de valores

<sup>59</sup> CABRAL, Sulamita Santos; VIVIANE, Karla; RECH, Nathalia. **OAB Rio Grande do Sul**. A história. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012. p. 54.

<sup>60</sup> “Ser defensora dos direitos humanos: este é o desafio que a Ordem enfrentou sempre e ainda hoje enfrenta. O regime autoritário já tinha sido desbancado, mas ainda havia muito trabalho. Na época em que o Greenpeace desembarcou no país (92) e os direitos ambientais estavam sendo discutidos em altos decibéis, a violência também fez essa temática ficar presente. Durante o julgamento (1990) dos mandantes do assassinato de Chico Mendes, ocorrido em 1988, a OAB esteve presente nas sessões para assegurar o pleno exercício da advocacia. Um ano antes, a entidade também insistiu em aprofundar-se na questão ambiental, participando do Simpósio Internacional sobre Direito Ambiental e a Questão Amazônica. Sobre a floresta amazônica, a Ordem sempre foi contra sua internacionalização. Também defendeu que a dívida dos países emergentes fosse convertida em projetos ambientais.” Ibid., p. 54.

como a proteção da classe e o fortalecimento de sua independência. Mais de 700 (setecentas) emendas foram analisadas pela Comissão responsável pela alteração estatutária. Em 1994, foi aprovado e sancionado pelo Congresso Nacional o novo Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94), tornando obrigatório o Exame de Ordem. Em 1995 o Conselho Federal aprovou o novo Código de Ética e Disciplina dos advogados, fortalecendo os deveres éticos e ampliando o poder da fiscalização sobre o exercício profissional. O grau de instrumentalização provocado pela OAB após a Constituição de 1988 e a aproximação não só com a classe dos advogados, mas com a cidadania, fez com que a entidade colhesse os frutos daí decorrentes. Muito distante de uma reunião de casta ou classe privilegiada a OAB passou a se ocupar profundamente dos temas ligados ao cidadão brasileiro. O exercício da representação da sociedade civil ganhou forma e conteúdo consistentes.

Percebe-se, portanto, que a atuação da Ordem dos Advogados do Brasil se imbricou à postura de muitos de seus membros, que absorveram o espírito democrático da entidade nos casos que bravamente assumiram. As investidas contra as garantias que protegem a independência e a firmeza com que os defensores se colocam a serviço de seus clientes afrontam diretamente os direitos do cidadão, porquanto os advogados são a última fronteira entre o sujeito comum – acusado ou investigado pela prática de algum delito – e a robusta estrutura coercitiva do Estado. Como atestam os registros da história, são frágeis os limites entre a coerção orientada pelo interesse social e a repressão arbitrária, instrumentalizada por projetos de poder duvidosos – na administração da coisa pública, cabe à advocacia a vigilância das estruturas democráticas e dos direitos de cidadania.

Antes que se consagrem como objeto de proteção, contudo, esses direitos precisam ser identificados, dirimindo as imprecisões terminológicas que empalidecem seu poder operacional. A clareza dos conceitos e institutos é fundamental para que não sejam sub-repticiamente suprimidos ou adulterados, tornando-se irrecuperáveis ou de difícil reparação. O capítulo seguinte buscará identificar a substância dos direitos de cidadania garantidos no âmbito do Estado Democrático de Direito delineado pela Constituição Federal de 1988, posicionando o advogado como elo entre o cidadão e o acesso à justiça. Para trabalhar adequadamente esse tema, será necessário um mergulho histórico mais profundo,

recuperando a herança greco-romana, o processo formativo da sociedade brasileira e as mudanças paradigmáticas que repercutiram nos movimentos constitucionais do Ocidente.

### 1.3 OS DIREITOS DE CIDADANIA

Na atual configuração da democracia ocidental, os debates atinentes à cidadania alastraram-se pela multiplicidade de pautas e movimentos que compõem as sociedades livres e diversas. Na mesma medida em que o conceito ganhou importância, seu conteúdo tornou-se mais difuso e impreciso, tanto sob o viés filosófico quanto sob a perspectiva legal. Inscrito já no artigo primeiro da Constituição Federal de 1988 – compondo o sucinto elenco dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil –, o termo *cidadania* reincide outras seis vezes no texto da Lei Maior. Embora não se extraia, desses sete dispositivos, o conteúdo absoluto dos direitos de cidadania, pode-se depreender, dos incisos LXXI e LXXVII do art. 5º, que o mandado de injunção, o *habeas corpus* e o *habeas data* servem ao seu exercício. Os remédios constitucionais elencados demonstram que a cidadania não se reduz aos instrumentos de participação política e às capacidades eleitorais ativas e passivas (direito de votar e ser votado) – ela está mais amplamente ligada aos direitos e deveres fundamentais protegidos pelo Estado Democrático de Direito. A apreensão do conceito exige, portanto, uma boa dose de flexibilidade: não se trata de rol estanque, mas de processo dialético, capaz de compreender o direito de cidadania simultaneamente como agente transformador do quadro social e objeto de suas transformações. Antes de adentrar nos desdobramentos modernos do tema, é importante acompanhar seu percurso evolutivo, bem como algumas oscilações que o conceito de cidadania sofreu ao longo do tempo.

### 1.3.1 Concepções históricas de cidadania: da Antiguidade Clássica às revoluções burguesas

Na Roma antiga, o termo *cidadania* designava basicamente os direitos políticos que determinadas pessoas detinham e podiam exercer; dentro da sociedade romana, havia uma estrutura discriminatória e hierárquica, apartando-se os estrangeiros dos romanos e os livres dos escravos; as mulheres ficavam à margem da vida pública.

Assim, embora todos os romanos livres fossem considerados cidadãos, separavam-se os plebeus dos patrícios, sendo que esses últimos monopolizavam os cargos públicos e os direitos políticos. Havia uma nítida distinção, portanto, entre cidadania e cidadania ativa. Durante a República (509 a.C. até 27 a.C.), o principal órgão de poder foi o Senado, cujos cargos vitalícios competiam exclusivamente aos patrícios.

Com as expansões militares e comerciais, os plebeus adquiriram força econômica para ingressar na vida social. A criação do Tribunal da Plebe simbolizou a primeira abertura significativa do Estado romano aos plebeus, estabelecendo uma importante baliza ao poder dos patrícios. Os tribunos presidiam a Assembleia da Plebe, convocavam reuniões com o Senado, propunham novas leis e interpunham vetos às ações dos cônsules e magistrados.

A Lei das Doze Tábuas – proposta no ano de 462 a.C. – resultou dessa infiltração dos plebeus nos espaços de poder. Através dela, eliminavam-se as diferenças de classes: suas leis objetivas sujeitavam todos os cidadãos aos mesmos direitos e deveres. Na origem do direito civil, esses códigos estenderam a cidadania aos plebeus, abolindo legalmente os privilégios classistas<sup>61</sup>. Durante o Império Romano (27 a.C. – 476 d.C.), a forma autocrática de governo acabou por subjugar todos os súditos às imposições do Estado, exaurindo boa parte das prerrogativas reservadas aos cidadãos.

---

<sup>61</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2001. p. 16-18.

À queda do Império Romano seguiu-se a Idade Média, compreendida entre os séculos V e XV e marcada pelo cristianismo e pela ruralização. A estratificação social delimitada pelo nascimento e o poder fragmentário não permitiram ao sujeito o desenvolvimento de sua representação na esfera pública. Por tais razões, o Renascimento ocorrido entre meados do século XIV e o final do século XVI, opera um resgate dos aspectos estéticos e políticos da cultura greco-romana, reacendendo os temas referentes à soberania e ao governo republicano, fazendo surgir os teóricos do contratualismo, brevemente esboçados no capítulo de abertura deste trabalho.

A partir do século XVII, durante a Idade Moderna, as revoluções burguesas alteraram substancialmente o conteúdo dos direitos de cidadania. A configuração da sociedade se aproximava mais daquela observada na República Romana: os nobres detinham privilégios, não pagavam impostos e ocupavam os cargos políticos de relevo, ao passo que o povo comum se repartia entre os burgueses e as pessoas que, sem riqueza ou poder, viviam sofredamente de sua força de trabalho nas cidades e no campo.

O absolutismo monárquico permitia aos reis e à nobreza privilégios e arbitrariedades insustentáveis, onerando demasiadamente os outros setores da população. Insurgindo-se contra essas injustiças, as chamadas *revoluções burguesas* reforçaram a ideia de que todas as pessoas nascem livres e iguais, devendo partilhar os direitos – inclusive o direito de participar do governo ao qual se sujeitam. No rastro do novo modelo de sociedade instituído pelas revoluções burguesas, nasceu uma nova concepção de cidadania; se, a princípio, os ideais revolucionários propunham a supressão das desigualdades e dos privilégios, na prática despontaram novos privilegiados no cenário social.

A Revolução Gloriosa, deflagrada na Inglaterra entre 1688 e 1689, levou a desterro o absolutismo monárquico britânico, pavimentando o terreno para que, nos séculos XVIII e XIX, acontecesse a Revolução Industrial. Em 1689, a aprovação do *Bill of Rights* (declaração dos direitos dos cidadãos) impôs a Guilherme de Orange – sucessor do monarca absolutista Jaime II – uma série de restrições, submetendo-o às deliberações do Parlamento. Esse documento repercutiu nitidamente nas modernas declarações de direitos, destacando-se o preâmbulo da Declaração da

Independência dos Estados Unidos (1776), a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948).

Algumas décadas antes da histórica tomada da Bastilha, ocorrida em 14 de julho de 1789, já se observava a utilização das palavras *cidadãos* e *cidadã* (em francês, *citoyen*) para designar as pessoas comuns, sem distinção de hierarquia. O termo foi resgatado da experiência política das cidades gregas, onde os cidadãos – embora restritos a uma parcela restrita dos homens livres – deliberavam nas assembleias questões públicas relacionadas às leis, às guerras, à justiça, à administração. Com essa simbólica carga histórica, o conceito de cidadão e cidadã serviu para se opor às formas de tratamento associadas à nobreza: *madame*, *mademoiselle*, *monsieur* (senhora, senhorita, senhor). Vê-se que a terminologia encerra uma complexa problemática de cunho político e social.

Com a Revolução Francesa, as classes menos abastadas e as mulheres adquiriram o reconhecimento formal de sua cidadania. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, atravessada pela doutrina jusnaturalista, reconhecia aos seres humanos a universalidade dos direitos naturais. No art. 1º, estabelece que os homens nascem livres, iguais em direitos, sendo que as distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum<sup>62</sup>.

É interessante, nesse ponto, buscar um diálogo sistemático, esboçando uma aproximação entre os artigos da Declaração dos Direitos de 1789 e a doutrina norte-americana do devido processo legal em sua acepção substantiva. De acordo com o entendimento consolidado na Suprema Corte dos Estados Unidos, o *substantive due process* restringe o poder diante de direitos subjetivos básicos, entre os quais se incluem os direitos de liberdade, de religião e de expressão. Por certo, a substância desses direitos subjetivos elementares encontra-se espalhada pelos dispositivos das Declarações de Direito liberais, qualificando a lei como expressão da vontade geral e delimitando um conteúdo de direitos imprescritíveis, extensíveis a todos os seres humanos.

---

<sup>62</sup> **DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão.** Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 maio 2018.

A noção de cidadania experimentou, portanto, afirmações paradigmáticas que se complementaram, sustentando um processo evolutivo ainda em curso. Partindo de sua origem greco-romana e passando pelo resgate documental operado no bojo das revoluções burguesas, a cidadania desdobrou-se em uma variedade de perspectivas inapreensíveis por qualquer construção teórica estanque.

Entre os autores contemporâneos que se preocuparam em aplicar definições palpáveis, o sociólogo Thomas Humphrey Marshall (1893-1981) repartiu o conceito em três partes: civil, política e social. Assim, o aspecto civil consiste nas liberdades individuais – de ir e vir, de imprensa, de crença, de pensamento –, no direito à propriedade, no direito de celebrar contratos válidos e no direito à justiça, sendo que o último detém a propriedade de defender e afirmar, pelo devido processo legal, os demais. Para Marshall, portanto, os tribunais judiciários são as instituições mais intimamente vinculadas aos direitos civis.

O aspecto político diz respeito ao direito de participar do poder do Estado, atuando ativamente em um organismo investido de autoridade política ou influenciando por meio do voto. Quanto ao desdobramento social, o direito a uma vida digna, com um mínimo de segurança, saúde e bem-estar econômico. Marshall identifica no sistema educacional e nos serviços sociais as instituições mais intimamente conectadas à realização desse aspecto dos direitos de cidadania<sup>63</sup>.

### **1.3.2 Os direitos de cidadania e a função social do advogado no constitucionalismo brasileiro**

Os direitos que o cidadão detém perante o Estado trazem, em contrapartida, deveres que o situam num espectro coletivo maior. Analogamente, o advogado, atuando na defesa dos direitos do cidadão, possui prerrogativas que advêm de um conjunto de deveres e funções assumidas junto à sociedade.

Esse conjunto disperso de direitos e deveres ganha concretude mediante o funcionamento das instituições democráticas. Assim, o epicentro do problema não

---

<sup>63</sup> MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 62-65.

reside na vagueza inerente ao conceito – cuja abertura deriva de seu caráter dialético –, mas nos modos de operacionalização desses pressupostos e garantias. É nesse âmbito que se consagra o advogado como pilar indispensável à administração da justiça; reafirma-se sua importância enquanto agente de concretização dos direitos do cidadão, cujas identidades individuais e coletivas encerram um conteúdo que lhes garante um tratamento que transcende a mera observância de procedimentos formais.

Ainda que tardiamente, o pensamento jurídico-político brasileiro absorveu a doutrina liberal germinada com as revoluções burguesas e consolidada pelo constitucionalismo moderno, que realocou no povo a titularidade legítima do poder. Entre os documentos simbólicos dessa fase, destacam-se a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, cujo preâmbulo reproduz a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No Brasil, as Constituições de 1824 e 1891 assimilaram as influências desses documentos liberais.

Marcado pelo individualismo, pelo excessivo absentismo estatal e pela valorização da propriedade privada, o sistema que emergiu das revoluções burguesas gerou uma dramática concentração de renda, culminando na exclusão social. Para restringir os abusos do poder econômico, o Estado foi chamado a intervir, inaugurando o Estado Social de Direito. Entre os instrumentos normativos que encampam essa segunda dimensão de direitos, a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 repercutiram diretamente na Constituição brasileira de 1934.

Acompanhando esse largo processo evolutivo das concepções de cidadania, o papel do advogado também experimentou uma marcante mudança de perspectiva, ampliando, aos poucos, sua gama de deveres e direitos correlatos. O individualismo<sup>64</sup> que norteava a sociedade do século XIX repercutia na falta de uma

---

<sup>64</sup> Os advogados “[...] podem ser homens de negócios, mais do que homens do Direito. Nesse regime de absoluta liberdade, sob a restrita e débil censura do Poder Judiciário, cada advogado, juiz de si próprio, pratica, a seu modo, a ética profissional. O trabalho da jurisprudência, porém, foi amenizando essa vesga interpretação do preceito constitucional [...]” e, quando invocados os impedimentos para o exercício do mandato, que já haviam sido consagrados pelo Código Civil (art. 1.325), “[...] foi possível criar ambiente em que se

disciplina legal que consolidasse as prerrogativas e os limites éticos da profissão. A Assembleia Constituinte de 1823 iniciou os debates acerca da instalação de universidades em território brasileiro, vetadas pela metrópole portuguesa durante o período colonial. Os discursos parlamentares ecoam a verve iluminista que inspirou o projeto:

Foram nos debates da Assembléia Constituinte de 1823, logo após a proclamação da Independência e num momento de definição do Estado nacional, que se iniciaram as discussões sobre a instalação de cursos jurídicos no Brasil. José Feliciano Fernandes Pinheiro, futuro Visconde de São Leopoldo apresentou, em sessão de 14 de junho de 1823, indicação pioneira de instalação de uma universidade no Império do Brasil. Tratava-se do lançamento das bases da instrução nacional no “código sagrado” e “de uma maneira digna das luzes do tempo e da sabedoria dos seus colaboradores”. Na sessão de 19 de agosto de 1823, a indicação se transformava no primeiro projeto de lei que fundava e organizava uma universidade no Brasil.<sup>65</sup>

Os debates sobre cidadania<sup>66</sup> realizados pelos deputados constituintes de 1823 refletiram as opiniões dos parlamentares sobre o tema, bem como os movimentos de uma elite representativa do nascente pensamento jurídico, fundado no liberalismo característico da primeira metade do século XIX. Dominava o aspecto cívico da cidadania, adiando as pautas atinentes à efetiva proteção de direitos

---

justificava a existência de uma Ordem, modelada pelo exemplo francês.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 282.

<sup>65</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em:

<[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>66</sup> “Há algo nos debates proferidos pelos deputados constituintes de 1823 que parece não ter sido pesquisado suficientemente, importa ser revisitado. Trata-se dos debates acerca da cidadania. O cidadão resultante da criação realizada pelos constituintes de 1823 permite compreender como foi construída a primeira comunidade política nacional. Tal categoria, pensada por meio do exercício racional, da deliberação pública e da primeira organização política nacional, explicita a estrutura do pensamento dos constituintes, assim como a definição de uma sociedade autônoma. A criação do cidadão brasileiro integra as estratégias de expansão e consolidação do estado, vincula-se ainda ao contexto das ações legais, legitimadoras do estado nacional. As propostas discursivas acerca da cidadania refletem o pensamento dos modernos códigos, os quais refletem os discursos dominantes do contexto, como poderemos constatar ao longo da análise do texto. Entre os discursos, podemos verificar a busca da possibilidade de construir uma cidadania que funcionasse como espaço de proteção e efetivação dos direitos civis, cidadania cívica própria do século XIX, diferente da cidadania política do século XX, como espaço de afirmação do indivíduo protegido juridicamente, paradigma do direito natural moderno. No caso brasileiro, verifica-se o debate sobre quais indivíduos seriam considerados cidadãos, e quais não seriam cidadãos, desse modo podemos constatar a existência da não cidadania para um número significativo de pessoas.” GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 17.

fundamentais extensíveis a todas as pessoas. Importa assinalar que o cidadão brasileiro engendrado pelas deliberações desse segmento restrito e intelectualizado que ocupava a esfera pública deixava à margem um contingente significativo de pessoas. Sobre a conjuntura da primeira Assembleia Constituinte brasileira, afirma Ruth Maria Chittó Gauer:

No que se refere aos discursos dos deputados que participaram da primeira Assembleia Constituinte do Brasil no período pós-independência, impõe-se sublinhar que estes utilizaram a mesma linguagem usada pela elite letrada, adepta do liberalismo, da Europa e dos Estados Unidos da América. A nova linguagem unificou o pensamento político ocidental em torno das ideias ligadas ao liberalismo, aos direitos políticos e civis à democracia, expressas pelos movimentos constitucionalistas, ocorridos desde o século XVIII na Europa, e emancipatórios, na América no século XIX. Esses movimentos, com suas especificidades locais, se constituíram na estrutura universalista do pensamento liberal com sua matriz iluminista.<sup>67</sup>

A convivência da elite parlamentar com o pensamento europeu e a absorção da doutrina liberal pela cultura brasileira ensejou o nascimento dos cursos jurídicos no Brasil<sup>68</sup>. Por decreto, Dom Pedro I criou os cursos de Direito de São Paulo e Olinda<sup>69</sup>, sendo propósito desses cursos a formação de uma elite administrativa brasileira.

<sup>67</sup> GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 20.

<sup>68</sup> “A questão foi retomada pelo Parlamento em 1826. Um projeto de nove artigos, assinado por José Cardoso Pereira de Melo, Januário da Cunha Barbosa e Antônio Ferreira França, que receberia várias emendas, transformou-se na Lei de 11 de agosto de 1827. Era o encerramento de uma ingente luta em favor da idéia semeada pelo Visconde de São Leopoldo, sob a forma de universidade, na Constituinte de 1823. Mais tarde, o visconde, que teve seu nome definitivamente ligado à lei que iniciava uma fase nova na cultura nacional, faria questão de dizer que esse foi um dos momentos mais gratos de sua vida de homem público.

Os mesmos estatutos elaborados pelo Visconde da Cachoeira, por ocasião do decreto que tencionara criar o curso jurídico do Rio de Janeiro, regulariam os cursos de Olinda e São Paulo. O Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo, que começou a funcionar em 1º de março de 1828, e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais de Olinda, inaugurado em 15 de maio de 1828, representaram marcos referenciais de nossa história, cujo propósito era a formação da elite administrativa brasileira.” OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>69</sup> “A cidade de S. Paulo é muito próxima ao porto de Santos, tem baratos víveres, tem clima saudável e moderado e é muito abastecida de gêneros de primeira necessidade, e os habitantes das Províncias do sul, e do interior de Minas, podem ali dirigir os seus jovens filhos com comodidade. O estabelecimento da outra, em Olinda, apresenta semelhantes circunstâncias, e é a situação apropriada para ali virem os estudantes das Províncias do norte.” OAB. Material organizado pela empresa Balaio de Ideias, sob a responsabilidade de Eduardo Grigaitis, com revisão da diretoria da OAB/SP, 2014. p. 3-4.

Em 1843, ocorreu a fundação do Instituto dos Advogados Brasileiros, inspirado por entidades semelhantes existentes na França e em Portugal. Juntamente com o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro, o IAB contribuiu para a reunião dos bacharéis precursores; com efeito, os graduados das primeiras turmas de São Paulo e Olinda eram, em sua maioria, integrantes e frequentadores do Instituto. As primeiras turmas egressas dessas universidades ocuparam posições de destaque nas elites administrativas.

Dentre as finalidades do Instituto dos Advogados Brasileiros estava a própria criação da Ordem dos Advogados do Brasil, que viria a concretizar-se apenas no século seguinte, pouco depois da Revolução de 30. Iniciava-se, portanto, o processo de amadurecimento que conduziria à organização da classe; mais do que isso, avizinhava-se um cenário completamente novo para a advocacia, caracterizado pela representação e regulamentação da atividade, pela afirmação das prerrogativas profissionais e pelo estabelecimento de limites éticos à atuação do advogado, à luz de uma nova concepção de cidadania. Alguns fatos históricos<sup>70</sup>, como o notável

---

<sup>70</sup> “Convocada pelo ainda Príncipe Regente, em julho de 1822, a Assembleia Constituinte iniciaria seus trabalhos em maio 1823, já sob a condição de reino independente e com a incumbência de escrever a primeira constituição brasileira. José Bonifácio mais uma vez se destaca no início dos trabalhos da Constituinte, ao articular os principais pontos da carta. Ao perceber que o documento resultaria em perda de autonomia para o Imperador, D. Pedro dissolve a Assembleia e convoca uma comissão de juristas, brasileiros natos, para redigir uma nova constituição. O advogado José Joaquim Carneiro de Campos, Ministro da Justiça do Império, é o principal mentor da Carta que seria promulgada em 25 de março de 1824. A adoção da constituição de 1824, concentrou o poder nas mãos do imperador, o que desagradava a elite agrária brasileira. A pressão por uma política mais liberal faz com que em 1831 D. Pedro I abdique do trono em favor de seu filho, D. Pedro II. Criança, incapaz de gerir a nação, toma as rédeas do país uma ‘regência provisória’, composta por três senadores, que viria a ser substituída por uma ‘regência permanente’, eleita no mesmo ano e depois por duas ‘regências unas’, exercidas por Diogo Antônio Feijó e finalmente por Pedro de Araújo Lima. O período regencial teria fim em 1840, quando Senado declara D. Pedro II maior de idade e apto a exercer seu reinado, embora não tivesse a idade de 14 anos, a maioridade propriamente dita. Se o período regencial foi marcado por grandes revoltas de cunhos separatistas e republicanas a questão da abolição da escravatura, em 1888, precipitou a queda de D. Pedro II. A elite econômica escravagista, que foi obrigada a trocar a mão de obra escrava pela assalariada dos imigrantes, mostrou a força do seu descontentamento, forçando o fim do império, à medida que aderiu aos movimentos republicanos que se espalhavam pela província. As lideranças do movimento republicano conseguiram convencer o Marechal Deodoro da Fonseca, curiosamente, um monarquista, a chefiar o levante militar que, na manhã de 15 de novembro de 1889, depôs os ministros imperiais e instituiu um governo provisório republicano. Em 15 de setembro de 1890 aconteceram as eleições para a Assembleia Constituinte que se instala naquele mesmo ano e promulga, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição da República Brasileira.” **OAB**. Material organizado pela empresa Balaio de Ideias, sob a responsabilidade de Eduardo Grigaitis, com revisão da diretoria da OAB/SP, 2014. p. 2-7.

protagonismo da comissão de juristas na redação da Carta de 1824, acabaram por deflagrar um novo tempo<sup>71</sup>.

Nas primeiras décadas do século XX, persistiu o entendimento da profissão como atividade meramente privada. Na obra **A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado**, Ruy de Azevedo Sodré realiza um apanhado histórico dessa época, demonstrando a branda fiscalização a que estavam submetidos os advogados, raramente tolhidos por medidas coercitivas:

Dominou, por largos anos entre nós, o conceito de que a advocacia era atividade privada, sem nenhuma fiscalização do poder público.

Os Institutos dos Advogados, existentes nos Estados, e filiados ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, com sede no Rio, não tinham nenhuma ingerência na vida profissional do advogado. Não podiam punir os advogados que tivessem praticado qualquer falta profissional, nem podiam, de qualquer modo, fiscalizar-lhes a atuação.

Nesse particular, os advogados estavam sujeitos, em cada processo judicial, apenas ao juiz da causa, único competente para punir o causídico faltoso, e mesmo assim, só em certos casos, e com certas penas.

Realmente, de acordo com a Lei nº 2.222, de 13/12/1922, que reformou a organização judiciária de São Paulo, os advogados deveriam ficar sujeitos à inspeção disciplinar dos juízes de primeira instância e do presidente do Tribunal de Justiça. E as penas eram desde a advertência até a suspensão por três meses, penas essas que nunca eram aplicadas.

Mais tarde, pelo Decreto nº 4.786, de 3/12/1930, art. 10, nº V, os advogados ficaram sujeitos à correição permanente do Corregedor-Geral, o que não alterou a situação, quanto à impunidade dos advogados faltosos ao cumprimento de suas obrigações legais e deveres éticos.<sup>72</sup>

A concepção dominante naquele período afirmava a advocacia como atividade nitidamente privada, denotando um grande distanciamento em relação à

<sup>71</sup> “O ministro do Supremo Tribunal de Justiça, Conselheiro Francisco Alberto Teixeira de Aragão, que havia proposto a fundação de uma entidade brasileira nos mesmos moldes da portuguesa, criada em 1838, sugeriu a criação de uma entidade que facilitasse, quando fosse oportuno, o advento da Ordem dos Advogados. Ele próprio articularia esse empreendimento, fundando na Corte, em janeiro de 1843, a Gazeta dos Tribunais, um periódico preocupado com a transparência dos atos da justiça e com questões importantes do Direito. Já no primeiro número, a Gazeta publicou um artigo intitulado ‘A Necessidade de uma Associação de Advogados’ e, em 16 de maio de 1843, divulgou os estatutos da Associação dos Advogados de Lisboa, aprovados por portaria de 23 de março de 1838.” OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>72</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 281.

disciplina que hoje reconhece sua importância social. A própria Constituição de 1891 – já no período republicano – apontava, no § 24 do art. 72: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e profissional.”. Como se observa, a diretriz constitucional não sofria limitações, representando uma autorização ampla e irrestrita ao exercício da profissão; em igual medida, a ordem legal não estabelecia quaisquer limites, requisitos ou condicionantes.

De outro lado, a lógica de todo o sistema normativo, ao pautar-se pela liberdade irrestrita dos agentes socioeconômicos, se abstinha de oferecer garantias à atuação livre e desassombrada dos advogados. O termo “prerrogativas da advocacia” lhe era rigorosamente desconhecido, e tampouco os “direitos estatutários” recebiam algum grau de conceituação, definição, previsão legal ou mesmo tratamento doutrinário.

Com o advento do Estado Social de Direito do século XX, valorizaram-se os compromissos profissionais em face de toda a coletividade. Conforme se desenham as instituições e se configura um projeto de sociedade nacional mais inclusiva e combativa diante dos arbítrios do poder, o advogado<sup>73</sup> aos poucos se descola do mister exclusivamente privado para ingressar no plano da administração da Justiça,

---

<sup>73</sup> “A denominação ‘advogado’ – etimologicamente, o termo deriva do latim *advocatus* que significa basicamente ‘interceder a favor de’.

*Registros históricos da presença do advogado* – o primeiro registro que se encontra vem da Roma antiga, quando às partes litigantes era facultado se fazer representar por mandatário, denominados de procuradores *ad litem*, aos quais competia defender seus interesses, integrando a relação processual como parte, e daí assumindo todos os encargos da ação.

Mais adiante, já na fase republicana, distinguem-se duas espécies de advogado: o *causidicus*, também denominado *patronus*, e o *advocatus*. Os primeiros patrocinavam os debates das causas, valendo-se dos dons da oratória para defender em juízo os direitos de seus constituintes. Já os *advocatus* eram assessores das próprias partes e de seus patronos (*causidicus*) em todos os assuntos pertinentes ao debate travado.

Atualmente ainda se verifica esta característica dualista na representação judicial na cultura inglesa, onde existem os *barristers*, cuja atuação se desenvolve junto aos tribunais superiores, e os *solicitors*, que exercem suas atividades nos juízos de primeira instância.

Na França, até o advento da reforma judiciária de 1958, existiam os *advocats*, aos quais era atribuído o direito de dar consultas, orientar as partes e completar os tribunais na falta de *quorum*, detendo um monopólio da defesa perante as jurisdições de direito comum; estes não eram procuradores das partes litigantes. De outro lado, existiam os *avoués*, que possuíam a incumbência de acompanhamento e direção dos processos, e na qualidade de procuradores das partes peticionavam em seu favor.

Ressalvada a exceção retromencionada, a atividade profissional encontra-se unificada, independentemente da denominação que hoje se lhes dê, como patrono, causídico, defensor, intercessor, procurador, mediador etc., ou simplesmente ADVOGADO, que entendo mais adequado e, por si só, já se traduz em título suficiente e enaltecido da profissão.” [Grifo no original]. RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia**. Comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 26-27.

assumindo a disciplina funcional com todos os direitos e obrigações daí decorrentes. Concilia-se, portanto, a atuação mandatária e parcial à missão de preservar a ordem jurídica e defender os direitos dos cidadãos, de modo que sua atividade passa a ser concebida como verdadeiro *múnus* público, orientada pelos interesses sociais.

Daí se depreende a interdependência dos conceitos de função social, liberdade, cidadania, justiça, ordenamento jurídico e dignidade da pessoa humana, bem como sua relação com as prerrogativas e deveres inerentes à advocacia. Como bem observava Rui Barbosa, “[...] os verdadeiros defensores da liberdade são os amigos mais sinceros da ordem, que é a sua necessidade suprema”<sup>74</sup>. A liberdade de atuação do advogado só pode ser assegurada no âmbito de um Estado democrático de direito verdadeiramente comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais de seu povo, o detentor último do poder que transfere aos representantes eleitos.

Ruy de Azevedo Sodré, por sua vez, estabelece uma costura precisa entre a função social do advogado e sua imprescindibilidade à realização da justiça, bem como à asseguaração da dignidade da pessoa humana:

O advogado *exerce função social*, pois ele atende a uma exigência *da sociedade*. Basta que se considere o seguinte: *sem liberdade, não há advocacia. Sem a intervenção do advogado, não há justiça*, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescindível para que funcione a *justiça*. Não resta, pois, a menor dúvida de que o advogado exerce função social.

Existem necessidades sociais que não podem ser asseguradas satisfatoriamente nem pela autoridade *pública*, nem pela atividade *industrial*. Exigem elas conhecimentos especializados, e aos seus portadores é conferida esta função social, que tem duplo aspecto; de um lado, atendem às necessidades da coletividade, e de outro, ao *mecanismo estatal da distribuição da Justiça*.<sup>75</sup> [Grifo no original].

A função social<sup>76</sup> da advocacia alargou-se proporcionalmente ao seu incremento institucional e à amplificação dos direitos de cidadania, valorizando a

<sup>74</sup> MATOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa**. 1. ed. São Paulo: Migalhas, 2010. v. I. s.p.

<sup>75</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 282-283.

<sup>76</sup> “[...] colaborador do juiz, porque trabalha em seu lugar, para recolher os materiais do litígio, traduzindo em linguagem técnica as fragmentárias e desligadas afirmações da parte, tirando delas

dimensão político-cidadã do ofício. Trata-se, em verdade, de conseqüência lógica das atribuições do advogado, que o colocam naturalmente como liame entre o juiz e a parte, oferecendo ao primeiro elementos que contribuem para elucidar os pormenores do conflito. Ao colocar-se a serviço de um dos lados, o advogado colabora para a prolação de uma sentença justa, porquanto amparada pelos elementos que, uma vez analisados, contrapostos e sopesados, resultarão no melhor deslinde da controvérsia. Seu papel na organização da causa transborda o interesse meramente privado, pois a justiça – entendida como expectativa de uma seqüência de decisões pontualmente justas – é do interesse de toda a sociedade.

A Constituição Federal de 1988, que consagrou o advogado como elemento indispensável à administração da Justiça, resulta da mudança de perspectiva operada no bojo do constitucionalismo contemporâneo. Em verdade, o texto de 1988 expressa um fenômeno que alguns juristas definem como *totalitarismo constitucional*, inscrevendo normas programáticas de amplo conteúdo social, buscando dirigir os administradores no sentido de sua implementação. Como afirma Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo.<sup>77</sup>

---

a ossatura do caso jurídico para apresentá-lo ao juiz, em forma clara e precisa e nos moldes processualmente corretos, e daí, graças a esse advogado paciente que, no recolhimento do seu gabinete, desbasta, interpreta, escolhe e ordena os elementos informes proporcionados pelo cliente, o juiz chega a ficar em condições de ver, de um golpe, sem perda de tempo, o ponto vital da controvérsia. [...] aparece assim como um elemento integrante da organização judicial – como um órgão intermediário entre juiz e a parte, no qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa, se encontram e se concilia.” Ibid., p. 283.

<sup>77</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2018.

No ímpeto de abarcar a totalidade dos direitos de cidadania, o constitucionalismo contemporâneo chega a transpor ao corpo normativo da Lei Maior abstrações excessivas, quando não idealismos irrealizáveis. Na obra **As Tendências do Direito Público no Limiar de um Novo Milênio**, André Ramos Tavares e Celso Ribeiro Bastos analisam dois tipos de normas programáticas:

Uma parcela, que é constituída de normas que jamais passam de programáticas e são praticamente inalcançáveis pela maioria dos Estados; e uma outra sorte de normas que não são implementadas por simples falta de motivação política dos administradores e governantes responsáveis.<sup>78</sup>

Ao menos quanto às normas passíveis de serem exigidas do Poder Público, é fundamental o fortalecimento da atuação independente e combativa do advogado, que, ao postular em nome do cidadão, concretiza a aplicação do direito. Trabalha, portanto, no sentido de construir e preservar a justiça social, assumindo a função pública de alcançar a justiça a todos os cidadãos.

#### 1.4 NATUREZA JURÍDICA E RAÍZES HISTÓRICAS DA ADVOCACIA

Delineada a evolução<sup>79</sup> da advocacia à luz de diferentes experiências e estabelecido seu elo com os direitos do cidadão, resta patente a gradativa expansão do ofício, sobretudo no que concerne à sua importância social. Desde a fase da oratória<sup>80</sup> grega – lugar de origem das técnicas de defesa –, passando pela fase

<sup>78</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 58.

<sup>79</sup> “Desde PÉRICLES, primeiro advogado profissional que se conheceu em Atenas, até TITO, o Tibério Caruneano, 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’, tem sido preponderantemente o papel do advogado no conglomerado social.

A própria palavra indica que o advogado sempre foi em todos os tempos aquele profissional revestido de características que o possibilitavam ser o defensor dos indivíduos contra as agressões de seus direitos.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 267.

<sup>80</sup> “Numa ligeira síntese histórica, foi na Grécia que a defesa feita pelos oradores tornou-se uma famosa arte. A oratória teve o seu período áureo, chegando-se a afirmar que Atenas foi o berço da advocacia.

republicana de Roma – onde a profissão se especializou<sup>81</sup> – e chegando à fase colonial do Brasil<sup>82</sup> – baseada na matriz do direito europeu –, a indispensabilidade e

---

Demóstenes, Péricles, Sócrates e tantos outros foram os grandes oradores helênicos, que enchem as páginas da história da advocacia.

É conhecido o julgamento de Phryné, em que Hyperides, ao defendê-la do crime de lesa majestade divina, fê-la aparecer sem véu e descomposta perante os juízes para os seduzir com as graças de sua formosura.

‘Este acontecimento, relata Montezuma, no discurso da instalação do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, em 7/9/1843, ‘verdadeiro abuso do direito de defender, marca uma época notável da história da eloquência grega, sendo então proibido fazer preâmbulos patéticos para mover à piedade ou à indignação. A oratória perdeu muito de sua força, mas a Justiça, indubitavelmente, ganhou.’

Olavo Bilac, o príncipe da nossa poesia, consagrou um belo soneto a esse célebre julgamento.

Foi em Roma que a advocacia se apresentou com seu caráter mais técnico-jurídico. Se a princípio a mais importante missão era a das armas, logo a seguir, com o progresso das instituições jurídicas, surgiram os patronos, dominando o cenário político-social, sobrepujando o prestígio dos guerreiros.” Ibid., p. 268-269.

<sup>81</sup> “Já ao tempo da República, havia duas espécies de advogado: o ‘patronus’ ou ‘causidicus’, que debatia as causas e como orador defendia em juízo os direitos de seus patrocinadores, e o ‘advocatus’, que assessorava e instruía a parte ou seu patrono sobre a questão do direito. Com o tempo e a especialização de funções – esclarece JOÃO BONUMÁ, em seu ‘Direito Processual Civil’ – os ‘advocatus’ foram retirando-se do pretório para o recolhimento de seus gabinetes e transformaram-se nos grandes jurisconsultos que iluminaram o mundo, e os ‘causidicus’ e os ‘patronus’ foram tornando-se os homens da lei, os juristas pátrios, os profissionais da representação judicial, e finalmente eles passaram a ser os ‘advocatus’.

Em alguns povos, ainda há esse traço de dualismo de representação do processo romano. Em França, ao lado dos ‘advocats’ – que não são procuradores dos litigantes, mas têm o monopólio da defesa diante das jurisdições de direito comum, e o direito de dar consultas, orientar as partes e completar os tribunais, na falta de ‘quorum’ – há os ‘avoués’, que são oficiais ministeriais, que representam as partes diante das cortes de Apelação e dos tribunais civis. Aos ‘avoués’, na qualidade de mandatários das partes, incumbe dirigir e acompanhar o processo, apresentar os pedidos e conclusões de seus constituintes.

[...]

Em Portugal, ainda segundo o relato do nosso monografista Mário Guimarães de Souza, vamos encontrar vestígios da existência do advogado em alguns forais do século XIII em diante. Numa provisão de D. Afonso II fala-se em *vozeiros ou arrazoadores* e permite-se que os litigantes os escolham no prazo de 3 dias, se o escolhido morar no Conselho, ou em maior prazo, se morar distante.

Só com as Ordenações Afonsinas foi que se delineou a organização da advocacia em Portugal. Com as Ordenações Manuelitas maiores foram as exigências para advogar na Casa de Suplicação e na Casa do Civil. Nas ordenações Filipinas, as regras disciplinadoras da profissão são mais completas.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 269-270.

<sup>82</sup> “No Brasil, como colônia que foi de Portugal, teve inteira aplicação o regime adotado na metrópole em relação ao advogado.

Proclamada a Independência, um dos primeiros atos do Império foi a lei de 20 de outubro de 1823 mandando aqui vigorar as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal, até que fosse organizado um novo Código, ou fossem especialmente alterados.

A Constituição Imperial de 1824 prometia novos Códigos: Criminal; seguindo-se, em 1832, o de Processo Criminal; em 1850, o Comercial, acompanhado do Regulamento 737, que disciplinava o Processo Comercial. Em 1858, por não se poder ainda elaborar o Código Civil, foi encarregado Teixeira de Freitas de consolidar o nosso Direito Civil, o que fez de forma magistral.

Em 1875, igual incumbência, quanto às leis do Processo Civil, foi dada ao Conselheiro Ribas, que apresentou obra satisfatória. Só em 1917 pudemos ter um Código Civil.” Ibid., p. 270-271.

o caráter público da função assumiram grandes proporções. Sua natureza jurídica híbrida combina aspectos de cunho privado, próprios do contrato de mandato, com seu múnus público, orientado pela busca da justiça e pela realização do direito. Tentando assimilar essa complexidade, a doutrina e a jurisprudência oferecem reflexões importantes acerca da advocacia, que serão objeto dos próximos tópicos.

#### 1.4.1 A advocacia como função essencial à justiça e à cidadania

Incluído no grupo mais amplo dos juristas, o advogado é o que aparece mais próximo ao cidadão. Não sendo propriamente parte do processo, é parcial na defesa de seu cliente; nisso se distingue do mero consultor, que, também detendo o conhecimento jurídico, deve se mostrar imparcial<sup>83</sup>. Conforme preconizam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, o advogado contribui para o funcionamento correto da ordem jurídica, promovendo o acesso de seus constituintes à justiça:

Dá-se o nome de jurista às pessoas versadas nas ciências jurídicas, como o professor de direito, o juriconsulto, o juiz, o membro do Ministério Público, o advogado. Como o mister da advocacia se insere na variada gama de atividades fundadas nos conhecimentos especializados das ciências jurídicas, o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas,

<sup>83</sup> “Inúmeras são as definições que os autores dão à figura do advogado, dentre as quais destacamos:

Denisart – ‘Repertoire de Jurisprudence, V – Advocat’, – IV, nº 4 define o advogado, na acepção atual do vocábulo, como sendo o homem que se entrega ao estudo das leis para, com elas, ajudar as pessoas que a ele recorrem e defender seus direitos.

[...]

Não é definição satisfatória, porque não basta que a pessoa seja versada em direito; é preciso que essa versação seja comprovada por um diploma, e que este esteja registrado na Ordem dos Advogados. Assim, também, função de orientar não é específica do advogado; qualquer um, versado ou não em direito, poderá fazê-lo.

[...]

O advogado, no processo, é parcial e, além do mais, na defesa de seu cliente, tem que ser combativo.

Já o consultor, além de prudente e cauteloso, tem que ser imparcial. O seu papel é esclarecer a verdade ao seu cliente.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. p. 271-272.

tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.<sup>84</sup>

No processo penal, a atuação do advogado junto ao acusado torna ainda mais acentuada a aliança com o cidadão, que está na raiz do ofício. Outra vez, merecem resgate as considerações de Francesco Carnelutti, que situa o advogado entre os juristas que, dotados de estudo e ciência, escolhem labutar no nível mais baixo – na superfície chã sobre a qual recai a autoridade dos magistrados:

A essência, a dificuldade, a nobreza da advocacia é esta: sentar-se sobre o último degrau da escada ao lado do acusado. (...)

Deixemos claro: a experiência do advogado está sob o signo da humilhação. Ele veste, porém, a toga; ele colabora, entretanto, para a administração da justiça; mas o seu lugar é embaixo; não no alto. Ele divide com o acusado a necessidade de pedir e de ser julgado. Ele está sujeito ao juiz, como está sujeito o acusado.<sup>85</sup>

Ao colocar-se na posição de vulnerabilidade do réu, o advogado criminal exerce sua nobreza. Não está sob o signo da humilhação, mas da humildade: ao suplicar aquilo que entende devido, coloca-se contra o excesso do poder, impedindo que se imponha aos mais fracos pela força.

Diversos são os conceitos cunhados na doutrina e vários são os ensinamentos jurisprudenciais acerca da natureza jurídica da advocacia e da indispensabilidade do advogado. Merece registro o intenso debate produzido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros perante o Supremo Tribunal Federal. Nessa ADIn, pretendeu a Associação dos Magistrados Brasileiros a declaração de inconstitucionalidade (total ou parcial) de alguns dispositivos da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, instituidora do Estatuto da Advocacia: inciso I do art. 1º; § 2º do art. 1º; § 3º do art. 2º e § 2º do art. 7º; inciso II do art. 7º; inciso IV do art. 7º; inciso V do art. 7º inciso IX do art. 7º, § 3º do art. 7º; § 4º do art. 7º; inciso II do art. 28 e art. 50.

<sup>84</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 241.

<sup>85</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2005. p. 29-31.

Uma série de pareceres acompanhou a manifestação do Conselho Federal da OAB nos autos da referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja inconstitucionalidade arguida gravitava em torno do significado do art. 133 da CF/88<sup>86</sup>. Para fins desse tópico, seguiremos as linhas das discussões levadas ao Supremo Tribunal Federal, às quais afluíram doutrinas que vertem luz sobre a natureza jurídica do advogado, sua função pública e seu tratamento legal no direito brasileiro.

Em parecer datado de 26 de setembro de 1994, o qual acompanhou a manifestação do Conselho Federal da OAB na referida discussão perante o Supremo Tribunal Federal, Paulo Bonavides sustentou a importância do Estatuto à defesa da cidadania:

A advocacia é função indissoluvelmente vinculada à natureza mesma dessa forma de Estado, que desde muito entrou na consciência das sociedades livres e democráticas.

O Estatuto da Advocacia, consubstanciado, pois, na Lei nº 8.906, levantou um monumento jurídico à defesa da cidadania.

[...]

Postergava-se assim nas épocas do absolutismo a essência social e moral que confere majestade, autonomia e legitimidade à função do advogado. Desterrada há de ficar para sempre aquela doutrina que, inferiorizando o advogado, se apresenta tão característica dos períodos autocráticos e tão familiar às praxes dos sistemas liberticidas.<sup>87</sup>

A avaliação histórica feita pelo jurista merece transcrição, registrando a mudança de perspectiva por que passou a advocacia:

Do homem objeto do processo no direito público do absolutismo ao homem sujeito do processo na teoria do Estado constitucional, se escreve a trajetória da ascensão da advocacia, menos como um fator novo de poder senão como uma instituição afiançadora do exercício de sua missão,

<sup>86</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Paulo Bonavides. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 2-3.

intimamente abraçada às garantias fundamentais do Estado de Direito, que o petítório da proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade ameaça derruir.

O raciocínio jurídico sobre a essência e a natureza da função advocatória já se não constrói nos moldes parcialmente anacrônicos, de eiva autoritária, peculiares ainda à doutrina de Bronhak, Jellinek, Laband, Triepel e Zorn (2), bem como de outros publicistas alemães da fase pré-Weimariana, quase todos destituídos de sensibilidade para as variações renovadoras do Direito Público, este Direito sobre o qual as comoções sociais do século fizeram descer a torrente democratizadora dos valores igualitários. Inaugurados os novos princípios juspublicísticos, seu desconhecimento invalidaria a hermenêutica das Constituições no Estado de Direito de nossa época.<sup>88</sup>

Com relação à carga axiológica de que está imbuído o art. 133 da Constituição Federal, discorre Paulo Bonavides:

Estes cânones e estes princípios inspiraram a matriz axiológica do art. 133 da Constituição Federal, outorgando imunidade ao advogado e proclamando-lhe implicitamente a elevação a categoria de órgão independente, que integra a Justiça, no mesmo patamar da magistratura.

[...]

Não foi [...] sem razão, que o corifeu do liberalismo jurídico da Alemanha durante o século passado, Rudolf von Gneist, reagindo à escola do estatismo no coração da Prússia, pôde levantar o brado de que a advocacia não é função do Estado, acorrentada à discricção judicial, mas arte e ciência livre, tão vetusta como a toga do juiz, tão nobre como a virtude, tão necessária como a Justiça.

Dava ele assim na doutrina jurídica um grande passo precursor para estabelecer o elo indissolúvel da advocacia com o Estado de Direito.<sup>89</sup>

O jurista percebe, portanto, a advocacia como órgão independente na administração da Justiça, no sentido de ser titular de funções indispensáveis à guarda do Direito<sup>90</sup>. Ainda sobre a dimensão do art. 133 da Constituição Federal,

<sup>88</sup> Ibid., p. 3-4.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Paulo Bonavides. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 4-5.

<sup>90</sup> “Foi notável esse avanço conceitual para se chegar, conforme já se chegou, ao entendimento contemporâneo da livre advocacia como órgão independente na administração da justiça (‘unabhaengiges Organ der Rechtspflege’); mas órgão – consoante assinalou muito bem o mesmo Klaus Stern, o jurista da unificação alemã – que se não deve confundir com órgão do Estado (5), qual fora a noção peculiar aos juristas simpatizantes e dilatadores do poder estatal; juristas sem dúvida demasiado conservadores, afeiçoados ao culto reacionário da tradição, da autoridade, do altar, da coroa e dos costumes. Juristas, por isso mesmo, quase sempre volvidos para o passado e distanciados das vibrações que fazem o Direito perpetuamente se renovar. Aponta, por conseguinte, aquele insigne jurista a concepção interpretativa correta do que seja órgão de administração da justiça, nos moldes do Estado de Direito: ‘órgão da Justiça quer dizer: titulares de funções que, para a jurisdição, são essenciais à guarda do Direito’ (‘Organ der

aponta para a livre advocacia como princípio constitucional, constituindo a própria estrutura da ordem jurídica consagrada pelo Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o legislador constituinte de 1988 nada mais fez do que positivizar um valor essencial, que já atravessava a sociedade brasileira antes da sua inscrição na Lei Maior. A atuação dos advogados durante os períodos totalitários, analisada anteriormente, oferece respaldo empírico à construção teórica de Bonavides; com efeito, fragilizar as prerrogativas que garantem a combatividade da profissão significa fragilizar toda a ordem democrática, deixando vulneráveis os direitos de cidadania:

Não fora tal desiderato, jamais teria ela insculpido a garantia do art. 133, que elevou ao grau de princípio constitucional a livre advocacia, esteio da ordem democrática e da postulação dos direitos da pessoa humana na barra dos tribunais.

Possuem os princípios, segundo a doutrina mais corrente do Direito Constitucional de nossos dias, juridicidade superior, na escala normativa das Constituições; formam eles a espinha dorsal do Direito em todos os sistemas de Estado vazados na dignidade da pessoa humana. Tais princípios, incorporando valores, perpassam a ordem jurídica e fazem o poder se inclinar, reverente, perante a sociedade e a cidadania.

Ainda que a Lei Magna não houvesse constitucionalizado em seu texto, formal e materialmente, a função do advogado, conforme dispôs o art. 133, nem por isso a advocacia deixaria de ser considerada um componente fundamental e apolítico da ordem jurídica. O legislador constituinte nada mais fez do que buscá-la onde ela já preexistia como valor primordial no reconhecimento da sociedade; anterior, por conseguinte, a toda legislação positiva da mais alta hierarquia.<sup>91</sup>

Outro parecer igualmente acostado à manifestação do Conselho Federal da OAB nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, apontando a constitucionalidade da Lei nº 8.904/94, é de lavra de Cármen Lúcia Antunes Rocha. Afirma que os dispositivos infraconstitucionais apenas reverberam a indispensabilidade do advogado, devidamente reconhecida pela Lei Maior. Sendo a profissão caracterizada como essencial à justiça, não pode, por consectário lógico, ser dispensável:

---

Rechtspflege heisst: Traeger von Funktionen zu sein, die für die Rechtspflege zur Wahrung des Rechts wesentlich sind').” Ibid., p. 5.

<sup>91</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Paulo Bonavides. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 6-7.

Este, aliás, nomeou o capítulo no qual se aloca o preceito de “Funções essenciais à Justiça”. A advocacia, afirma a Constituição expressa e taxativamente, é essencial à JUSTIÇA, não a um ou algum dos órgãos do Poder Judiciário, não a algum ou alguns dos processos e procedimentos adotados para a prestação jurisdicional. A constituição, tenho reiterado, não contém palavras inúteis, nem palavras inoportunas ou impróprias. O que se pode ter é, eventual e equivocadamente, interpretação equivocada das normas constitucionais.

Sendo, pois, a advocacia considerada pela Constituição – em dicção direta, expressa e indiscutível – essencial à Justiça e, ainda o advogado... Indispensável à administração da Justiça – como se poderia arguir ou entrever contrariedade à Lei Magna de norma infraconstitucional que, tomando-lhe os termos e repetindo-lhe o sentido, venha a explicitar esta condição essencial da advocacia e a paralela e também constitucionalmente definida indispensabilidade do advogado na atividade postulatória de jurisdição?

Pode alguém ou algo ser essencial e ao mesmo tempo dispensável (o que sequer poderia ser compatibilizado com os termos expressos na Constituição da República, que relaciona a essencialidade da função da advocacia com a indispensabilidade da presença do advogado)? O que é da essência pode ser eventualmente dispensado? O que é dispensável é o essencial?<sup>92</sup>

José Afonso da Silva, por solicitação do Conselho Federal da OAB, também emitiu seu parecer nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8. Atentando para o múnus público da profissão, reconhece sua indispensabilidade, sobretudo no que tange à defesa dos direitos daqueles cidadãos que se veem em condição de vulnerabilidade socioeconômica. São justamente esses os interesses que compõem grande parcela das pequenas causas levadas aos juizados especiais, para as quais o Estatuto da Advocacia previa o patrocínio advocatício obrigatório:

1. Relembramos aqui, em versão atualizada, textos anteriormente publicados que, pela natureza das questões suscitadas pela Consulta, põem algumas linhas de raciocínio que nos orientam na solução dos problemas aventados. Dissemos, então, que a advocacia não é apenas uma profissão, é também um *munus* [...], como reconhece o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados (Lei 8.906/94, art. 2º, 1º). Por isso é indispensável à administração da justiça. Não se pode dispensar o que é de interesse público, o que é serviço público. Ademais, a advocacia é um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos.

<sup>92</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Cármen Lúcia. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 84-85.

2. [...] natural, portanto, que reconhecer que, no seu mister, o advogado tenha que ser inviolável, tal a natureza eminentemente conflitiva de sua atividade e tal a necessidade de arrostar aos poderosos, o que mais se intensifica quanto mais se põe ele na defesa de interesses dos pobres, interesses esses que, na mais das vezes, constituem o conteúdo das ditas pequenas causas, de onde se pretende afastar o patrocínio advocatício, que o Estatuto tornou obrigatório.<sup>93</sup>

José Afonso da Silva identifica o serviço público prestado pelos advogados como justificador dos ditames da indispensabilidade e da inviolabilidade inscritos no art. 133 da Constituição Federal:

3. “O advogado é indispensável à administração da justiça”, diz o art. 133 da Constituição, que apenas consagra aqui um princípio basilar do funcionamento do Poder Judiciário, cuja inércia requer um elemento técnico propulsor. Diz agora o Estatuto, aperfeiçoando o anterior, que, no seu ministério, o advogado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, 1º). Com esses ditames – indispensabilidade, inviolabilidade e natureza pública, entre outros – o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94) tenta transformar a função do advogado em termos reclamados pela doutrina.<sup>94</sup>

Em memorial ofertado pelo Conselho Federal da OAB nos autos da Ação de Inconstitucionalidade nº 1127-13, cujo signatário foi o então Presidente nacional José Roberto Batochio, em 15 de setembro de 1994, salientou-se que o princípio da indispensabilidade do advogado não constitui privilégio corporativo ou mesmo reserva de mercado profissional. A razão de ser do princípio reside em interesses muito mais amplos, atinentes a toda a sociedade:

O princípio da indispensabilidade não foi oposto na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para a reserva do mercado profissional. Sua “ratio” é de evidente ordem pública e de relevante interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania. É garantia da parte e não do profissional.<sup>95</sup> [Grifo no original].

Mesmo nas causas de reduzida dimensão econômica, de menor

<sup>93</sup> Id. Parecer de José Afonso da Silva. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 1-2.

<sup>94</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de José Afonso da Silva. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 2-3.

<sup>95</sup> Id. Memorial da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 11.

complexidade ou de pequeno potencial ofensivo, a presença do advogado assegura a paridade de armas, ditame extraído da igualdade inscrita no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. A igualdade perante a lei é o embrião da igualdade perante o juiz: as partes devem possuir as mesmas oportunidades de levar ao apreço do Poder Judiciário suas teses.

Assim, o atual Código de Processo Civil, em seu art. 139, I, confere ao juiz a incumbência de dirigir o processo de modo a assegurar às partes igualdade de tratamento<sup>96</sup>. A segunda dimensão de direitos fundamentais pressupõe a atuação do Estado além do plano abstrato e formal, ou seja, considerando as nuances do suporte fático concreto para prover instrumentos efetivos que assegurem ao jurisdicionado a igualdade substancial. Trata-se de uma visão realista da sociedade, permitindo inclusive a quebra da isonomia formal em prol da consecução da igualdade substancial. O advogado, colocando seu conhecimento a serviço da parcialidade da causa, é peça fundamental no equilíbrio desse jogo de forças. A paridade de armas vincula, portanto, tanto o legislador quanto o magistrado; como salientam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O direito à igualdade processual – formal e material – é o suporte do direito à *paridade de armas* no processo (*Waffengleichheit, parità delle armi, égalité des armes*). O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das *mesmas oportunidades* e dos *mesmos meios* para dele participar. Vale dizer: se dispõem das *mesmas armas*. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à paridade de armas. Como facilmente se percebe, a igualdade, e a paridade de armas nela implicada, constitui *pressuposto* para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para plena realização do *direito ao contraditório* (arts. 7º, 9º e 10).<sup>97</sup>

Na mesma medida, o Código de Processo Penal veda a arbitrariedade quando dispõe, no art. 251, que *ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo*

<sup>96</sup> Id. Palácio do Planalto. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>97</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1. p. 498-501.

e manter a ordem no curso dos respectivos atos<sup>98</sup>. Conforme Nereu José Giacomolli, a igualdade se impõe sobre o devido processo em sua ampla acepção, compreendendo o sentido formal e material:

Essa regularidade se dá com a utilização de critérios legítimos, com a finalidade de afastar a arbitrariedade. A exigência da *par conditio* como elemento do devido processo se consubstancia no plano formal da previsão legislativa, mas também possui um conteúdo substancial, aferível na dinâmica processual, na aplicação normativa, bem como no conteúdo e efeitos das decisões [...]. A denominada igualdade de armas significa outorga às partes, pelo legislador (igualdade perante a lei) e pelo magistrado, dos mesmos mecanismos jurídicos à participação no debate processual contraditório, de forma equilibrada e simétrica (igualdade no processo). As diferenciações legais ou judiciais, na dinâmica do processo, que não carecerem de uma justificativa legítima, ferem o princípio da igualdade e o devido processo.<sup>99</sup>

Em novo memorial<sup>100</sup> acostado aos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1127-8, dessa vez subscrito por Roberto Antonio Busato e datado de 5 de dezembro de 2004, a OAB postula sua admissão como *amicus curiae*. Para sustentar os subsídios aportados à causa, a entidade discorre sobre a dimensão da profissão e sua abrangência cidadã, vertida no Estatuto da Advocacia. Aduz que as prerrogativas do art. 133 não concernem propriamente à classe, uma vez que seu verdadeiro titular é o cidadão, ao qual se garante a ampla defesa, o acesso à justiça e a dignidade:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil tem a convicção de que a irrogação da pecha de corporativismo que permeou a visão de muitos

<sup>98</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

<sup>99</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 406-407.

<sup>100</sup> “Segundo tal contexto, a análise de tão complexa questão exige que nos coloquemos como expectadores no tempo e no espaço, observando, ao longo desses dez anos, do alto, todo o horizonte circunjacente. Se assim nos posicionarmos, com a ressalva da devida licença, teremos a certeza de que as premissas que se estabeleceram com o julgamento da medida cautelar da presente ação direta de inconstitucionalidade são equivocadas. Não apenas porque se firmaram segundo um juízo de conveniência que prescindiu da exata indicação dos dispositivos supostamente violados; mas porque se inclinaram para a imprópria discussão acerca da elasticidade que o Estatuto teria empregado ao sentido do artigo 133 da Constituição – como se alcançássemos o seu limite – em face de outros princípios inseridos na própria Constituição – com os quais nem um nem outro se contrapõe, pelo contrário, se harmonizam.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Petição do Conselho Federal da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 3-4.

no primeiro ano de vigência da Lei 8.906/94, deu lugar à noção exata do instrumento de cidadania que é o Estatuto da Advocacia. Se há alguma impropriedade nesse importante símbolo, está ela na indicação da titularidade das prerrogativas por ele conferidas, que não são dos advogados, mas do cidadão, que necessita de defesa, de acesso à justiça, de dignidade, e também da sociedade, que encontra na OAB, individualmente representada por cada membro, uma das mais importantes instituições de defesa da ordem jurídica. O artigo 133 da Constituição exige interpretação conforme do Estatuto no sentido de que o advogado é um instrumento de prerrogativas da cidadania.<sup>101</sup>

Na sequência, acrescenta que os direitos fundamentais implicam os direitos de defesa do cidadão. Nesse sentido, o devido processo legal impõe balizas à atuação do poder do Estado:

Os direitos fundamentais cumprem pois a função de **direitos de defesa dos cidadãos** perante os poderes do Estado. E o fazem sob a perspectiva de limitar a atuação do próprio Estado perante o qual se exercem (Estado de Direito), segundo o **devido processo legal**.<sup>102</sup> [Grifo no original].

Quanto ao acesso à justiça, elemento basilar dos direitos de defesa, o Conselho Federal da OAB ressalta que a ausência do advogado na causa não constitui direito, mas desvantagem. Ao prescindir da defesa técnica, a parte se coloca em condição desproporcional e desparelha, impedindo que se distribuam iguais oportunidades no decorrer do processo:

Acesso à justiça só pode se dar mediante processo justo, assim concebido aquele que assegure à parte a efetiva proteção de que necessita. A garantia está intrinsecamente vinculada ao direito de defesa, que a Constituição exige seja amplo (art. 5º, LV). [...] O acesso à justiça pressupõe igualdade de oportunidades. Estar desacompanhado de advogado não é direito, mas desvantagem.<sup>103</sup> [Grifo no original].

No que tange à função dos direitos de defesa, J. J. Gomes Canotilho traz importantes considerações. Cinde esses direitos fundamentais numa dupla perspectiva, diferindo as normas de competência negativa – que vedam a ingerência

<sup>101</sup> Ibid., p. 3-4.

<sup>102</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Petição do Conselho Federal da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 6-7.

<sup>103</sup> Ibid., p. 9.

do Estado nas esferas individuais – das normas por meio das quais o cidadão exige seus direitos em face do poder público:

A primeira função dos direitos fundamentais – sobretudo dos direitos, liberdades e garantias – é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos). [...] Os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).<sup>104</sup> [Grifo no original]

Ainda acerca da constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei nº 8.906/94, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, Luís Roberto Barroso sustentou que o art. 133 da Constituição Federal foi límpido ao determinar a postulação do advogado perante qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive os juizados especiais:

Ora bem: na realização do objetivo maior, que é a justiça, o constituinte de 1988 foi explícito quanto ao papel do advogado, na linguagem inequívoca do art. 133:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Ao prever a presença do advogado para postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário, inclusive os juizados especiais, o dispositivo atacado nada mais fez do que explicitar, em sede legislativa, o que já decorria diretamente do texto constitucional. Ainda quando se pudesse supor, com maior ou menor acerto, que a presença do advogado pudesse repercutir no desejo constitucional de celeridade e simplificação, a verdade é que o constituinte não deu margem a tal opção.<sup>105</sup>

Em maio de 2006, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127 parcialmente procedente, reconhecendo que o

<sup>104</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, [2001], p. 405.

<sup>105</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Petição do Conselho Federal da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 5-6.

advogado, embora indispensável à administração da justiça, pode ter sua presença dispensada em certos atos jurisdicionais. Consignou, ainda, que a imunidade profissional é indispensável para que exerça sua ampla função social, justificando a inviolabilidade de seu escritório. A despeito do resultado da decisão, a ação suscitou debates de relevo acerca da natureza jurídica da advocacia, das prerrogativas do ofício e de seu liame com os direitos do cidadão. Essas questões encontram-se assimiladas pelo Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994); alguns de seus dispositivos estiveram sob exame de constitucionalidade na referida ADIn.

O referido Estatuto reverbera as concepções históricas da advocacia, transcrevendo seus compromissos primários com a sociedade; além disso, expande as linhas essenciais delineadas pela Constituição Federal. Por tais razões, o tópico seguinte se debruçará sobre a origem e o teor dos estatutos profissionais, concentrando-se nos princípios que norteiam a Lei nº 8.906/94.

#### **1.4.2 Dos decálogos aos modernos Códigos de Ética: direitos e deveres do advogado**

Como repercussão do conteúdo social da advocacia, emitiram-se, ao longo da história, uma série de instrumentos normativos e recomendações sob a forma de decálogos, mandamentos ou até mesmo juramentos. A maior parte dos países ocidentais corporificaram as regras profissionais em Códigos de Ética, como é o caso do Brasil:

Em todas as épocas, a preocupação dominante foi a fixação dos deveres a que deveriam subordinar-se os advogados, expressos em regras de conduta, ou condensados em mandamentos, ou sintetizados em decálogos.

Hoje, a maioria dos países adota Códigos de Ética, enfeixando neles deveres e direitos, que consagram as regras deontológicas e os princípios diceológicos.

Com a análise das regras de ética, que ora iniciamos, enunciadas por Santo Ivo; por São Luiz, Rei da França; por Santo Afonso de Liguori, e das do decálogo do grande processualista Eduardo Couture, teremos uma visão

ampla da advocacia, necessária como introdução ao estudo da Ética Profissional.<sup>106</sup>

Para entender a origem e o poder simbólico dos decálogos, importa lembrar que consistiam nos dez mandamentos da lei divina, escritos por Deus e entregues ao profeta Moisés no Monte Sinai. Em analogia ao seu conteúdo principiológico, os decálogos estenderam-se aos documentos que continham os princípios basilares do exercício de alguma profissão ou os preceitos norteadores de determinada vertente filosófica. A solidez do conjunto de mandamentos e seu caráter indissociável, fundamental e intransgredível advêm, portanto, da tradição bíblica. Deus teria inscrito suas leis em tábuas de pedra e aquele que as transgredisse, ainda que parcialmente, incorreria em pecado.

O peso simbólico do nome atribuído a esses compêndios de regras que, dentro do sistema jurídico, surgiram para orientar diversas funções fica evidente pelo intertexto com a Bíblia. O primeiro decálogo dos advogados data do século XIII; seu autor foi o sacerdote bretão Ivo Hélory de Kermartin (1.250 – 1303), canonizado 30 anos após seu falecimento pelo Papa Clemente VI como Santo Ivo, padroeiro de todos os profissionais do direito, especialmente dos advogados<sup>107</sup>.

<sup>106</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 91.

<sup>107</sup> “Por decálogo (do grego DEKA, dez, e LOGOS, palavras) [...] designam-se comumente os dez mandamentos da lei que Deus, segundo a tradição bíblica, deu a Moisés no Monte Sinai, escritos em duas tábuas de pedra (Exodo 34, 28 e Deuteronômio 14, 13:10,4).

Porque o decálogo contém em suma os preceitos mestres da lei divina, por extensão aplicou-se o termo para designar os princípios básicos de qualquer filosofia ou sistema ou as regras que devem presidir ao correto exercício de uma profissão. Assim sucedeu com a advocacia e outros ministérios relacionados com a vida dos Tribunais.

O primeiro decálogo conhecido respeitante aos advogados remonta ao séc. XIII e é da autoria do sacerdote bretão IVES HELORI (1.250 – 1303) que veio a ser canonizado pelo Papa Clemente VI – em 1.347. Santo Ivo – que foi advogado, juiz e padre – faleceu – em seu solar de Minihy, em 18 de maio de 1.303, sendo conduzido, no mesmo dia, nos ombros do povo, para a Catedral de Treguir, em funeral que era um triunfo e uma consagração.

Decorridos apenas 30 anos de sua morte, foi canonizado, tornando-se consagrado como Santo Ivo – o padroeiro dos advogados.

Autor de notável enciclopédia de Direito Canônico, Santo Ivo teve a sua vida inscrita nas páginas da História como advogado dos pobres, advogado dos órfãos, advogado das viúvas.

Estudou na Universidade de Paris, onde foi aluno de São TOMÁS DE AQUINO. Formou-se em Direito Civil em Orleans, e Direito Canônico, em Rennes.” Os mandamentos de Santo Ivo constituem, não resta dúvida, um verdadeiro Código de Deontologia Jurídica.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 91-93.

A trajetória de Santo Ivo faz jus ao reconhecimento que lhe foi postumamente conferido pelos operadores do direito. Estudou teologia, direito e filosofia em Paris, onde foi aluno de São Tomás de Aquino. Concluída sua formação, voltou à sua terra natal – Minihy-Tréguier, situada na região da Bretanha – para exercer o cargo de juiz no tribunal eclesiástico da diocese de Rennes. Tornou-se notável por colocar sua sabedoria a serviço de um espírito imparcial e conciliador, respeitado até mesmo por aqueles que perdiam as causas levadas a seu apreço. Ao tornar-se sacerdote, construiu um hospital, onde cuidava pessoalmente dos enfermos; sua bondade e a defesa dos injustiçados deu-lhe o título de advogado dos pobres<sup>108</sup>.

Entre os conselhos que constam do decálogo escrito por Santo Ivo, percebe-se a nítida preocupação com a honestidade perante o cliente e com a condução diligente da causa assumida. A maior parte dessas recomendações se mantém afinada, em seu intuito geral, aos atuais Códigos de Ética:

3. O advogado não deve onerar o cliente com gastos excessivos.
4. Nenhum advogado deve utilizar, no patrocínio dos casos que lhe são confiados, meios ilícitos ou injustos.
5. Deve tratar o caso de cada cliente como se fosse seu próprio.
6. Não deve poupar trabalho nem tempo para obter a vitória do caso de que se tenha encarregado.
7. Nenhum advogado deve aceitar mais causas do que o tempo disponível lhe permite.
8. O advogado deve amar a Justiça e a honradez tanto como as meninas dos olhos.
9. A demora e a negligência de um advogado causam prejuízo ao cliente e quando isso acontece deve indenizá-lo.
10. Para fazer uma boa defesa, o advogado deve ser verídico, sincero e lógico.<sup>109</sup>

Ao lado do decálogo de Santo Ivo, também merecem registro a Ordenança de São Luís<sup>110</sup> e os mandamentos de Santo Afonso Liguori<sup>111</sup>. Em virtude da natureza

<sup>108</sup> WIGMORE, John H. St. Ives, patron saint of lawyers. **Fordham Law Review**, New York, 1936. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol5/iss3/2>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

<sup>109</sup> OAB. Conselho Federal. **OAB lembra Dia de São Ivo, padroeiro dos advogados**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28410/oab-lembra-dia-de-santo-ivo-padroeiro-dos-advogados>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

principlológica desses documentos antigos, muitos de seus preceitos ainda reverberam nos atuais diplomas normativos. Desde os primeiros sistemas normativos, protege-se a confiança recíproca entre defensor e defendido como maneira de estender o direito aos cidadãos e potencializar o bem comum por meio do ofício do advogado.

Ao lado do Estatuto da Advocacia, o Código de Ética e Disciplina da OAB hoje em vigor, aprovado pelo Conselho Federal da OAB em outubro de 2015, norteia-se por “[...] princípios que formam a consciência profissional do advogado e representam imperativos de sua conduta”<sup>112</sup>. Desses princípios emergem imperativos de conduta traduzidos por uma série de mandamentos de caráter geral, como os deveres de proceder com lealdade e boa-fé, de empenhar-se na defesa das causas assumidas, de proporcionar ao cliente a realização de seus interesses por meio do direito e de comportar-se com independência e altivez profissional.

Além do mais, a aprovação desses documentos normativos ocorreu após uma série de tentativas de cerceamento da atividade, sobretudo mediante a submissão da Ordem dos Advogados do Brasil ao Ministério do Trabalho. Tanto o Estatuto da Advocacia quanto o Código de Ética e Disciplina manifestaram, portanto, o ímpeto de proteger legalmente a classe das tentativas de cercear sua livre e combativa atuação.

Nos episódios extremos do cenário jurídico-político do país, os advogados assumiram o natural cumprimento de suas funções junto à sociedade civil, bem como o dever de trabalhar pela restauração dos fundamentos democráticos. Por

---

<sup>110</sup> “Na célebre ordenança de São Luiz, rei de França, na qual, pela primeira vez, se deu o nome de ‘avocat’ ou ‘avant parlièrs’ aos que se dedicavam ao ofício de defensores – foram estabelecidas regras e preceitos visando a disciplinar a advocacia, mantendo-a em toda a pureza, tornando-se útil ao público, em virtude do que se ordenava a matrícula de todos os advogados ‘para que deles sejam escolhidos os que tiverem a necessária capacidade para tão importante emprego, excluídos os outros’.

Foi ainda sob o seu reinado (1215 – 1270) que se publicaram os célebres ‘estabelecimentos’, em um de cujos capítulos se regulamentava: ‘Como se deve manter o advogado durante a causa’. Continuou sua obra [...] seu filho, FELIPE III, chamado o ‘Atrevido’, a quem se deve uma ordenança de 1274 que regulamentou a profissão do advogado. SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 91-93.

<sup>111</sup> “Santo Afonso de Liguori, advogado por vocação, que viveu no Século XVIII, foi um verdadeiro sacerdote da Justiça, conseguindo êxitos brilhantes em sua carreira, sem jamais faltar para com os deveres de sua consciência religiosa.” *Ibid.*, p. 94-95.

<sup>112</sup> OAB. Conselho Federal. **Resolução nº 02/2015**. Disponível em:

<<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

essa razão, foram postos em evidência, acarretando a visibilidade e a exposição pública da classe, já organizada sob a Ordem dos Advogados do Brasil. A partir do governo de Getúlio Vargas, surgiu o debate acerca do controle da OAB e sua necessidade de prestar de contas.

As experiências históricas comprovam que a independência e a autonomia da Ordem dos Advogados – e, mais amplamente, da advocacia – representam condições inafastáveis à correta execução de suas finalidades institucionais. Somente mediante a não sujeição e a não vinculação aos Poderes de Estado torna-se possível o cumprimento de seus deveres sociais e democráticos. Assim, o apartidarismo, o afastamento dos dirigentes das questões político-ideológicas enquanto no exercício do voluntariado da Ordem, a não sustentação das despesas com verbas públicas e a necessária independência em relação aos poderes constituídos e às instituições essenciais à Justiça são requisitos imprescindíveis ao funcionamento autônomo da OAB, visando ao interesse de toda a coletividade.

Ainda assim, esses princípios basilares da autonomia sofreram inúmeras tentativas de cerceamento; essas questões tendem a ressurgir nos momentos de instabilidade política. Medidas provisórias e decisões judiciais procuraram impor o controle externo sobre a entidade, tentando submetê-la ao Ministério do Trabalho ou enquadrá-la como autarquia obrigada prestar contas ao Tribunal de Contas da União. É significativo pontuar que duas dessas tentativas de impor a vigilância mediante a prestação de contas ocorreram durante regimes de exceção – na ditadura de Getúlio Vargas e no governo de Ernesto Geisel:

Não obstante, ao longo da história da entidade, foram muitas as tentativas de cerceamento de seu poder de atuação: entre 1940 e 1950, com a obrigatoriedade de prestar contas ao Tribunal de Contas da União; na década de 1970, com a tentativa de submissão da entidade ao Ministério do Trabalho; em 1998, com duas medidas provisórias que tratavam da vinculação do Conselho Federal e das Seccionais ao Poder Judiciário dos Estados; e no ano 2000, processo ainda em andamento, quando o Ministério Público enquadrou a Ordem novamente como uma autarquia obrigada a prestar contas ao TCU.<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

Em abril de 1950, o Tribunal de Contas da União afirmou o caráter autárquico da entidade e a intimou a prestar contas. A partir do parecer do Conselheiro Dario de Almeida Magalhães, a OAB impetrou mandado de segurança. Denegado em sentença de primeiro grau, foi reformado, por via recursal, em favor da entidade, no dia 25 de setembro de 1951. À época, sustentou a Ordem dos Advogados do Brasil:

[...] - que a Ordem não geria nenhuma parcela do patrimônio público que se houvesse destacado do patrimônio da União;

- não recebia nenhuma ajuda, auxílio nem subvenção do Tesouro Nacional;  
- não tinha objetivos econômicos, executando tarefa, apenas, de natureza ética, disciplinar e cultural;

- que a Ordem tinha assegurados plena independência e íntegro autogoverno, sendo todos os seus componentes de órgãos de direção eleitos pelos membros da corporação, não estando sujeita ao controle ou subordinação hierárquica de qualquer outro órgão ou entidade, senão ao controle jurisdicional pertencente à justiça ordinária na verificação da legalidade de seus atos;

- e que a prestação de contas significava uma subordinação e um controle que não se coadunavam com a plena independência (seu verdadeiro patrimônio) que à Ordem devia ser assegurada a fim de bem desempenhar a missão para a qual fora criada.<sup>114</sup>

Nova tentativa de submissão da Ordem ao controle direto do Poder Executivo operou-se por meio do Decreto nº 60.900, de 26 de junho de 1967, que prescrevia a vinculação da OAB ao Ministério do Trabalho e Previdência Social. Outra vez, a reação político-institucional mostrou-se vitoriosa, conduzida pelo então Presidente da OAB Raymundo Faoro. Como fundamento, alegou-se o disposto no § 1º do art. 139 da Lei nº 4.215/63 (Estatuto da OAB então em vigor), por meio do Parecer 753 H, emitido pelo Consultor-Geral da República Adroaldo Mesquita da Costa e aprovado pelo Presidente da República em 17 de outubro de 1968, no sentido de não aplicar à Ordem dos Advogados a legislação referente às autarquias. Conforme a dicção expressa do referido art. 139, § 1º, da Lei nº 4.215/63, são inaplicáveis à Ordem as disposições legais referentes às autarquias ou entidades paraestatais; preservou-se, portanto, o intuito de independência que perpassava o Estatuto.

<sup>114</sup> OAB. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

As investidas do Poder Executivo, contudo, não cessaram. Por meio do Decreto nº 74.000, de 1º de maio de 1974, seguido pelo Decreto nº 74.296, de 16 de julho de 1974, procurou-se vincular a Ordem ao Ministério do Trabalho. Dessa vez, a vitória da entidade em prol de sua autonomia e da desvinculação total aos Poderes de Estado ocorreu em 21 de junho de 1975, com a aprovação pelo Presidente da República, ratificando o parecer do Consultor-Geral da República Luiz Rafael Mayer.

Renovaram-se, em 1998, as tentativas de limitação da autonomia da entidade, mediante as medidas provisórias nº 1549 e nº 1642<sup>115</sup>. A resistência da

---

<sup>115</sup> “Mas em 1998, decorridos vinte anos da decisão favorável à autonomia da OAB, as medidas provisórias nº 1549 e nº 1642 pretenderam vincular o Conselho Federal e as Seccionais ao Poder Judiciário dos Estados.

A estratégia de atuação do Conselho Federal resultou na exclusão da OAB da lista de entidades de classe transformadas em pessoas jurídicas de direito privado e, por conseguinte, sujeitas à jurisdição da Justiça Comum. A posição de advogados e juristas foi indeclinável ante a possibilidade de perda de autonomia da entidade. Em razão dos argumentos defendidos pela Ordem, os congressistas decidiram incluir um parágrafo que estabelecia que as normas criadas para serviços de profissões regulamentadas não se aplicariam à Ordem dos Advogados do Brasil. A ressalva incluída no texto da lei foi de fundamental importância, já que a submissão do Conselho Federal e das Seccionais à Justiça Comum representaria uma circunstância que causaria mal irreparável à independência da entidade. De grande destaque foi a atuação do senador Bernardo Cabral, ex-presidente da Ordem, cujo empenho foi importante para a vitória do Conselho. Com relação ao trabalho desenvolvido pela OAB, ele destacou: Todos sabíamos que ali havia um grande erro de inconstitucionalidade e tínhamos certeza de que a Ordem dos Advogados do Brasil não ficaria saliente, nem equidistante, nem indiferente.

No ano 2000 a OAB manteve, novamente, disputas jurídicas para assegurar o cumprimento de suas funções enquanto órgão fiscalizador e defensor da Constituição. Desta vez, defendeu-se de uma representação formulada pelo Ministério Público, que tratava da obrigatoriedade de apresentação regular de contas ao Tribunal de Contas da União. Para tanto, foram utilizados argumentos que enquadravam a Ordem como uma federação de pessoas jurídicas de direito público, ou seja, uma autarquia, e como sendo prestadora de serviço de fiscalização profissional, o que era, no entendimento do Ministério, atividade típica do Estado, delegada e exercida por entidades de natureza necessariamente pública. Além disso, O Ministério Público considerou que as contribuições arrecadadas pela OAB eram de origem tributária, constituíam dinheiro público, o que deveria levar o Conselho Federal e as Seccionais a prestarem contas ao TCU.

A reação da OAB foi imediata. A defesa alegou, primeiramente, que a matéria em apreciação já havia sido julgada pelo Poder Judiciário em 12 de setembro de 1952, o que comprometia a legalidade do processo impetrado pelo Ministério Público. A existência de uma sentença sobre causa já apreciada, segundo o Código de Processo Civil, impediria qualquer tribunal de julgá-la novamente. Na década de 1950, entendeu-se que a entidade não estaria sujeita à fiscalização do Tribunal de Contas da União, decisão que não deveria ser revista. Em seguida, a defesa discorreu sobre a natureza jurídica da OAB, alegando ser esta uma autarquia *sui generis*, não sujeita a qualquer tipo de controle estatal e, portanto, livre de qualquer obrigação tributária para com o Estado. Apesar de exercer serviços públicos, o Conselho Federal goza de ampla autonomia administrativa, é mantido com recursos próprios, não recebe subvenções e dispõe de legislação específica, diferente da que trata do funcionamento das autarquias. O parecer do ministro Rafael Mayer, reforçou essa posição, pois, segundo ele o tratamento diferenciado da OAB no universo das chamadas corporações ou entidades incumbidas da fiscalização do exercício das profissões liberais, tem razão de ser na eminência das atribuições que a ela são confiadas pelo ordenamento jurídico, excedentes do campo da simples disciplina e defesa da classe.” [Grifo no original]. OAB.

Ordem em face de todas essas investidas colaborou para reiterar sua dimensão pública; é certo que, ao afirmar a necessidade de sua autonomia, assumiu, cada vez mais, os deveres dela decorrentes.

A função social da advocacia, atrelada à sua necessária independência, ganhava clareza e efetividade. Os vários atos protagonizados pela OAB no seu processo de fortalecimento e evolução institucional ecoam sua natureza jurídica, que já vinha explicitada no art. 2.º do Decreto nº 22.478/33 (antigo Regulamento da OAB), no qual se definia a Ordem<sup>116</sup> como “serviço público federal”. A Lei nº 4.215/63 manteve a expressão em seu art. 139. O atual Estatuto da Advocacia refere-se a “serviço público” (art. 44 da Lei nº 8.906/94).

O Supremo Tribunal Federal definiu a natureza jurídica da entidade como *serviço público independente*. No ano de 2006, a partir da decisão do STF, houve verdadeira pacificação – provavelmente temporária – no que tange à controversa questão, conforme os termos da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI Nº 8.906, 2ª PARTE. “SERVIDORES” DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELETISTA, COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO

---

Conselho Federal. **História da OAB.** Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

<sup>116</sup> Para melhor compreender a origem da expressão temos que nos reportar às raízes da criação das corporações de advogados, de origem romana, denominadas “[...] collegium, ordo, consortium (togatorium – consortium)”. SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 235. De Plácido e Silva explica, em seu *Vocabulário Jurídico*, que a palavra Ordem “[...] é a CLASSE, ou seja, a colocação ou a disposição em que se põem ou se mostram as coisas, para que assim dispostas, colocadas, classificadas ou graduadas, sejam vistas ou anotadas.” SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

“Vem, assim, a Ordem existindo como ente moral inominado, como realidade válida à margem das classificações. Quando se diz que ele é ‘corporação’, emprega-se a palavra no sentido geral de associação, de corpo coletivo, de ente moral, de pessoa jurídica, de *universitas personarum* do Direito Romano. Não se restaura, porém, o sentido medieval da expressão, como também não se adota o sentido fascista acentuado no direito público pela ‘*Carta del Lavoro*’. Certamente o regime feudal era dominado pelas ‘*ordens*’, ‘*corporações*’ e ‘*estados*’. ‘ORDEM’ ficou sendo, até hoje, a associação oficial dos advogados, por evidente influência do Direito francês. Mas aí se entende que a Ordem, a despeito de seu nome, nada tem a ver com o velho significado da palavra. [...] a denominação da Ordem foi escolhida exatamente com a finalidade de distinguir-se a associação dos advogados das corporações dos comerciantes.” SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975. p. 254.

BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. **ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA A ENTIDADE.** PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA.<sup>117</sup> [Grifo no original].

A decisão do STF se aprofunda no exame da controvérsia ao definir que a Ordem dos Advogados não constitui autarquia ou agência, mas entidade prestadora de serviço público independente. Por não compor a administração indireta, a OAB não está a ela vinculada, e não mantém com os poderes de Estado e demais instituições essenciais à Justiça relação de dependência ou hierarquia.

As tentativas de vincular a Ordem dos Advogados aos órgãos do Estado possuem desdobramentos proporcionais à dimensão social da advocacia, bem como à sua histórica vocação para interferir no cenário político do país. Sua autonomia é o que lhe garante a persecução efetiva de seus deveres sociais mais primordiais. Quanto à parcialidade institucional inerente à profissão, pontuam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima *parcialidade institucional*. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.

Expresso, nesse sentido, o § 22 do art. 211 do Estatuto: “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público”.<sup>118</sup>

Incumbida de zelar pela conduta dos profissionais inscritos em seus quadros, a Ordem dos Advogados do Brasil é a entidade que reverbera e reforça os preceitos éticos e morais que derivam da natureza da profissão. No cumprimento de suas atribuições públicas, a advocacia é fator inafastável de aperfeiçoamento e

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.026/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ, p. 31, 29 set. 2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

<sup>118</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 242.

preservação da ordem jurídica e das instituições democráticas nacionais. Hoje enfeixados em instrumentos normativos, os compromissos éticos e sociais historicamente solidificados não arrefeceram diante das oscilações políticas do país, transmitindo-se à atuação combativa de muitos advogados que enfrentaram os períodos mais difíceis ao exercício da livre advocacia. Para proteger seu mister público e seu comprometimento com a ética profissional, positivaram-se algumas prerrogativas e garantias, cujo fundamento constitucional reside no sucinto art. 133 da Constituição Federal. Essas normas, bem como sua repercussão jurisprudencial, serão objeto dos próximos capítulos.

## 2 AS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

As prerrogativas reservadas ao advogado consolidam os direitos de cidadania, fortalecem o contraditório, concretizam a ampla defesa, asseguram o exercício das liberdades individuais e tolhem os abusos do Estado. Por essas razões, seu solapamento implica um perigoso desvio em direção ao autoritarismo e à desvalorização dos direitos humanos, que devem ser ativamente protegidos pelo Estado Democrático de Direito.

Em virtude de sua relevância para a manutenção dos ditames democráticos, as prerrogativas da advocacia e os direitos de defesa encontram-se inscritos em diversos documentos internacionais, cabendo aos Estados internalizá-los e promover a efetividade de suas disposições. Há um nítido intuito de homogeneizar as garantias mínimas oferecidas aos cidadãos para formar sua defesa perante os órgãos jurisdicionais de cada país signatário; além disso, a comunidade internacional tem se preocupado em avaliar e repensar, com base em uma racionalidade cooperativa, os desmandos, excessos e arbítrios que ocorrem dentro das fronteiras nacionais. Nesse sentido, a internacionalização das decisões fundamentais em âmbito jurídico, político e econômico é uma das características do novo paradigma global; sem abdicar de sua soberania, os Estados voluntariamente se comprometem a respeitar os acordos, decisões e tratados convencionados através de eventos periódicos, onde lideranças representativas dialogam horizontalmente.

Tendo em vista a tendência à globalização do direito constitucional, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporam-se ao ordenamento jurídico brasileiro com força de lei ordinária; caso aprovados pelo quórum qualificado previsto no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal<sup>119</sup>, equivalem a emendas constitucionais. Assim, as ameaças aos direitos de defesa e à livre advocacia representam uma agressão não apenas ao desenho normativo e democrático interno, mas aos desígnios da comunidade internacional. Rupturas

---

<sup>119</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

dessa ordem implicam o afastamento do país do cenário jurídico que busca se firmar através do diálogo integrativo entre as Nações.

## 2.1 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS PRERROGATIVAS NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

No ordenamento jurídico brasileiro, as prerrogativas da advocacia encontram-se positivadas numa hierarquia normativa completa, descendo do texto constitucional às normas estatutárias. A consolidação dessas prerrogativas, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, ocorreu através de um longo processo histórico, onde os advogados se valeram das garantias legais para sustentar a atuação combativa perante os regimes autoritários. Por sua relação com os processos sociopolíticos, a consistência das garantias profissionais está sujeita às modulações do tempo, dos paradigmas filosóficos e das oposições ideológicas que se amplificam nos discursos midiáticos; assim, embora o tema possua uma importância atemporal e universal, sua análise deve considerar as peculiaridades do espaço e do recorte histórico onde se insere.

A advocacia, sendo uma das mais antigas atividades liberais da humanidade, não está alheia aos grandes problemas do século XXI: o crescimento demográfico, a oferta massiva e precária de cursos jurídicos, a mercantilização das relações humanas, a crise da verdade e a ausência de consensos éticos trazem novas cores à função do advogado na sociedade contemporânea. Conciliar a verve profunda da profissão – sobretudo em seu aspecto deontológico, enriquecido por deveres morais e públicos – com o pragmatismo exigido para o enfrentamento das questões atuais é um dos maiores desafios do advogado. Resignar-se ao plano abstrato, limitando-se a construções teóricas que se abstêm de projetar lucidamente seus efeitos sobre a realidade, seria um desperdício do potencial transformador das já rarefeitas doutrinas e pesquisas empreendidas nessa área.

A localização geográfica e temporal do tema não representa risco à perda futura de seu objeto. Os questionamentos que orbitam a livre advocacia tendem a repetir-se ciclicamente, intensificando-se nos momentos de maior instabilidade política; compreender essa interdependência é essencial para propor soluções

efetivas e sólidas, que sejam capazes de permanecer em meio às crises e instabilidades inerentes ao processo evolutivo do Estado democrático.

### **2.1.1 A motivação das prerrogativas contra o arbítrio dos privilégios**

Preliminarmente, é importante salientar que prerrogativas não se confundem com privilégios: não há sequer uma área de intersecção entre os dois conceitos. Isso porque os privilégios consistem em vantagens injustificadamente atribuídas a uma pessoa ou a um grupo de pessoas; trata-se de uma distribuição arbitrária de benesses, baseada em circunstâncias e qualidades não amparadas pelos fins democráticos.

As prerrogativas, por sua vez, rejeitam o arbítrio. Além de não constituírem regalias, buscam munir determinados sujeitos de instrumentos úteis à neutralização de privilégios estruturais, que, de outro modo, se sobreporiam ao espírito da justiça. A natureza das prerrogativas é, portanto, inconciliável com as razões ilegítimas e antidemocráticas que subjazem aos privilégios, geralmente autoconcedidos ou instituídos em favor de segmentos detentores dos espaços de poder.

Dessa forma, as prerrogativas do advogado não constituem privilégios da classe; seu escopo é assegurar aos cidadãos meios eficazes para a realização da ampla defesa e do contraditório. Ditadas pelo interesse público, desdobram-se em garantias especiais e estritamente necessárias ao cumprimento dos ditames da justiça e da Constituição. Para que atinjam sua finalidade, vêm acompanhadas por contrapartidas rigorosas, inscritas sob a forma de preceitos éticos e regras de atuação, cuja inobservância gera sanções disciplinares. Além das penalidades concretamente estabelecidas, é inegável que existe um compromisso mais profundo, que atravessa toda a formação do profissional de direito.

No juramento que marca a outorga do *jus postulandi* – ou seja, a capacidade de postular perante as instâncias judiciárias –, são solenemente verbalizados os compromissos que decorrem da inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Assim, ao receber a carteira profissional, o incipiente advogado tradicionalmente se compromete a exercer a advocacia com dignidade e

independência, observando a ética, os deveres e as prerrogativas asseguradas à profissão<sup>120</sup>. Vê-se, desde esse primeiro momento, que o respeito às prerrogativas não se impõe como mera faculdade, mas como verdadeira obrigação: seu destinatário não é o advogado, mas o titular dos direitos de cidadania do qual é representante.

A prestação do compromisso encontra-se prevista no art. 8º, VII, do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), sendo requisito à inscrição do advogado<sup>121</sup>. O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB – que dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – estabelece, em seu art. 53, que os conselheiros e dirigentes dos órgãos da entidade, ao tomarem posse, devem prestar o seguinte compromisso:

Prometo manter, defender e cumprir os princípios e finalidades da OAB, exercer com dedicação e ética as atribuições que me são delegadas e pugnar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia.<sup>122</sup>

Percebe-se, nos juramentos da classe, a grande importância conferida à independência, às prerrogativas e aos compromissos éticos que enriquecem e dignificam a advocacia. O peso das palavras – sobretudo quando transcendem a letra fria da lei e se fazem ouvir nas cerimônias que inauguram os momentos cruciais da vida profissional – não pode ser desprezado; por certo, os votos ecoam em cada ato que pautará a carreira do advogado. Nenhum aparato sancionatório externo pode se pretender absoluto, ubíquo ou suficientemente estruturado para verificar a adequação de todas as condutas daqueles que se encontram sob seu poder fiscalizador. A consciência individual, no entanto, absorve mais profundamente as regras de ação; mesmo quando não há imperativos de conduta claros, a formação

<sup>120</sup> MATTOS, Edson Viana de. **Da natureza jurídica do compromisso do advogado**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista10/revista10\\_184.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista10/revista10_184.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>121</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>122</sup> OAB. Conselho Federal. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.oabrs.org.br/arquivos/file\\_524eccb6c3846.pdf](http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_524eccb6c3846.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ética do sujeito é capaz de estabelecer um horizonte de finalidades determinado por princípios, valores ou normas morais irreduzíveis a interesses egoísticos. Nesse sentido, pode-se afirmar que o aspecto subjetivo dos compromissos éticos – ou seja, a maneira como cada um os internaliza – é dotado de maior efetividade do que a própria força coercitiva da norma, que, em seus hiatos transgredíveis, alcança seu limite.

As garantias reservadas aos advogados pressupõem seu comprometimento com o interesse público, exhaustivamente reiterado nos diplomas legais e nos juramentos: não pretendem conferir poderes sem limites à classe, mas prover de liberdade, bravura e ânimo democrático sua atuação. Em última análise, é apenas à cidadania que se destinam as proteções de raiz constitucional: a defesa das prerrogativas resguarda os próprios mecanismos mantenedores do Estado Democrático de Direito.

Com o intuito de suprimir os direitos fundamentais do cidadão, as tentativas de desmantelamento da democracia buscam destituir o advogado dos recursos necessários à atuação destemida: aqueles que acusam a advocacia de privilégios excessivos não raro pretendem reter consigo os poderes desmedidos, enfraquecendo e desarmando aqueles profissionais que, no passado, confrontaram os regimes do arbítrio e da opressão. Como pontua Paulo Sérgio Leite Fernandes, o exercício da plena defesa é proporcional ao respeito que as instâncias judiciárias conferem ao direito de petição:

O Advogado, obviamente, depende do respeito à Constituição para bem exercer seu ministério. É um reivindicador. Esbarra seguidamente na resistência de sistemas estratificados do passado. [...] É claro que a eficiência do exercício da defesa aumenta na mesma proporção do respeito ao direito de petição.<sup>123</sup>

Segundo Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir, as prerrogativas consistem no conjunto de direitos e garantias necessários ao exercício livre da profissão. Aderem à face pública do advogado, não a seus interesses

---

<sup>123</sup> FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Na defesa das prerrogativas do advogado**. Brasília: OAB, 2004. p. 25.

individuais: entender de outra forma significaria desprezar toda a evolução que rompeu com a perspectiva típica do século XIX, quando a atividade postulatória era vista sob o viés estritamente liberal:

As prerrogativas profissionais dos advogados conceituam-se como o conjunto de direitos e garantias que lhes é especificamente dirigido para o livre exercício da profissão. Não representam um privilégio de uma casta como outrora, por exemplo, se concebiam determinadas prerrogativas da realeza. Com acerto, GISELA GONDIM RAMOS assinala “que estes direitos não lhe são conferidos na condição de pessoas físicas, comuns, mas na especial condição de agente público, no exercício de seu mister, que já dissemos, é um *múnus* público, para que lhe sejam asseguradas perfeitas condições ao pleno exercício profissional, de modo a garantir seja atendido o interesse público na realização da justiça”.<sup>124</sup>

Ao positivar a advocacia como função essencial à justiça, a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao advogado a missão de zelar pela realização plena do direito de defesa. Giselda Gondim Ramos aponta que as prerrogativas importam uma verdadeira responsabilidade da classe, não constituindo direitos renunciáveis, porquanto sua inobservância prejudicaria aqueles a quem se destinam – os cidadãos:

*Os direitos conferidos aos advogados, antes de serem privilégios, são uma responsabilidade – a discussão em torno dos direitos, ou “privilégios”, aos advogados antecede à própria criação da Ordem dos Advogados. Em 1930, André de Faria Pereira, então Procurador do Distrito Federal, recebeu do Ministro da Justiça Oswaldo Aranha, a incumbência de redigir projeto de lei destinado à reorganização da Corte de Apelação do Distrito Federal. Ao fazê-lo, o distinto jurista incluiu nele o art. 17, pelo qual se criava a Ordem dos Advogados. Lendo a proposta apresentada por André de Faria Pereira, o Ministro se opôs exatamente aos termos do art. 17, aduzindo que a Revolução não deveria conceder privilégios. As ponderações de André de Faria Pereira, em resposta, auxiliado por Solano Carneiro da Cunha, foram fundamentais para vencer a resistência do Ministro. Disse ele: “a instituição da Ordem traria, ao contrário, restrição aos direitos dos advogados e que, se privilégio houvesse, seria o da dignidade e da cultura”.*<sup>125</sup>

A autora salienta que a realização dos direitos consubstanciados no Estatuto

<sup>124</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

<sup>125</sup> RAMOS, Giselda Goldim. **Estatuto da advocacia**. Comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 91-92.

da Advocacia não fica a critério do titular, deflagrando verdadeiras obrigações e deveres para o profissional. Posturas conformistas em face de restrições indevidas são inadmissíveis, porquanto negam vigência às garantias de defesa asseguradas aos cidadãos:

A menção do advogado no art. 133 da Constituição Federal é outro fator a demonstrar o nível de responsabilidade da nossa profissão.

E a melhor maneira de se verificar a natureza dos direitos outorgados pelo Estatuto ao advogado é exatamente examinar as condições em que o mesmo pode ser exercido pelo profissional. Se se tratasse de um direito propriamente dito, pura e simplesmente, o seu exercício ficaria ao exclusivo critério do titular, ao contrário do que ocorre no caso do advogado. Este, como elemento indispensável à realização da justiça, não tem a possibilidade de escolher se vai ou não exercer sua prerrogativa, uma vez que, numa situação prática de desrespeito a qualquer destas, ele tem verdadeira obrigação de se insurgir. *É, pois, inquestionável dever!* Não pode o advogado, por exemplo, ao lhe ser vedado o acesso a autos judiciais, simplesmente aceitar a restrição. E não lhe é facultado o conformismo porque a sua responsabilidade para com a defesa do direito que lhe foi confiado pelo cliente está acima da sua própria autonomia.<sup>126</sup> [Grifo no original].

O art. 133 da Constituição Federal, ao estabelecer que “[...] o advogado é indispensável à Administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”<sup>127</sup>, insculpiu um preceito autoaplicável, pois se refere diretamente ao direito fundamental do acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa. Consoante o art. 5º, § 1º, da Lei Maior, “[...] as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, isto é, produzem efeitos assim que entram em vigor<sup>128</sup>. O artigo que eleva a advocacia à função essencial da justiça consubstancia norma constitucional de eficácia contida ou prospectiva, passível de ser restringida por norma infraconstitucional. Até a expedição de legislação ordinária limitadora, a norma possui eficácia plena.

<sup>126</sup> RAMOS, Giselda Goldim. **Estatuto da advocacia**. Comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 91-92.

<sup>127</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>128</sup> *Ibid.*

Para Rodrigo de Oliveira Ribeiro, as prerrogativas conservam a integridade das liberdades públicas, emanando os fins essenciais da Constituição Federal. Mais do que faculdades jurídicas conferidas aos advogados, pretendem proteger e amparar os direitos reconhecidos às pessoas, sobretudo quando submetidas à pretensão punitiva do Estado:

[...] as prerrogativas profissionais dos advogados representam emanações da própria Constituição da República, pois, embora explicitadas no Estatuto da Advocacia (Lei 8906-94), foram concebidas com o elevado propósito de viabilizar a defesa da integridade das liberdades públicas, tais como formuladas e proclamadas em nosso ordenamento constitucional. As prerrogativas profissionais de que se acham investidos os advogados, muito mais do que faculdades jurídicas que lhe são inerentes, traduzem, na concreção de seu alcance, meios essenciais destinados a ensejar a proteção e o amparo dos direitos e garantias que o sistema de direito constitucional reconhece às pessoas em geral (sejam elas brasileiras ou estrangeiras), notadamente quando submetidas à atividade persecutória e ao poder de coerção do Estado.<sup>129</sup>

Por funcionarem como balizas diante do poder persecutório do Estado, as prerrogativas também funcionam como termômetro da solidez democrática das instituições. Na atual instabilidade do país, onde as investidas contra as liberdades públicas são frequentemente propagadas como único meio de restaurar a ordem supostamente perdida, estabelecer a correlação entre a liberdade de defesa e a defesa das liberdades é a única maneira de impedir que se busque outra vez em regimes totalitários, violadores dos direitos humanos, soluções simplistas para problemas complexos<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. Os direitos do preso e as prerrogativas do exercício da advocacia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-27/direitos-presos-prerrogativas-exercicio-advocacia?imprimir=1>>. Acesso em: 04 maio 2018.

<sup>130</sup> “As liberdades são, de fato, públicas porque são reconhecidas e protegidas pelo direito e isso independentemente do objeto da liberdade. Nesse sentido, o professor francês Jean-Jacques Israel, ao analisar as chamadas liberdades públicas, esclarece: ‘*é, portanto, a intervenção do direito positivo, tradução do reconhecimento e do ordenamento da liberdade pelo Poder, pelo estado e pelo Direito, que faz de uma liberdade uma liberdade pública*’. Em outras palavras, o que torna pública uma liberdade, seja qual for o seu objeto, é a intervenção do poder para reconhecê-la e regulamentá-la. ‘*As liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo*.’ [...] Esse é o caso do respeito à pessoa humana, da segurança, da liberdade individual, liberdade da vida privada, liberdade de trânsito, liberdade de locomoção, entre outras liberdades ligadas à pessoa física. Trata-se do que a doutrina também chama de liberdades fundamentais ou públicas. [...] Sendo assim, a liberdade ética aceita dentro do primado do direito de defesa, como um dos sacerdócios da advocacia, só será efetiva com o respeito à primazia das regras deontológicas básicas descritas no Código de Ética e Disciplina dos Advogados. Ao

Para afirmar as prerrogativas do advogado como fatores fundamentais à preservação das liberdades públicas, faz-se necessário trazer à tona algumas transformações operadas na sociedade do século XXI. Em virtude da atualidade do tema, que dificulta o distanciamento metodológico, as circunstâncias só podem ser apreendidas em seu curso ativo; se, por um lado, a atualidade efervescente da matéria implica esforços dialéticos redobrados, pensá-la criticamente significa agir sobre um futuro ainda em aberto, passível de aprimoramentos.

### 2.1.2 Racionalidade jurídica e advocacia no tempo das incertezas

Situada na geografia dos direitos fundamentais, as prerrogativas dialogam diretamente com a função pública do advogado, colocando-o no epicentro dos processos evolutivos da história. Assim, para que não entre em descompasso com a sociedade, a advocacia precisa se adequar à dinâmica dos componentes sociais, conciliando a conservação dos fundamentos da Lei Maior com a potência modificadora de um mundo que se transforma velozmente. Abrindo-se à realidade contemporânea, deve encontrar meios efetivos de pluralizar e amplificar os princípios de base, sem, contudo, permitir que se esvaia sua essência.

Os institutos democráticos que se insculpiram ao longo de um exaustivo percurso histórico não podem ir a pleno desterro em momentos de questionamento e tensão; comprometida a zelar pela tradição democrática, cabe à advocacia conduzir racionalmente o espírito transformador. Para encontrar alicerces que se sustentem na conflituosa travessia de um tempo que assistiu ao desterro de suas certezas,

---

defender a liberdade ética, o advogado deve espelhar-se na preeminência das regras deontológicas que cercam a sua função, sendo essas, inclusive, consideradas como um manto de defesa das próprias liberdades. Agir com ética é garantir o direito à liberdade. [...] Um advogado não tem como resguardar a liberdade jurídica de um cidadão se ele mesmo não estiver resguardado, por meio de prerrogativas, contra violações de sua própria liberdade jurídica de atuação. [...] A liberdade de defesa e a defesa das liberdades são dois lados da mesma moeda em que figura o direito de defesa, o qual é considerado como um sacerdócio da advocacia. Sendo assim, não há como existir liberdades públicas sem a concepção de que as mesmas só devam ser garantidas por meio da atuação livre do advogado e a garantia de suas prerrogativas para a efetivação das referidas liberdades. A função social do advogado é pressuposto da defesa das liberdades.” [Grifo no original]. SILVA, Daniel Cavalcante. **Cadernos do sacerdócio da advocacia**: apontamentos sobre a defesa das liberdades, democracia e ética. 4. ed. Disponível em: <<http://ena.oab.org.br/Content/premio-evandro-lins/4-Edicao-Daniel-Cavalcante-Silva.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

exige-se que a classe seja capaz de se manter lúcida e independente, pensando com autonomia e pragmatismo as questões que pungem no tempo presente.

Por certo, a insegurança dos conceitos e o questionamento das verdades até então assumidas como absolutas fazem parte de um fenômeno mais amplo, que não se reduz ao setor jurídico, muito menos ao território brasileiro: trata-se de um abalo paradigmático amplíssimo, cuja nascente é impossível de ser determinada, pois remonta a focos dispersos por muitas áreas do conhecimento. Pontuar esses focos de crise ajudará a estabelecer a dimensão da angústia epistemológica da contemporaneidade.

A física clássica, construída sobre o racionalismo cartesiano, pretendeu submeter a leis universais e deterministas os fenômenos da natureza; no século XX, experiências empíricas expuseram as falhas e insuficiências das fórmulas que prometiam ao ser humano o controle sobre todos os aspectos do mundo. A física quântica e a teoria da relatividade de Einstein acrescentaram novos problemas à ciência, registrando resultados que não podiam ser conciliados com as velhas ideias. Corroeram-se, assim, as estruturas sobre as quais o século XIX havia confiantemente assentado suas verdades. A ausência de respostas absolutas varreu todos os âmbitos do conhecimento com uma sensação de incerteza e insegurança; a ideia de leis imutáveis da natureza era compatível com a doutrina do jusnaturalismo, que fundamentava o direito na razão, no bom senso e na preexistência de valores morais e éticos autoevidentes.

Na virada do século, a própria capacidade humana de compreender a realidade foi posta sob o signo da dúvida, abalando também a credibilidade dos institutos clássicos. No livro **A Evolução da Física**, Albert Einstein e Leopold Infeld pautam o caráter especulativo e instável do modelo cognitivo emergente:

A Física Quântica não visa a descrever objetos individuais no espaço e suas alterações no tempo. Não há, em Física Quântica, lugar algum para declarações como esta: "Este objeto é assim, tem tal propriedade". Em vez disso, temos declarações desse tipo: "Há tal probabilidade de que o objeto individual seja assim e tenha tal propriedade". Não há lugar algum na Física Quântica para leis governando as alterações dos objetos individuais no tempo. E vez disso, temos leis que governam as alterações da probabilidade no tempo. Somente essa modificação fundamental, imprimida

na Física pela teoria quântica, possibilitou uma explicação adequada do caráter aparentemente descontínuo e estatístico dos acontecimentos [...].<sup>131</sup>

Esses movimentos científicos culminaram naquilo que o químico russo Ilya Prigogine (1917 – 2003) chamou de *fim das certezas*<sup>132</sup>, impondo a visão múltipla de uma sociedade profundamente instável e efêmera. A dificuldade da busca de uma racionalidade ética capaz de mediar as relações plurais e instáveis é descrita por Ricardo Timm de Souza<sup>133</sup> como uma *radical insegurança*, gerada pela transposição de nossas conhecidas concepções da realidade com o objetivo de superar as determinações tautológicas do mundo hermético onde o sujeito moderno se fechou<sup>134</sup>.

A revolução tecnológica – cujos marcos temporais são impossíveis de determinar, pela própria noção de simultaneidade instaurada –, acelerou a potência da transformação a níveis sem precedentes. Tentando sobreviver à dinâmica vertiginosa, as instituições precisaram absorver em suas rígidas estruturas os

<sup>131</sup> EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. **A evolução da física**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976. p. 233.

<sup>132</sup> Em *O Fim das Certezas*, Prigogine se propõe a estender a mecânica clássica assim como a mecânica quântica para sistemas dinâmicos instáveis, o que levaria a uma nova formulação das leis fundamentais da natureza. Para isso, o elemento essencial seria “[...] a ruptura da equivalência entre a descrição individual em termos de trajetória e a descrição em termos de conjuntos estatísticos”. Dessa forma, as leis da natureza ganhariam um novo sentido, exprimindo possibilidades no lugar de certezas. A argumentação que fundamenta essa proposta de Prigogine se desenrola ao longo do livro pela apresentação de desenvolvimentos da física e das matemáticas do caos e da instabilidade, com destaque para suas aplicações à física newtoniana, à mecânica quântica – incluindo aqui uma nova abordagem da questão do observador –, mas também procurando abranger a relatividade e, por fim, a cosmologia. PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996. p. 94, 191-192.

<sup>133</sup> A corrupção do sentido: a degeneração do encontro humano eticamente saudável com o sintoma da degeneração do sentido humano. Não há como conceber sociedade viável (não autodestrutiva) que não se baseie na permanência da boa relação interpessoal, comunitária e social. O processo de corrupção como indicativo de configuração de uma sociedade patológica. As bases de uma sociedade humana viável: a ética da Alteridade como racionalidade do encontro. O momento cultural não é algo individual, mas sim pluralizado – do mundo inteiro. A nova racionalidade é real quando apenas o lado especificamente humano da humanidade é o seu fundamento. Na trilha de uma racionalidade ética – a reconsideração radical da questão da justiça: a insegurança provém da irreduzível alteridade do outro; a racionalidade ética nasce a cada momento em que um encontro verdadeiro tem um lugar, e é racional na medida em que se dirige à realidade do encontro. SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 111-137.

<sup>134</sup> *Ibid.* **Racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/103/99>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

mecanismos da revolução digital. Dos gestores públicos exigiu-se algo que sempre esteve associado à iniciativa privada: a inovação. O Judiciário, precisando evoluir cada vez mais com a evolução do mundo que regula, espelhou a novidade em suas decisões, que muitas vezes se anteciparam à demora inerente ao processo legislativo. Debates acerca da pertinência do ativismo judicial se intensificaram. Algo de mais profundo, contudo, passou a orbitar o direito: a confiança até então depositada na capacidade racional do sujeito para tomar decisões foi colocada sob suspeita. O descrédito das teorias universalistas repercutiu, também, sobre as instâncias decisórias, legislativas e políticas.

A queda do absolutismo da verdade permite que se valorize a parcialidade intrínseca à atuação do advogado, espécie de tradutor jurídico das narrativas que compõem as versões parciais dos fatos. Por outro lado, as sensações de incerteza e instabilidade geram uma pressão intensa sobre os fundamentos que sustentam a sociedade democrática, colocando sob ameaça os meios legais que possibilitam ao advogado se expressar livremente em prol dos direitos de cidadania. Cabe à advocacia mover-se com sabedoria e cautela nesse território ambíguo, harmonizando a potência da mudança com a inteligência da ordem.

Na prática jurídica, a velocidade e a economia do processo eletrônico fazem crescer exponencialmente sua abrangência, tornando inevitável a inserção digital do advogado. A lógica das redes é, por certo, expressão desse mundo múltiplo, veloz, regido por relações de simultaneidade e interconexão. Nesse novo sistema – que ainda busca seu aperfeiçoamento –, as partes envolvidas têm acesso ao conteúdo do litígio a qualquer momento; a realização de audiências por videoconferência também se tornou comum, admitindo a relação remota entre os atores processuais. A Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispôs sobre a informatização do processo judicial, regulando seus principais aspectos e buscando adequá-lo aos ditames do devido processo legal<sup>135</sup>.

Os ganhos do processo eletrônico não neutralizam as dificuldades adaptativas do sistema: num país educacionalmente marcado por desigualdades, a

---

<sup>135</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

inclusão digital persiste como um problema, sobretudo porque a tecnologia muda constantemente suas plataformas e incorpora novos recursos. Outra vez, o princípio da paridade de armas deposita no advogado seu meio assecuratório, exigindo que o profissional se atualize no mesmo compasso das inovações.

Além das dificuldades práticas, surge uma nova perspectiva de hierarquização, apontando para um funcionamento mais horizontal das instituições. Na medida em que se pulverizam as pautas, as filosofias, as ciências e as identidades individuais, exige-se um outro tipo de condução do litígio, em resposta às demandas oriundas da virada paradigmática do século XXI.

O congelamento da racionalidade jurídica numa lógica descompassada com as transformações do mundo contemporâneo poderia produzir danos. As consequências imediatas da desconfiança e da perda de autoridade do direito não trariam nenhum resultado novo: na verdade, seriam velhas conhecidas da história humana. A ruptura do domínio da lei conduziria à justiça de mão própria, à contraposição de forças assimétricas e, por fim, à desordem ocasionada pela falta de soluções equânimes aos conflitos.

Inseridas nesse sistema informatizado e interconectado – muito mais ágil e flexível –, as prerrogativas da advocacia não podem funcionar como impeditivos à célere e eficaz prestação jurisdicional; também não devem ser entendidas como direitos classistas e estatutários, indignos de um ambiente social onde se recalculam e reequilibram as hierarquias que já não se amoldam à pluralidade complexa da sociedade.

Para o físico romeno Basarab Nicolescu, a lógica emergente se traduz pela transdisciplinaridade e pelo transhumanismo; se a epistemologia ainda não encontrou o distanciamento temporal necessário para construir um sentido uniforme para esses novos conceitos, é porque habitam justamente o período crítico de transição entre os sistemas de mundo. São palavras amorfas, apreendidas no embrião de seu curso evolutivo; a forma que assumirão depende, em grande parte, da inteligência com que os poderes dispersos conduzirão os problemas dessa primeira metade do século. O direito – visto não apenas como um conjunto de normas cogentes, mas como um ramo do conhecimento que busca compreender e regular a vida humana – não pode se abster dessa discussão. As estruturas sociais

devem assumir as responsabilidades e demandas que florescem nesse substrato incerto, movediço e profundamente complexo. Nesse contexto, a função pública da advocacia se sobreleva enquanto fiscalizadora e promotora de um mundo comprometido com o bem-estar de todos os seus habitantes:

A visão transdisciplinar, que é ao mesmo tempo uma visão transcultural, transreligiosa, transnacional, transhistórica e transpolítica, conduz, no plano social, a uma mudança radical de perspectiva e de atitude. Não se trata, é claro, de intervenção de um Estado, com suas estruturas, na vida interior do ser humano, que pertence ao âmbito da estrita responsabilidade individual. Todavia, *as estruturas sociais devem criar as condições* para que esta responsabilidade possa florescer e se exercer em seu seio. O crescimento econômico a qualquer preço já não pode estar no centro das estruturas sociais. A economia política e o que está vivo estão intimamente ligados. A pesquisa criativa de uma economia política transdisciplinar está baseada no postulado de que esta está a serviço do ser humano e não o contrário. O bem estar material e o bem estar espiritual condicionam-se um ao outro.<sup>136</sup>

O que prontamente se infere do paradigma emergente – a que alguns autores chamam pós-modernidade – é sua aversão ao hermetismo e à rigidez das categorias clássicas, das fronteiras, das identidades, das instituições. A advocacia, na consecução de sua representatividade social, fortaleceu-se como classe, principalmente a partir da criação da Ordem dos Advogados do Brasil. Por sua própria natureza, lutou, desde o princípio, para que seu fortalecimento institucional não descambasse para um funcionamento corporativista, alheio à dinâmica sociopolítica. A integração profissional, contudo, não pode ocorrer mediante sua cooptação pelos poderes do Estado: deve se dar, isso sim, através do estreitamento de seus laços com a sociedade civil.

As prerrogativas advocatícias, ao garantirem a independência, permitem que se estabeleça uma genuína confiança entre o advogado e os sujeitos de direitos, sejam eles individuais ou coletivos; conseqüentemente, ao desobstruírem o diálogo e a manifestação em juízo, possibilitam o funcionamento flexível e transparente da máquina pública, opondo-se ao escalonamento de índole autoritária dos modelos institucionais já ultrapassados. O que se percebe hoje é um esforço no sentido de distribuir o poder para racionalizar o sistema, uma vez que a concentração da

---

<sup>136</sup> NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: TRIOM, 1999. p. 153.

autoridade não apenas contraria os preceitos democráticos, mas impede a tradução das múltiplas forças e identidades que compõem o poliédrico universo pós-moderno.

Na obra **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**, Peter Häberle defende a adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista, também chamada sociedade aberta. Segundo a tese de Häberle, todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo intérprete, não sendo possível fixar um elenco cerrado, um *numerus clausus* de intérpretes legitimados constitucionalmente. Assim, todas as potências públicas – incluindo cidadãos e segmento sociais – devem contribuir, tornando os critérios tão pluralistas e dinâmicos quanto a própria sociedade. Aponta Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da obra:

Häberle propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada à sociedade pluralista ou à chamada sociedade aberta. Tendo em vista o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, assenta Häberle que todo aquele que vive a Constituição é um seu legítimo intérprete. [...] A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.<sup>137</sup>

Para Peter Häberle, “[...] um *minus* de efetiva participação deve levar a um *plus* de controle constitucional. A intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação”<sup>138</sup>. Vê-se, nesse excerto, um esforço para incluir os novos vetores da sociedade pluralista nos processos formativos e evolutivos da democracia, sob pena de torná-la obsoleta, homogeneizada por grupos que não espelham a configuração complexa da realidade.

---

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 9.

<sup>138</sup> HÄBERLE, op. cit., p. 46.

Assim, quaisquer atos que violem a liberdade de defesa das múltiplas vozes democráticas revelam absoluto descompasso com o novo perfil constitucional que se afigura. O advogado, enquanto articulador técnico dessas expressões plurívocas, deve ter seu papel fortalecido junto à justiça, e não suprimido, ao contrário do que vem ocorrendo em diversas ocasiões. Para que o Estado Democrático de Direito sobreviva ao tempo crítico que hoje atravessa, as tentativas de desnaturação de suas garantias nucleares devem ser bem percebidas e pensadas à luz de teorias sólidas, que não oscilem com o imediatismo dos discursos demasiadamente contingentes e reativos.

Para que este capítulo não se esgote em exposições teóricas, dois exemplos contemporâneos das investidas que sofre a livre advocacia merecem ser pontuados. Ambos resultaram em supressões indevidas das garantias da ampla defesa; ademais, deixam patente que medidas dessa natureza frequentemente se sustentam sobre argumentos de insegurança, medo e indignação. Ainda que sejam fatores sociais válidos e importantes, esses sentimentos coletivos não podem encontrar, nos meandros políticos, legislativos ou judiciários, formas de suprimir os direitos fundamentais constitucionalmente instituídos.

A Portaria Administrativa de 28 de junho de 2016<sup>139</sup>, que restringiu severamente o acesso dos advogados aos clientes investigados por supostamente terem praticado atos de terrorismo no período anterior às Olimpíadas do Rio de Janeiro, é um dos exemplos emblemáticos dessas medidas. A Constituição Federal assegura o acesso ao advogado como modo de garantir o devido processo legal e a ampla defesa. Nenhuma espécie de temor público justifica a incomunicabilidade do preso; não há suporte constitucional para negar ao sujeito de direitos os meios essenciais para conhecer as circunstâncias de sua prisão e para engendrar sua técnica de defesa.

A referida Portaria determinava que os advogados visitassem seus clientes somente uma vez por semana, nas segundas, terças e sextas-feiras, pelo período máximo de uma hora. Exigia, também, que os advogados sem procuração submetessem o documento ao exame do departamento jurídico da unidade

---

<sup>139</sup> BRASIL. **Portaria DISPF nº 4**, de 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-10.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

prisional, impedindo o acesso imediato do defensor a seus representados. Essas determinações colocam-se em frontal desacordo com a flexibilização do diálogo e a transparência do sistema, exigidas por uma democracia capaz de reconhecer todos os atores sociais que se encontram sob amparo constitucional.

A quebra do sigilo de comunicação entre cliente e advogado também importa um retrocesso às garantias democráticas. A desconsideração da lei em prol de uma causa supostamente justa – assim construída e propagada junto à opinião pública – é o primeiro passo em direção ao arbítrio que caracteriza as medidas antidemocráticas.

## 2.2 DIREITOS DE DEFESA E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NO DIREITO INTERNACIONAL

Antes de proceder a um exame mais detido acerca do tratamento que o direito brasileiro tem conferido às garantias da defesa e às prerrogativas do advogado, faz-se imperioso situar o tema no panorama global, onde se intensificam os debates sobre a importância dos mecanismos protetivos dos direitos humanos – e, em consequência, dos direitos de defesa. A paradigmática Carta da ONU de 1945 criou um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, estabelecendo regras universais a serem observadas pelos Estados. Outros textos normativos vieram em seguida, entre os quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que versa especificamente sobre matéria criminal. O art. 11 do documento consubstancia a presunção de inocência e assegura ao acusado todas as garantias necessárias à sua defesa<sup>140</sup>.

Aos poucos, os direitos e deveres da advocacia também ganham espaço nos tratados internacionais. Assim, o advogado se reafirma enquanto elo entre o cidadão e os direitos fundamentais, que devem permanecer intangíveis diante dos poderes de Estado. Devido à crescente relevância que a matéria atinente aos direitos e garantias da defesa tem adquirido nos debates globais, impõe-se aos Estados a

---

<sup>140</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

adoção de mecanismos que deem efetividade a esses sistemas protetivos. O grau de maturidade do Brasil em relação às bases humanitárias da ordem mundial será analisado à luz dos paradigmas axiológicos emergentes e o movimento de internacionalização dos direitos fundamentais.

### **2.2.1 Os direitos humanos e a internacionalização do direito constitucional**

O panorama histórico delineado no primeiro capítulo deste trabalho pretende demonstrar que a internacionalização do direito constitucional não é uma tendência exclusiva dos dois últimos séculos. O contato entre povos com concepções distintas de justiça e estratégias variadas de solução de conflitos gerou, desde sempre, vetores de disseminação e compartilhamento de ideários e doutrinas entre as regiões do planeta.

No passado, a colonização ideológica se impunha verticalmente às culturas dominadas, que transplantavam às suas estruturas societárias em formação as correntes do pensamento europeu. No Brasil, durante o período colonial, o sistema jurídico operou com base nas ordenações reais portuguesas. Mais tarde, as ideias iluministas provenientes de pensadores ingleses e franceses insuflaram revoluções burguesas ao redor do mundo. O constitucionalismo liberal da Idade Moderna avançou no compasso da transição para um direito defensor das liberdades individuais e da cidadania. Em todos esses processos, verifica-se um movimento que tende a expandir e, em certa medida, unificar o direito, transcendendo as fronteiras das Nações e dos continentes.

As relações transnacionais do século XXI já não comportam a mera absorção de processos evolutivos unilaterais, tampouco a centralização das decisões envolvendo as grandes pautas do mundo contemporâneo. Propõe-se, no lugar, um pensamento multicêntrico, baseado num cosmopolitismo cooperativo, capaz de reconhecer as particularidades locais e de promover um diálogo horizontal entre os países.

Na introdução à obra **A New World Order**, a cientista política norte-americana Anne-Marie Slaughter salienta que a nova ordem mundial demanda

regras globais que não impliquem a centralização de poder, funcionando a partir de redes de governo<sup>141</sup>. Já Flávia Piovesan identifica na dignidade humana o superprincípio que pauta o constitucionalismo contemporâneo nas esferas local, regional e global, conferindo racionalidade e unidade ao paradigma e referencial ético. A partir dessa concepção principiológica, a autora entende que a proteção dos direitos humanos não deve ser incumbência reservada ao Estado, uma vez que encerra legítimo interesse internacional<sup>142</sup>.

No livro **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**, Flávia Piovesan<sup>143</sup> ressalta que os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos se estabelecem no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), sendo monitorados por comitês instituídos para essa finalidade. Esses comitês examinam os relatórios dos Estados-membros, avaliando as medidas tomadas para implementar internamente os acordos. Podem também ter competência para averiguar nos próprios territórios nacionais os avanços e retrocessos. A autora salienta, contudo, que a ONU não dispõe de um órgão jurisdicional de proteção dos direitos humanos, de modo que, no sistema global, a proteção restringe-se ao *power of shame* e ao *power of embarrassment* (em tradução literal, “poder da vergonha” e “poder do constrangimento”). Não há verdadeira capacidade sancionatória para agir sobre as violações perpetradas dentro das fronteiras dos Estados. O Tribunal Penal Internacional, contudo, tem competência para julgar os mais graves crimes contra a ordem internacional, responsabilizando sujeitos e aplicando sanções de natureza retributiva e reparatória. Em contraste com o baixo poder sancionatório do sistema internacional, ganham notoriedade os mecanismos criados pelos sistemas regionais, que têm mostrado experiências efetivas na Judicialização dos direitos humanos.

Assim, em convivência harmônica com o sistema global, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – dentre os quais se destacam o sistema europeu, o interamericano e o africano – focalizam os problemas de cada continente. Buscam compatibilizar os parâmetros normativos mais amplos –

---

<sup>141</sup> SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**: government networks and the disaggregated state. Princeton: Princeton University, 2004. p. 11.

<sup>142</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 239.

inspirados pelos valores da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU – com as peculiaridades, deficiências e demandas de cada região. Estabelecem, portanto, uma relação funcional, na medida em que os instrumentos jurídicos regionalmente pactuados não contrariam a base humanitária do sistema global, mas a complementam, acrescentando novos direitos e aperfeiçoando outros, ajustando-os ao lugar onde se internalizam<sup>144</sup>.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao qual se vincula o Brasil, é bifásico, desdobrando-se em dois órgãos distintos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Criada em 1959, a Comissão destina-se a examinar as alegadas violações a direitos humanos nos Estados-membros. Já a Corte Interamericana foi criada em 1979 como órgão judicial autônomo, sediado em San José, na Costa Rica; seu propósito fundamental é aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969<sup>145</sup>.

Desse breve contexto sobressai a tendência à internacionalização dos direitos humanos, tanto em escala global quanto continental; em certa medida, é o próprio direito constitucional que se internacionaliza. O valor que se tem dado a esses pactos no direito interno é proporcional à importância da matéria que encampam; o direito constitucional, antes circunscrito às fronteiras nacionais, encaminha-se para uma lógica de Estado Constitucional Cooperativo, que, na definição de Peter Häberle<sup>146</sup>, faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno. Com base na abertura às ordens jurídicas supranacionais, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter supralegal dos diplomas normativos internacionais, que, em hipótese de conflito, têm força paralisante sobre a eficácia da legislação infraconstitucional posterior:

---

<sup>144</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 95.

<sup>145</sup> ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/113927](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113927)>. Acesso em: 18 jul. 2018.

<sup>146</sup> HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 74.

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.<sup>147</sup>

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil devem ganhar efetividade no âmbito interno. Ainda que as medidas sancionatórias aplicadas aos Estados infratores se mostrem insatisfatórias, a violação de direitos humanos reconhecidos em escala global representa um nítido afastamento do processo evolutivo democrático, colocando o direito pátrio em repreensível descompasso com a crescente internacionalização das matérias constitucionais, que incluem os direitos de defesa, o devido processo legal e as prerrogativas profissionais.

### **2.2.2 Ampla defesa e garantias da advocacia nos tratados internacionais**

Os direitos de defesa e as garantias atribuídas ao advogado encontram-se inscritos em tratados, convenções, declarações e outros documentos de abrangência internacional. Da amplitude desses textos extraem-se os fundamentos que inspiram o exercício da advocacia nos Estados democráticos ocidentais. Em virtude de sua repercussão direta no ordenamento pátrio, alguns desses diplomas merecem um estudo mais detido, que será objeto deste tópico.

Na seara processual penal, a presença do defensor possui previsão expressa em tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988<sup>148</sup>, têm aplicação direta e imediata no sistema jurídico interno. Entre esses tratados, destacam-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (datado de 1966, porém internalizado pelo Brasil apenas em 1992) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (também chamada de Pacto de San

---

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

<sup>148</sup> Id. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

José da Costa Rica, subscrito em 1969 e internalizado em 1992). Percebe-se que o conjunto de garantias e prerrogativas associadas à ampla defesa – cujo destinatário é, em última instância, o cidadão – possui raízes profundas, que atravessam o direito brasileiro e se firmam no substrato dos direitos humanos fundamentais, consagrados em diplomas de amplitude transnacional.

Ratificada pelo Brasil em 25 de setembro 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) merece um estudo à parte, uma vez que suas disposições fazem supor a presença obrigatória do advogado, sob a proteção de direitos e prerrogativas. Da dicção do art. 8º, dedicado às chamadas garantias judiciais, depreendem-se preceitos como a anterioridade da lei e o direito que a pessoa acusada detém de ser ouvida ao abrigo das devidas garantias:

1. Toda a pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um Juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.<sup>149</sup>

Na parte do dispositivo que se refere à presunção de inocência, a Convenção assegura ao acusado a comunicação prévia e pormenorizada das circunstâncias da acusação contra ele formulada, buscando garantir, ainda, os meios adequados para a elaboração de uma defesa efetiva. O direito à comunicação livre e particular com o defensor encontra-se limpidamente previsto na alínea *d*:

[...] c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; [...].<sup>150</sup>

<sup>149</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>150</sup> Ibid.

Espelhando o disposto na supratranscrita alínea *d* do Pacto de São José da Costa Rica, o Estatuto da Advocacia brasileiro garante ao advogado o direito de comunicar-se – pessoal e reservadamente – com seus clientes, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis. Atualmente consubstanciada no art. 7º, inciso III, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, a disposição já se encontrava prevista no art. 89, inciso III, da antiga Lei nº 4.215, de 27 de abril de 1963, que dispunha sobre o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Considerando que o direito de comunicação entre advogado e cliente encontra-se solidamente assentado como um dos pilares da ampla defesa, as atuais relativizações dessa garantia são sintomáticas de um momento de grave instabilidade. A já mencionada Portaria Administrativa de 28 de junho de 2016<sup>151</sup>, que obistou o acesso dos advogados aos clientes investigados por atos de terrorismo às vésperas das Olimpíadas do Rio de Janeiro, criou uma situação não prevista nem mesmo para a hipótese extrema de incomunicabilidade do preso, visto que ainda assim deveria ser preservado seu direito de comunicação com o defensor.

Prosseguindo no exame das garantias judiciais elencadas pelo Pacto de São José da Costa Rica, destaca-se o direito irrenunciável de ser assistido por defensor ou de apresentar defesa própria, bem como o direito de não ser obrigado a depor contra si, declarando-se culpado. Em síntese, o tratado estabelece, mais do que o direito de resguardar o silêncio, o caráter inabdicável da defesa, que, havendo necessidade, deve ser provida pelo próprio Estado:

[...] e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; [...].<sup>152</sup>

<sup>151</sup> BRASIL. **Portaria DISPF nº 4**, de 28 de junho de 2016. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-10.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

<sup>152</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em:

Como consequência lógica do direito de não ser obrigado a depor contra si, nem de declarar sua culpa, deriva o princípio do *nemo tenetur se detegere*: o direito de não produzir prova contra si mesmo. Dentro do espectro desse princípio, encontram-se o direito de não se autoincriminar, o direito de não confessar a própria culpa e, por fim, o direito de permanecer calado. O art. 5º, LXIII, da Constituição Federal brasileira consagra sucintamente o preceito ao determinar que “[...] o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”<sup>153</sup>.

Do direito de não produzir prova contra si depreende-se o próprio sigilo de comunicação entre advogado e cliente; no *Habeas Corpus* nº 89.025, de 2006, o Supremo Tribunal Federal entendeu que conversas dessa natureza, por telefone ou e-mail, não podem ser utilizadas como prova<sup>154</sup>. Isso porque a relação do indiciado com seu representante legal deve ser permeada pela confiança; a intangibilidade das informações entre eles partilhadas é o que permite que a pessoa sob acusação confie a alguém sua história, sua versão dos acontecimentos, as angústias mais profundas que habitam o espírito daqueles que se encontram sob o estigma acusatório. Ao romper-se esse último liame de honestidade e transparência, não se garantirá a formação de um acervo probatório mais rico e efetivo na consecução da justiça, pois, ao exaurir-se o sentimento de sigilo e confiança recíproca, a tendência é que o acusado encerre consigo as verdades mais intrínsecas. Em suma, será conduzido a um estado insuperável de solidão e desamparo: não haverá ninguém verdadeiramente habilitado a sentar-se ao seu lado naquele último degrau da esperança, oferecendo a aliança amigável que Francesco Carnelutti<sup>155</sup> identificava na raiz da advocacia.

Nos dias de hoje, impera uma repulsa – em boa parte justificada – à falta de limpidez da administração pública, dos meandros da política, das articulações subterrâneas que ocorrem nos órgãos do poder. O clamor pela transparência da

---

<[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>153</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>154</sup> COSTA, Priscyla. **Conversa de advogado com cliente não vale como prova**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-jul-26/conversa\\_advogado\\_cliente\\_ao\\_vale\\_prova](https://www.conjur.com.br/2008-jul-26/conversa_advogado_cliente_ao_vale_prova)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>155</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2005. p. 28.

máquina administrativa não pode se confundir, no entanto, com a violência das agressões aos núcleos fundamentais dos direitos do cidadão, mesmo quando esse cidadão atua como gestor público. Nesse ponto, cabe fazer um breve desvio no curso do tema, propondo uma reflexão menos simplista e utilitária acerca do espectro de opacidade que cada ser humano tem o direito de conservar a seu favor, bem como dos limites que os direitos humanos fundamentais impõem à persecução penal.

O descobrimento da verdade possui limitações. A tortura é um meio de obtenção da verdade que, por violar severamente a dignidade da pessoa humana, deve ser repelida pelo Estado Democrático de Direito. Os regimes totalitários, descomprometidos com os direitos humanos, valem-se de procedimentos degradantes e dolorosos para obter confissões de seus inimigos. A Constituição Federal de 1988, preocupada em repugnar os desmandos e a brutalidade da ditadura militar, estipulou, no inciso III do art. 5º, que “[...] ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”<sup>156</sup>. Reforçando a determinação do inciso III, o inciso XLIII do art. 5º elenca a prática de tortura entre os crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia, equiparando-a aos crimes classificados como hediondos. No mesmo sentido, a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Resolução nº 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1984, foi incorporada pelo ordenamento brasileiro, harmonizando-se com o conteúdo do art. 1º da Constituição Federal, que determina a cidadania e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>157</sup>.

O art. 1º da referida Convenção contra a Tortura, incorporada pela legislação pátria, qualifica o termo tortura como “[...] qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou

---

<sup>156</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>157</sup> Ibid.

confissões”<sup>158</sup>. Há, portanto, vedação expressa à extração violenta da verdade. A imposição de sofrimentos físicos ou emocionais frequentemente leva à desfiguração da verdade; a razão fundamental do repúdio à tortura, contudo, não está na preocupação com a higidez da prova, mas na proteção da dignidade da pessoa humana, finalidade primordial do Estado Democrático de Direito.

No que tange ao sigilo profissional, a persecução da verdade no processo penal não encontra limites apenas no exercício da advocacia. O art. 73 do Código de Ética Médica veda ao médico a revelação de fatos cujo conhecimento obteve em virtude do exercício de sua profissão; uma vez arrolado como testemunha, deve comparecer perante a autoridade judicial para declarar seu impedimento. Em caso de investigação criminal, está impedido de revelar segredos que possam incriminar seu paciente:

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.<sup>159</sup>

O art. 154 do Código Penal brasileiro sujeita à punição aquele que “[...] revelar a alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”<sup>160</sup>. No mesmo compasso, o art. 207 do Código de Processo Penal proíbe que ofereçam

---

<sup>158</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto nº 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>159</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

<sup>160</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

depoimento “[...] as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”<sup>161</sup>. Esses diplomas normativos garantem o sigilo profissional, resguardando as relações essenciais de confiança. Reconhecem, ainda, que determinadas profissões alcançam o conhecimento íntimo do sujeito, necessitando de parâmetros éticos que protejam sua intimidade. O exercício da percepção não é, portanto, irrestrito e ilimitado: há preceitos morais e balizas impostas pelos direitos humanos que se sobrepõem à formação do acervo probatório judicial.

No que tange aos princípios básicos que norteiam a atividade do advogado, o Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes emitiu os Princípios Básicos Relativos à Função dos Advogados, com o propósito de consolidar, em uma carta de amplitude transnacional, a importância da profissão, protegendo seus membros “contra perseguições e restrições ou interferências indevidas”<sup>162</sup>. Com a recomendação de que os Estados que compunham o Congresso difundissem e incorporassem às legislações nacionais os preceitos consubstanciados no documento, buscou-se dar concretude às determinações contidas na Carta das Nações Unidas, promulgada em 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, e incorporada pela legislação brasileira através do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945<sup>163</sup>, assinado pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Na Carta do pós-guerra, os signatários comprometeram-se a criar e efetivar as condições necessárias para a manutenção da justiça. Além disso, o Oitavo Congresso das Nações Unidas pretendeu consagrar “[...] o direito que assiste a todas as pessoas acusadas de um crime a todas as garantias

---

<sup>161</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>162</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>163</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

necessárias para a sua defesa”<sup>164</sup>, conforme disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>165</sup>.

Como princípio inaugural do documento, está o direito que toda pessoa detém de ser assistida por advogado, em todas as fases do processo penal; nesse sentido, os governos devem assegurar processos eficazes e mecanismos adequados para tornar possível o acesso efetivo, em condições de igualdade, aos serviços de um advogado<sup>166</sup>, sem qualquer tipo de distinção socioeconômica. Levando o preceito à sua máxima efetividade, encontra-se a igualdade buscada por meio do devido processo legal, por vezes traduzida como *paridade de armas*; é importante ressaltar que essa expressão denota um sentido combativo e duelista que já não se coaduna com os esforços no sentido de uma jurisdição conciliatória e reparadora dos laços sociais.

Os direitos de comunicação com advogado encontram-se inscritos sob o título das salvaguardas especiais em matéria de justiça penal; as orientações contidas nos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Função dos Advogados têm conteúdo bastante preciso, diferentemente das linhas gerais e abertas estabelecidas por outros diplomas normativos. Assim, no referido documento, o direito dos presos ou detidos ao acesso imediato a um advogado deve perfectibilizar-se dentro de um prazo máximo de 48 horas, a contar da prisão ou da detenção. A visita do defensor deve ser garantida sem demora, em absoluta confidencialidade, sem interferências, censuras e constrangimentos de quaisquer autoridades:

7. Os Governos devem ainda garantir que todas as pessoas que se encontrem presas ou detidas, estejam ou não acusadas da prática de um crime, devem ter acesso imediato a um advogado ou pelo menos dentro do prazo máximo de 48 horas a contar da sua prisão ou detenção.

8. Toda a pessoa detida ou presa deve poder receber a visita de um advogado, comunicar com ele e consultá-lo sem demora, em completa confidencialidade, sem qualquer censura ou interferência, e dispor de tempo e dos meios necessários para este efeito. Estas consultas podem ser

---

<sup>164</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sjp/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>165</sup> ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>166</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, op. cit.

efetuadas à vista de um funcionário responsável pela aplicação da lei, mas não poderão ser por este ouvidas.<sup>167</sup>

As garantias para o exercício da profissão merecem um exame detalhado, pela lucidez e firmeza com que se encontram ilustradas no rol dos princípios básicos. Em primeiro lugar, determina-se que os governos assegurem aos advogados o desempenho de todas suas funções profissionais, sem que sofram intimidações, coações ou interferências indevidas. O direito de viajar e se comunicar com os clientes é reafirmado, ao passo que as medidas inerentes ao escorreito exercício da advocacia devem ficar resguardadas de processos ou sanções administrativas e econômicas:

16. Os Governos devem assegurar que os advogados (a) possam desempenhar todas as suas funções profissionais sem intimidações, obstáculos, coação ou interferência indevida; (b) possam viajar e comunicar com os seus clientes livremente, tanto dentro do seu país como no estrangeiro; e (c) não sofram, nem sejam ameaçados com processos ou sanções administrativas, econômicas ou de outra índole por qualquer medida que tenham tomado em conformidade com as obrigações, as normas e regras deontológicas reconhecidas da sua profissão.

17. Quando a segurança dos advogados seja ameaçada no âmbito do exercício das suas funções, estes receberão das autoridades proteção adequada.<sup>168</sup>

Outra questão fundamental levantada pelos princípios estabelecidos pelas Nações Unidas – e que raramente se veicula nos textos normativos – diz respeito à não identificação dos advogados com as causas que defendem. Ainda que pareça evidente afirmar que os defensores não podem ser punidos ou tolhidos pela combatividade com que assumem suas funções constitucionais, o certo é que o clamor público, insuflado pela mídia de massas, costuma transferir os juízos que fazem dos acusados à figura de seus patronos. A irracionalidade e o sensacionalismo não podem ser combatidos por vias legais; apenas um exaustivo trabalho sociocultural de valorização dos direitos de cidadania poderia modificar

---

<sup>167</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>168</sup> Ibid.

essa realidade. As normas, contudo, dirigem-se às instâncias judiciárias, evitando que absorvam os imperativos externos, nem sempre imbuídos do espírito democrático e do comprometimento com o cidadão; em suma, pretendem impedir que se vilipendie a livre advocacia antes que lhe sejam oferecidos os meios efetivos para estruturar a tese defensiva:

18. Os advogados não serão identificados com os seus clientes nem com as causas dos seus clientes, em consequência do exercício das suas funções.

19. Nenhum tribunal ou autoridade administrativa, perante a qual seja reconhecido o direito a ser assistido por um advogado, se negará a reconhecer o direito do advogado a comparecer perante ele em representação do seu cliente, exceto se o advogado não se encontrar habilitado em conformidade com as leis e práticas nacionais e com os presentes princípios.<sup>169</sup>

O direito de postular perante os tribunais e órgãos administrativos também possui tratamento diáfano no texto aprovado pelas Nações Unidas. Os advogados devem ter facilitado o acesso à informação, aos arquivos e aos documentos que, estando em poder das autoridades, sejam necessários à composição de uma tese jurídica eficaz; a demora no provimento desses pedidos acarreta prejuízos incontornáveis à plena formação do contraditório, negando vigência aos princípios da ampla defesa:

21. As autoridades competentes têm a obrigação de assegurar que os advogados tenham acesso à informação, aos arquivos e documentos pertinentes que estejam em seu poder ou sob o seu controle, com antecedência suficiente para que estes possam prestar uma assistência jurídica eficaz aos seus clientes. Este acesso deve-lhes ser facultado o mais rapidamente possível.<sup>170</sup>

O respeito à confidencialidade de todas as comunicações e consultas realizadas no âmbito das relações profissionais deve ser assegurado inclusive na formação do acervo probatório. A busca pela verdade não pode ferir o núcleo de

---

<sup>169</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>170</sup> Ibid.

intimidade que resta acobertado pelo sigilo profissional: “22. Os Governos devem reconhecer e respeitar a confidencialidade de todas as comunicações e consultas feitas entre os advogados e os seus clientes no âmbito das suas relações profissionais”<sup>171</sup>.

No tocante à imunidade civil e penal por todas as declarações, é interessante salientar que sua garantia está condicionada à observância da boa-fé. Condutas, intervenções e alegações imbuídas de má-fé processual, violadoras dos preceitos éticos da advocacia, não se encontram protegidas por qualquer espécie de imunidade profissional:

20. Os advogados gozam de imunidade civil e penal por todas as declarações pertinentes feitas de boa fé, por escrito ou em alegações orais ou no âmbito das suas intervenções profissionais perante um tribunal judicial ou outro ou uma autoridade administrativa.<sup>172</sup>

No verso dos direitos e garantias, salientam-se deveres e responsabilidades, cabendo aos advogados “[...] manter a honra e a dignidade de sua profissão como agentes essenciais da administração da justiça”. Devem, ainda, “[...] assegurar os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos por lei nacional e internacional”, agindo de forma livre e diligente, conforme a lei, as normas deontológicas e a ética reconhecida pela advocacia<sup>173</sup>.

Assim, as diretrizes aprovadas no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Justiça Criminal<sup>174</sup> – que ocorre quinzenalmente, desde 1955 – tratam com pertinência e clareza das funções do advogado junto à sociedade democrática. Delineiam, ainda, os direitos e prerrogativas da profissão, recomendando que os Estados lhes deem concretude. Por consistir em um dos poucos textos normativos transnacionais que abordam as especificidades do tema, reunindo e organizando disposições que se encontram dispersas por outros tratados

<sup>171</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em:

<<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

<sup>172</sup> Ibid.

<sup>173</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CPCJ\\_-\\_Portuguese1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>174</sup> O Oitavo Congresso teve lugar em Havana, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990.

e convenções, é relevante seu valor diretivo e programático para o ordenamento jurídico pátrio.

Ainda que não uniformemente, crises e conflitos de naturezas diversas se espalham pelo mundo contemporâneo; o abalo paradigmático da virada do século repercutiu também nas instituições. A dessacralização das verdades universais colocou sob suspeita os textos que encampavam os fundamentos elementares das sociedades; nesse sentido, as violações aos direitos constitucionalmente consagrados e a inobservância das diretrizes impressas a documentos transnacionais podem ser vistas como efeitos tópicos de um fenômeno mais amplo, verificável em diferentes partes do planeta, com maior potência nas democracias que apresentam rupturas recentes.

O furor punitivista que se transmite à opinião pública como única solução aos graves problemas da corrupção, da violência e do medo está em nítido descompasso com as correntes criminológicas que buscam repensar a irracionalidade do sistema penal. Discursos políticos e midiáticos que propagam a supressão de garantias e direitos – ganham força não apenas no Brasil, mas em toda a América. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede em Washington, nos Estados Unidos, publicou, em 3 de julho de 2017, o *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*, percebendo como um problema crônico da região a aplicação arbitrária e ilegal da prisão preventiva. Na América Latina, as dificuldades dos sistemas de defesa – sobretudo da defensoria pública – é colocada como um dos principais óbices ao enfrentamento dos desmandos punitivos do Estado, permitindo que se prolonguem indevidamente os regimes de prisão preventiva. Nesse sentido, é imprescindível que qualquer medida cautelar seja acompanhada por um advogado ou defensor público de confiança, capaz de proteger os direitos fundamentais da pessoa acusada desde o momento da apreensão policial.

Em alguns países latino-americanos, a escassez de serviços de defesa para fazer frente à demanda da justiça criminal é dramática; no Peru, cerca de mil defensores públicos cobrem todo o território nacional. Essa insuficiência agravou-se com a adoção do Decreto Legislativo nº 1194, publicado em agosto de 2015, cujo objetivo é regular o “processo imediato” em caso de flagrante; esse procedimento

especial restringe as garantias fundamentais do processo penal em prol da celeridade, tolhendo etapas importantes do devido processo legal. O relatório elaborado pela CIDH também demonstrou preocupação com as instituições de defesa na Argentina, na Jamaica e no México, recordando aos Estados sua obrigação de prover à defesa garantias suficientes para sua eficiência, estabelecendo a igualdade de armas perante o poder persecutório<sup>175</sup>. Considerando que o Brasil possui um grande contingente de advogados, é também no âmbito da supressão de suas garantias profissionais que ocorrem os constrangimentos ao exercício da ampla defesa.

É importante salientar que, na contramão dos programas que buscam preservar e aperfeiçoar os mecanismos protetivos dos direitos humanos, percebe-se, na mídia de massas, uma verdadeira espetacularização da criminalidade, insuflando o sentimento de insegurança. Nesse contexto, medidas extremas, descomprometidas com as garantias constitucionais, são frequentemente sustentadas como soluções imediatas e inevitáveis a problemas complexos. Como discorre a socióloga Vera Malaguti Batista<sup>176</sup> no livro *O Medo na Cidade do Rio de Janeiro*, os meios de comunicação de massa se tornaram fundamentais para o exercício do poder penal, construindo estereótipos de criminosos, disseminando o medo e fomentando a indignação moral da opinião pública. Em consequência, o senso comum volta-se também contra as garantias de defesa dessas pessoas que, colocadas sob o estigma imediato do crime, têm subtraídos seus direitos de cidadania.

No Brasil, a violência e a corrupção constituem as grandes pautas dos noticiários; nas últimas décadas, a internet também potencializou a disseminação de informações, ideologias e discursos, nem sempre lastreados pela realidade. Em face das transformações e instabilidades do mundo contemporâneo, os poderes democráticos não podem permitir que se rompam as bases constitucionais da sociedade. Devem, assim, resguardar ao máximo a essência intangível da

---

<sup>175</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

<sup>176</sup> BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 33.

Constituição Federal – onde residem os direitos humanos –, cuja efetivação não depende da vontade e não se sujeita à aplicação discricionária das autoridades.

No âmbito judiciário, a aplicação dos direitos humanos fundamentais ocorre por meio da observância do devido processo legal, baseado nas garantias da ampla defesa e na realização do contraditório. Assim como não cabe ao advogado abrir mão de suas prerrogativas – cuja substância nutre-se de princípios constitucionais impalpáveis –, também não compete a quaisquer outros atores processuais decidir acerca de sua conveniência no caso concreto. Ao tratar da integração dos diplomas internacionais de direitos humanos, Nereu José Giacomolli demonstra que, por serem inerentes a qualquer pessoa, os direitos fundamentais constituem cláusulas pétreas:

Os direitos fundamentais constituem-se em cláusulas pétreas protetivas do conteúdo essencial, núcleo intangível da CF, cuja compreensão constitucional e convencional, aplicação e efetivação, estão a cargo dos sujeitos, independentemente das instituições a que pertençam. Segundo Canotilho (2008, p. 86), a compreensão dos direitos fundamentais não depende da valoração das instituições, por não constituírem em garantias institucionais, e a salvaguarda do núcleo essencial é uma “válvula de segurança” contra suas restrições.<sup>177</sup>

O exame das diretrizes contidas nos tratados internacionais revela que a preocupação com a supressão dos direitos fundamentais e com a dilapidação do devido processo legal não se restringe ao território brasileiro. O exaurimento dos mecanismos de defesa e a subordinação das funções essenciais da justiça às demais instâncias de poder – incluindo o discurso midiático e a opinião pública, volúvel aos fenômenos tópicos e às distorções das representações da realidade – são problemas mais amplos, fortemente atrelados aos movimentos epistemológicos do século XXI. Embora os fatores nacionais e as peculiaridades identitárias de cada país possam acentuar o problema, há estremecimentos de base, reconhecidos internacionalmente.

Sob a perspectiva jurídica, a potência dialética do advogado – que coloca o cidadão em contato com seus direitos, agindo tecnicamente no sentido de sua

---

<sup>177</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015. p. 15.

realização – não deve ser percebida como óbice à efetividade da justiça, mas como meio de submeter à racionalidade constitucional as transformações que se impõem. Valorizar e equilibrar as vozes de defesa significa abarcar a pluralidade de um mundo complexo que, ao encaminhar-se vertiginosamente para novas configurações societárias, arrisca-se a desnaturar aquilo que é fundamental à preservação de uma vida humana digna.

### 2.3 DIREITOS E PRERROGATIVAS DO ADVOGADO NAS FONTES DO DIREITO BRASILEIRO

O fortalecimento dos direitos de defesa e das prerrogativas do advogado é uma das tendências do direito internacional; o sistema normativo, jurisprudencial e doutrinário brasileiro mostra avanços significativos em alguns desses temas, ao passo que outros ainda carecem de maior concretude e efetividade. Assim, proceder-se-á a um estudo crítico das funções e garantias que competem ao advogado no direito pátrio. Não se trata de um rol exauriente, mas de um elenco que visa sobretudo destacar as prerrogativas de acentuado fundo constitucional, associadas aos direitos fundamentais e aos direitos de cidadania.

Muitos dos dispositivos contidos no ordenamento brasileiro repetem aquilo que consta dos tratados internacionais; além disso, o grau de respeito que se confere a cada uma dessas prerrogativas varia conforme os momentos sociopolíticos do país. Algumas têm sido violadas no ambiente jurídico; outras sofrem ataques constantes em âmbito midiático e político. O intuito deste trabalho é reafirmá-las, em todo seu conjunto, como elementos imprescindíveis à formação da ampla defesa e à solidez das instituições democráticas, imunizando-as dos juízos arbitrários de conveniência e das volubilidades do tempo.

Aponta Paulo Lôbo<sup>178</sup> que, embora o Estatuto da Advocacia trate indistintamente das prerrogativas e dos direitos do advogado, as primeiras constituem gênero do qual os direitos são espécie. Por serem mais amplas, as

---

<sup>178</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 53.

prerrogativas atravessam todo o Estatuto – sua substância encontra-se difusa em diversos dispositivos da lei, não se restringindo ao capítulo reservado aos direitos. Distinguindo-se dos privilégios de classe – oriundos de uma concepção societária medieval e corporativista –, as prerrogativas ocupam a categoria híbrida do direito-dever, provendo a profissão de condições legais para o exercício do múnus público que a ordem constitucional lhe atribui.

### 2.3.1 Sigilo profissional e inviolabilidade do local e dos meios de trabalho

É possível agrupar os direitos inscritos nos incisos II e III do art. 7º do Estatuto da Advocacia por seu fundamento comum: o resguardo da confiança recíproca entre advogado e cidadão, evitando que se imponham óbices à formação da defesa técnica. Em geral, as violações a esses direitos buscam se justificar em furores punitivistas e em exacerbações indevidas da busca pela verdade material, em prejuízo dos limites constitucionalmente impostos aos poderes persecutórios do Estado.

Consubstanciado no art. 7º, II, do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994)<sup>179</sup>, o sigilo profissional constitui verdadeiro direito do cidadão, intangível pelo legislador infraconstitucional<sup>180</sup>. Destarte, compete ao advogado preservar as informações privadas que lhe foram confiadas por outra pessoa, gerando, mais do que o direito ao silêncio, o dever de se calar. Por derivar do múnus público, atrelando-se ao direito de defesa, o compromisso com o sigilo independe da efetivação do contrato com o cliente; pela mesma razão, o tempo não derroga esse direito-dever a que se vincula o profissional<sup>181</sup>.

A respeito dos fatos de que tomou conhecimento em virtude do exercício regular da profissão, o advogado está impedido de prestar depoimento judicial e de servir como testemunha, ainda que o constituinte o autorize. Do contrário, o vínculo

---

<sup>179</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>180</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 58.

<sup>181</sup> Ibid.

de confiança recíproca e de transparência que define a relação entre o defensor e o cidadão que busca assistência técnica perderia o sentido. Dessa forma, o art. 7º, XIX, do Estatuto da Advocacia e da OAB, complementa o direito-dever ao sigilo profissional com o direito-dever de recusar-se a depor sobre circunstâncias relacionadas ao cliente:

[...] XIX - recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou 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; [...].<sup>182</sup>

Como desdobramento imediato do sigilo profissional, o mesmo inciso II do art. 7º da Lei nº 8.906/94 determina a inviolabilidade do escritório ou local de trabalho, bem como dos arquivos, dados, correspondências e comunicações, salvo hipótese de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada por representante da OAB<sup>183</sup>. Ainda que determinadas por ordem judicial, as interceptações telefônicas – previstas no art. 5º, XI, da Constituição Federal – não podem romper a blindagem garantida à confidencialidade da comunicação.

Saliente-se que a inviolabilidade não exime a pessoa do advogado de sofrer investigação criminal em virtude de ilícitos por ele cometidos. As conversas relacionadas ao regular exercício da profissão, contudo, devem se manter intangíveis, em respeito aos mais basilares direitos de defesa. A captação incidental de conversas profissionais – como consequência fortuita das interceptações realizadas em face do cliente – tem sido objeto de acirradas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

O Supremo Tribunal Federal já assentou entendimento de que o sigilo profissional e a inviolabilidade das comunicações não podem servir para escudar a prática de crime no exercício funcional. Nesse sentido, afigura-se lícita a colheita de prova realizada a partir da interceptação telefônica autorizada e fundamentada pela autoridade judicial. É nesse sentido o acórdão que denegou o *Habeas Corpus* nº

---

<sup>182</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>183</sup> Ibid.

106.225/SP; na ocasião, os impetrantes propugnavam pela ilicitude da medida de interceptação telefônica e pelo desentranhamento das peças probatórias, ao fundamento de que teria ocorrido violação ilegal da comunicação com o advogado:

3. A comunicação entre o paciente e o advogado, alcançada pela escuta telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial competente, não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a garantia do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício profissional.<sup>184</sup>

Observa-se, portanto, que o direito ao sigilo não acoberta a prática de crime no exercício profissional. As prerrogativas não podem servir para violar a base axiológica do Estatuto da Advocacia e as regras deontológicas do Código de Ética e Disciplina da OAB, que, nos incisos I e II de seu art. 2º, inscreve o dever de “[...] atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé”, preservando a honra, a nobreza e a dignidade da profissão<sup>185</sup>.

Replicando entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça desconfigurou a violação ao sigilo profissional na hipótese de captação incidental dos diálogos com advogado, refutando a nulidade da prova obtida por esse meio:

Também não há falar em violação do art. 7º, I e II, da Lei n. 8.906/1994, visto que a interceptação telefônica, nos termos em que foi reconhecida no acórdão impugnado, atingiu o recorrente e os demais advogados apenas fortuitamente, não tendo sido feitas deliberadamente com o intuito de vigiar suas atividades profissionais, ou seja, não houve interceptação telefônica do local de trabalho do advogado ou de sua residência.

A propósito, destaque: REsp n. 1.257.058/RS, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/8/2015.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a garantia do sigilo das comunicações entre advogado e cliente não confere imunidade para a prática de crimes no exercício da advocacia, sendo lícita a colheita de

<sup>184</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 106.225/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 22/03/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21425242/habeas-corpus-hc-106225-sp-stf/inteiro-teor-110355330?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

<sup>185</sup> OAB. Conselho Federal. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoobab/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

provas em interceptação telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial.<sup>186</sup>

A interceptação realizada em face do cliente frequentemente conduz à captação incidental das conversas com seu defensor. Em que pese a licitude da medida, se tais diálogos estiverem dentro dos limites da regular atuação profissional, é imperioso que haja uma posição firme dos tribunais no sentido de desentranhá-los do acervo probatório, consoante se depreende do ordenamento jurídico brasileiro e dos tratados internacionais que versam sobre os direitos de defesa. Em suma: verificando que, nos diálogos com o advogado, não há indicadores de nova prática criminosa ou de coautoria, cabe ao magistrado proceder à exclusão dos segmentos acobertados pelo sigilo profissional. Do contrário, há um severo prejuízo à confiabilidade do aconselhamento com o defensor técnico, tolhendo a efetividade da defesa e rompendo a aliança da advocacia com os cidadãos que buscam, pelos mecanismos legítimos da justiça, a efetivação de seus direitos.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que não cabe aos policiais executores da medida de interceptação proceder à filtragem das escutas, mas ao magistrado a quem a prova é dirigida. Assim, ressalva-se a higidez da captação como um todo, procedendo-se à devida exclusão dos diálogos acobertados pelo sigilo:

De toda sorte, hígida a decisão do Superior Tribunal de Justiça na parte em que assenta não caber aos policiais executores da medida proceder a uma espécie de “filtragem” das escutas interceptadas. É que o objetivo primordial da interceptação telefônica, pelo menos neste primeiro momento, é reunir o maior número possível de informações, a fim de produzir substrato probatório mínimo hábil a desencadear eventual persecução penal. Ademais, a impossibilidade desse “filtro” atua, inclusive, como verdadeira garantia ao cidadão, porquanto retira da esfera de arbítrio da polícia escolher o que é ou não conveniente ser interceptado e gravado.

Somente em um segundo momento, todo esse material colhido deverá ser introduzido no processo, no intuito de ser utilizado como meio de prova. E, quanto ao valor probante do resultado da gravação, cabe ao órgão jurisdicional, destinatário da prova, averiguar o que é ou não pertinente ser mantido no processo ou qual seu valor.

---

<sup>186</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.465.966. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 10/10/2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511550584/recurso-especial-resp-1465966-pe-2014-0165227-0/inteiro-teor-511550588?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

Por fim, mais uma vez ressalvo, ainda que se pudesse cogitar de eventual vício, este limitar-se-ia aos diálogos entre advogado e paciente, não à interceptação como um todo.<sup>187</sup>

À guisa de reflexão, cabe inquirir até que ponto esse desentranhamento posterior da prova confere efetiva vigência às garantias da defesa, sobretudo considerando que o funcionamento da máquina judiciária não ocorre à margem dos sujeitos incumbidos de raciocinar e aplicar o direito no caso concreto. O afastamento posterior do material indevidamente introduzido nos autos do processo – resultado da interceptação de comunicação que, protegida pelo sigilo profissional, não acenou com nenhuma conduta criminosa do defensor – dificilmente reporá o *status quo ante*, ou seja, não será capaz de retornar ao estado anterior. Ainda que não haja a valoração objetiva da prova desentranhada, seus rastros persistirão; o idealismo que pressupõe a inexistência dessa mácula tem verve excessivamente formalista, em descompasso com a atual proteção que se dá à efetividade dos direitos fundamentais de defesa.

Embora se admita a licitude da interceptação fundamentada, reconhecendo que apenas o excerto protegido pelo sigilo profissional deve ser excluído do acervo probatório, é inegável que o julgador teve contato com o núcleo de intimidade que o cidadão tem o direito constitucional de reservar a si e de comunicar sigilosamente ao seu defensor. A busca da verdade e a formação da prova encontram balizas nos direitos fundamentais, não sendo conveniente à preservação do Estado Democrático de Direito que se flexibilizem esses limites por ocasião de juízos tópicos de utilidade. Merecem transcrições parciais a fala de Aury Lopes Jr.:

São comuns os acórdãos dos tribunais brasileiros que, reconhecendo que no processo existe uma prova ilícita (ou nulidade processual), não anulam a sentença por entenderem que não ficou demonstrado que a decisão se baseou na prova ilícita. Assim, se o juiz não mencionou expressamente na fundamentação a prova, demonstrando a importância na formação de sua convicção, dificilmente a sentença será anulada.<sup>188</sup>

---

<sup>187</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 20/09/2012. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

<sup>188</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 604.

Feitas essas ressalvas, importa sublinhar a inexistência de fundamento legal para promover interceptação telefônica do local de trabalho do advogado em razão de sua atividade profissional. Apenas na hipótese de haver investigação quanto à própria pessoa do advogado, por ilícitos penais por ele cometidos, poderia se autorizar medida dessa ordem.

### 2.3.2 Comunicação reservada com cliente preso

Na esteira dos direitos do advogado, o direito de comunicação reservada com cliente preso ou detido assegura a atuação desassombrada e a efetividade da defesa, concretizando o conteúdo normativo dos incisos LV e LXIII do art. 5º da Constituição Federal:

[...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...].<sup>189</sup>

O Estatuto da Advocacia garante ao patrono o direito de comunicação pessoal e reservada com seu cliente, bastando que compareça ao local onde se encontra preso ou recolhido, identificando-se como advogado. Não se cogita a necessidade de procuração, uma vez que o sujeito pode se decidir pela representação durante a própria entrevista. Assim dispõe o inciso III do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994):

Art. 7º São direitos do advogado:

[...]

---

<sup>189</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; [...].<sup>190</sup>

O direito de comunicação obsta qualquer interferência ou impedimento do estabelecimento prisional e dos agentes policiais no desenvolvimento da relação entre advogado e cliente. Apesar disso, na obra *O Advogado, seu Estatuto e a Ética Profissional*, Ruy de Azevedo Sodré destaca que a violação a essa prerrogativa é frequente nas unidades prisionais:

O direito de ingressar nas prisões, para entender-se com os constituintes, mesmo no caso de prisão incomunicável, é um dos direitos, melhor considerado como prerrogativa, que mais óbices sofrem, por parte das autoridades policiais. Estas, por visão unilateral do problema, procuram, tanto quanto podem, obstar ao advogado o exercício daquele direito. A Ordem dos Advogados, no entanto, toda a vez que lhe é denunciado aquele obstáculo, dá ao colega, por meio da Comissão de Prerrogativas, a assistência necessária para o exato cumprimento daquela prerrogativa.<sup>191</sup>

O descumprimento dessa garantia configura crime de abuso de autoridade, como se depreende do art. 3º, alínea *j*, da Lei nº 4.898/1965, que enquadra nessa tipificação qualquer atentado “aos direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”<sup>192</sup>. Importa salientar que a comunicação não se restringe à presença física do advogado nos estabelecimentos prisionais, estendendo-se também às correspondências e telefonemas, aos quais se reserva o sigilo profissional.

Assim, quaisquer condutas, leis e atos administrativos que condicionem a visitação a agendamento prévio – restringindo dias e horários de atendimento – ou que permitam interceptações, gravações e monitoramentos de conversas são

<sup>190</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>191</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. **O advogado, seu estatuto e a ética profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 516.

<sup>192</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4898.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

ilegais. Mesmo nas situações excepcionais que ensejam o estado de defesa, veda-se a incomunicabilidade do preso, conforme dispõe expressamente o art. 136, III, da Constituição Federal de 1988<sup>193</sup>. A instabilidade institucional e a segurança pública não justificam, portanto, restrições dessa ordem.

Nessa discussão, reemerge a problemática referente à já mencionada Portaria Administrativa DISPF nº 4, de 28 de junho de 2016, que, às vésperas das Olimpíadas do Rio de Janeiro, estabeleceu regras para o atendimento de advogados aos presos custodiados nas Penitenciárias Federais do Sistema Penitenciário Federal do Departamento Penitenciário Nacional. Na prática, impôs restrições aos advogados dos presos acusados de praticar atos relacionados ao terrorismo. No art. 2º do ato administrativo, determinava-se que o preso poderia ser atendido apenas uma vez por semana, por somente um advogado constituído, mediante prévio agendamento. Ademais, o dia e horário deveriam corresponder ao expediente administrativo; a duração máxima seria de uma hora:

Art. 2º O preso poderá ser atendido uma vez por semana, apenas por 01 (um) advogado constituído, em dia e horário de expediente administrativo, unicamente em parlatório, às segundas, terças ou sextas-feiras, mediante prévio agendamento no setor competente e terá duração máxima de 1 (uma) hora.<sup>194</sup>

Em resposta às disposições, o Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Claudio Lamachia, emitiu requerimento solicitando a alteração da Portaria, que violava prerrogativas inafastáveis dos advogados e, por conseguinte, os princípios basilares dos direitos de defesa. Pedía, em suma, a adequação do ato administrativo aos termos da Lei nº 8.906/94, sobretudo ao direito de comunicação pessoal e reservada com seus clientes, inscrito no art. 7º, III, da Lei nº 8.906/94. A observância da hierarquia das normas – não podendo uma portaria do Executivo revogar o Estatuto da Advocacia e da OAB, instituído por lei federal – sustentava a necessidade de anular as medidas contrárias ao suporte legal:

---

<sup>193</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>194</sup> Id. **Portaria DISPF nº 4**, de 28 de junho de 2016. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-10.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

Em assim sendo, com fulcro no princípio da hierarquia das normas, é necessário ressaltar que uma Portaria não possui o condão de revogar dispositivos de Lei Federal, no presente caso, o Estatuto da Advocacia e da OAB.<sup>195</sup>

Com efeito, entendimento diverso conduziria a uma temerária superposição das funções reservadas a cada um dos Poderes de Estado, com as manifestações unilaterais da vontade da Administração Pública solapando e exaurindo o conteúdo das leis e regulamentos cuja aplicação deveriam apenas instruir – sem transbordar os limites normativos. Percebe-se, de imediato, que se delinearía um cenário de arbítrio, totalmente dissociado de uma finalidade pública de essência democrática.

Há cinco requisitos que instruem a formação do ato administrativo: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Foi no âmbito da finalidade pública que a Portaria DISPF nº 4, de 28 de junho de 2016, violou um requisito fundamental para a validade de suas disposições. Como assevera o administrativista Hely Lopes Meirelles, a finalidade do ato administrativo é indicada pela lei, de forma explícita ou implícita. Não compete ao administrador eleger outra, seja por conveniência, discricionariedade ou razões políticas; nesse aspecto, ele está inteiramente vinculado à vontade do legislador:

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa.

A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (*détournement de pouvoir – sviamento di potere*), que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.<sup>196</sup> [Grifo no original].

Como se extrai das lições de Hely Lopes Meirelles<sup>197</sup>, o desrespeito à finalidade da norma legal configura o desvio de poder, acarretando a invalidade do ato administrativo por falta de requisito indispensável à sua válida formação. A

<sup>195</sup> OAB. **Ofício nº 271/2016-PNP**. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-11.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

<sup>196</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 176.

<sup>197</sup> *Ibid.*

invalidade de ato administrativo contrário à norma legal decorre do princípio da hierarquia das normas, aduzido pela Ordem dos Advogados do Brasil no ofício em que requereu a alteração da Portaria DISPF nº 4, de 28 de junho de 2016.

Ademais, a medida administrativa contrariou aspectos teleológicos da Constituição Federal, sobretudo no que tange ao seu art. 133, que consagra a advocacia como atividade essencial à administração da justiça. Em virtude dessa valoração – que visa a garantir a efetividade dos direitos de defesa –, o cercamento do regular exercício profissional é inadmissível, mostrando-se em absoluto descompasso com os princípios democráticos. Como restou demonstrado no ofício expedido ao Ministério da Justiça, “[...] a restrição aos direitos do advogado não afeta somente a classe, mas toda a sociedade e o próprio equilíbrio do Estado Democrático de Direito”<sup>198</sup>, uma vez que o advogado é o profissional constitucionalmente responsável pela defesa dos direitos e liberdades fundamentais de seus representados.

Na ocasião, a Ordem dos Advogados do Brasil assumiu o exercício de suas finalidades institucionais em prol da defesa da Constituição, da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e da boa aplicação das leis, conforme consta do art. 44, I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994<sup>199</sup>. Ademais, logrou êxito ao proteger as prerrogativas da profissão, adotando as devidas providências para restaurar o império do Estatuto, conforme dicção do art. 15 do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB<sup>200</sup>. Em face do requerimento, o Ministério da Justiça anulou a controvertida Portaria nº 4, restaurando as plenas prerrogativas profissionais e restabelecendo o direito à ampla comunicação entre os advogados e os presos custodiados nas penitenciárias federais. Trata-se de um exemplo imediato da importância da Ordem dos Advogados do Brasil na atuação pela higidez das estruturas democráticas e pelo respeito aos

---

<sup>198</sup> OAB. **Ofício nº 271/2016-PNP**. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-11.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

<sup>199</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>200</sup> OAB. Conselho Federal. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.oabrs.org.br/arquivos/file\\_524eccb6c3846.pdf](http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_524eccb6c3846.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

direitos fundamentais do cidadão, mesmo em face de momentos de instabilidade ou insegurança.

Com efeito, o direito de comunicar-se com defensor técnico é fundamental para que o acusado tenha ciência das circunstâncias que envolvem a restrição de sua liberdade, bem como dos efeitos potenciais de suas declarações. Para que se realize a plena defesa no processo penal, o contato entre advogado e cliente não pode se restringir a conversas breves e escassas, nem pode ser tolhido por interferências e controles de qualquer natureza. Deve-se garantir a transparência da comunicação, permitindo que o acusado formule, junto ao seu defensor, uma solução jurídica adequada a seu caso. O direito de ser informado com clareza da acusação imputada também depende da observância dessa prerrogativa. Por óbvio, não se trata de mera conveniência para o advogado, mas de garantia destinada diretamente ao cidadão.

### **2.3.3 Independência, liberdade do exercício profissional e indispensabilidade da advocacia**

A independência da classe é fundamental para que os advogados atuem combativamente em prol dos direitos de cidadania. Tolher a voz e a força postulatória dos defensores significa emudecer o profissional legalmente incumbido de veicular as insurgências e as razões de cada cidadão.

O rol das prerrogativas reservadas ao advogado em decorrência de sua função pública é extenso; nem sempre se sobreleva com tanta nitidez o fundo constitucional que lhes subjaz. Algumas garantias relacionam-se indiretamente à consecução de fins maiores, a exemplo do tratamento condigno determinado pelo art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 6º. Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.

Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão,

tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.<sup>201</sup>

Nessa hipótese legal, subsiste o propósito de equilibrar as forças que coexistem dentro do processo, situando o representante do cidadão em posição dialógica horizontal com o acusador, o juiz e as demais autoridades da justiça. Desvalorizar a voz do defensor significa enfraquecer os argumentos que compõem a tese defensiva, em prejuízo do contraditório; não se trata, portanto, de mero intuito de elevar a imagem do advogado, que muitas vezes partilha da mesma desconfiança pública que recai sobre o acusado. Essa é uma das características inevitáveis da profissão, conhecida com antecedência por aqueles que a escolhem. Ao vincular a dignidade profissional a condições adequadas de desempenho, a lei pretende assegurar que os argumentos sejam devidamente ouvidos e examinados, construindo um contraditório denso e equivalente, em benefício do representado. A má repercussão midiática dos advogados que defendem réus impopulares não pode, de modo algum, se infiltrar nos tribunais; o sistema deve permanecer isento, racional e neutro, para julgar com uniformidade e lucidez os litígios.

Francesco Carnelutti<sup>202</sup> classifica o protesto contra a advocacia como um protesto contra a parcialidade do homem: arando exaustivamente o campo da justiça, os advogados nem sempre logram recolher os frutos. Em outras palavras, o reconhecimento público não advém logicamente da atuação esmerada.

O escândalo da parcialidade a que estão todos sujeitos não pode se confundir, contudo, com o escândalo da falta de ética ou da indignidade. A coexistência temporária de duas verdades – da defesa e da acusação – é um problema que se põe para o juiz superar com a justeza de seu raciocínio jurídico, um obstáculo que decorre da complexidade da justiça, e não um incômodo a ser sumariamente suprimido mediante o silenciamento. Com o brilhantismo de suas considerações, prossegue o jurista, refletindo acerca da importância das parciais contrapostas para a perfectibilização do contraditório:

---

<sup>201</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>202</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2005. p. 43.

A verdade é que o contraditório o ajuda porque é um escândalo: o escândalo da parcialidade, o escândalo da discórdia, o escândalo da Torre de Babel. A repugnância à parcialidade se converte para o juiz na necessidade de superá-la, ou seja, de superar-se; está nesta necessidade a salvação do juízo.<sup>203</sup>

O jurista Piero Calamandrei (1889 – 1956), conterrâneo e contemporâneo de Carnelutti, também traz considerações acerca da advocacia e da contribuição de sua natureza parcial para o atingimento da justiça. Ao dirimir a confusão entre a boa-fé e a convivência de sustentações opostas, demonstra com limpidez que a atuação ética do advogado não se confunde com a defesa da tese justa ou vencedora: “Num processo, os dois advogados, apesar de sustentarem teses opostas, podem estar e quase sempre estão de boa-fé, uma vez que representam a verdade, tal como o veem sob o prisma por que a vê seu cliente”<sup>204</sup>.

A valorização do papel do advogado na busca pela solução do conflito, fortalecendo sua voz na argumentação jurídica, é o modo mais efetivo de colocar sobre a balança do julgador os ângulos complexos que envolvem a causa, permitindo que seja avaliada por mais de um prisma. Com efeito, não faria sentido pretender no advogado um raciocinador imparcial ou uma réplica do próprio juiz, a quem realmente compete o dever da imparcialidade. Como artista da retórica, o bom causídico é aquele que desvela os aspectos mais sensíveis e inesperados dos fatos e das circunstâncias envolvidas, sendo legítimo que se exija dos demais operadores da justiça o respeito, a consideração e o reconhecimento da importância do mister assumido pelo advogado:

A balança é o símbolo tradicional da justiça, visto parecer que representa materialmente, por uma disposição mecânica, aquele jogo de forças psíquicas que faz funcionar o processo e no qual, para que o juiz, após algumas oscilações, conclua pela verdade, é necessário que intervenha o peso de duas teses opostas, tal como se dá com os dois pesos da balança que, para se equilibrarem, devem incidir na extremidade de cada braço.

Quanto mais as forças opostas façam oscilar o fiel (veja-se a imparcialidade de quem julga), tanto mais sensível se tornará o aparelho e mais exata a medida. Da mesma forma, os advogados, puxando cada um pelo seu lado, obtêm o equilíbrio que o juiz procura. Quem quiser criticar sua

---

<sup>203</sup> CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2005.

<sup>204</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: Pillares, 2013. p. 144.

imparcialidade, deve criticar também o peso que age sobre o braço da balança.<sup>205</sup>

Muito distantes de encamparem privilégios de classe, as garantias da advocacia pautam-se pela perfectibilização da justiça, somando-se aos mecanismos democraticamente criados para proteger os princípios fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana. A valorização das prerrogativas outorgadas à magistratura e às funções essenciais da justiça – Ministério Público, advocacia pública e privada, defensoria pública – conduz ao aperfeiçoamento institucional e à solidez do Estado Democrático de Direito, sujeito às volubilidades de um mundo que hoje se encontra em estado de dramática transformação e incerteza. Com efeito, o fortalecimento das garantias institucionais propicia um ambiente de maior segurança jurídica, transparência, previsibilidade econômica e confiança nas instâncias da justiça, dificultando que se criem mecanismos paralelos de solução de conflitos – à margem de quaisquer imperativos democráticos e à deriva no jogo desigual das forças socioeconômicas.

De outra parte, tonificar e proteger as prerrogativas da advocacia não significa solapar ou diminuir o vigor dos demais sujeitos do processo. O respeito mútuo acarreta o fortalecimento de todas as funções, que devem trabalhar pelo diálogo e pela harmonia do sistema, sobretudo em face dos conflitos mais graves, que exigem essa medida de racionalidade. Por isso, coexistem, ao lado das prerrogativas reservadas ao advogado, outras garantias funcionais, como aquelas atinentes à magistratura e ao Ministério Público, inscritas de forma clara nos arts. 95, 127 e 128 da Constituição Federal.

No que tange à magistratura, destacam-se os incisos I e II do art. 95, onde se encontram as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, cujo objetivo primordial é assegurar a independência, a imparcialidade e a atuação desassombrada dos julgadores. Outra vez, a proteção constitucional transcende a pessoa do juiz, buscando alcançar uma justiça hígida e equânime aos cidadãos:

---

<sup>205</sup> CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. São Paulo: Pillares, 2013. p. 144-149.

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.<sup>206</sup>

Da mesma forma, o Ministério Público detém garantias que salvaguardam a atuação de seus membros, em favor da sociedade. No art. 128, § 5º, I, encontram-se elencadas as garantias profissionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. No art. 18 da Lei Complementar nº 75, de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público, há um extenso rol de prerrogativas institucionais e processuais. No art. 21 da referida lei, depreende-se que as garantias e prerrogativas são inerentes ao exercício da função e, portanto, irrenunciáveis<sup>207</sup>.

Embora persista a dificuldade metodológica de separar as garantias das prerrogativas profissionais, o certo é que ambas se pautam pelo interesse público e social, visando à convivência harmoniosa e ao respeito recíproco entre os atores do processo. Enquanto o Ministério Público e a Magistratura orientam-se pela imparcialidade, a advocacia mune-se de instrumentos que promovem sua atuação desassombrada e independente, balizando a parcialidade inerente à função pelos preceitos éticos que a instruem.

Em suma, quando o advogado é respeitado em suas prerrogativas nucleares, colocando-se em posição hierárquica simétrica com as demais vozes processuais, garante-se ao cidadão sua irrenunciável condição de protagonista do sistema democrático. No bojo do REsp. nº 684.532, julgado no ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a reciprocidade do respeito devido às funções elementares da justiça, entendendo que as ofensas dirigidas ao advogado por juiz podem configurar crime contra a honra, e não apenas abuso de autoridade. Na

<sup>206</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>207</sup> Id. Palácio do Planalto. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2018.

ocasião, o destempero do magistrado em relação ao defensor que, atuando dentro dos limites da combatividade profissional, acabou aviltado em sua honra, levou o STJ a receber queixa-crime pela difamação, determinando o julgamento por juízo competente. Há, portanto, uma nítida tendência à isonomia dentro das relações processuais:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. ABUSO DE AUTORIDADE. CONDUTA PRATICADA POR JUIZ EM AUDIÊNCIA. POSSIBILIDADE DE CONCURSO DE CRIMES.

A Lei 4.898/65 não pode ser tida como especial em relação aos tipos do Código Penal de difamação e injúria (arts. 139 e 140), porquanto o seu texto não recepcionou todos os casos de agressão à honra das pessoas.

O Juiz, na condução da causa, pode praticar tanto abuso de autoridade quanto crime contra a honra, já que no ambiente processual transitam vários sujeitos (partes, testemunhas, advogados, serventuários) e a conduta pode atingi-los de forma intencional diversa, ou seja, a objetividade jurídica da ação pode ser enquadrada em mais de um tipo penal.

Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido para, afastada a ilegitimidade do querelante-recorrente, determinar o recebimento da queixa-crime pela difamação e seu julgamento na forma que bem entender o juízo competente, decretando-se, de ofício, a prescrição da ação quanto ao crime de injúria.<sup>208</sup>

Analisando a hipótese de condenação do magistrado por crime contra a honra do advogado, conclui Paulo Lôbo<sup>209</sup> que, sem independência, a advocacia fenece, ao passo que, sem dignidade, se amesquinha. Essa conclusão deixa patente que o art. 6º do Estatuto da Advocacia, ao preconizar e estender a reciprocidade do respeito e da consideração a todos os agentes públicos e serventuários da justiça, visa proteger, em última instância, os interesses do constituinte, cujos direitos dependem da plena realização do mister de seu advogado.

Enfatizando a ausência de subordinação hierárquica com as autoridades processuais, o inciso VII do art. 7º do Estatuto da Advocacia veda imposições arbitrárias que impliquem o desprestígio da classe, determinando que o advogado

<sup>208</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 684.532/DF (2004/0121652-0). Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ: 08/03/2005. **JusBrasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232018/recurso-especial-resp-684532-df-2004-0121652-0>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

<sup>209</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 56.

pode permanecer sentado ou em pé e retirar-se dos locais independentemente de licença. Ademais, o inciso VIII assegura o acesso direto aos magistrados, observada a ordem de chegada<sup>210</sup>. Outra vez, consagram-se a liberdade de atuação, a independência da classe e o exercício dos direitos de defesa.

Nesse sentido, determina o art. 5º, XIII, da Constituição Federal que “[...] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”<sup>211</sup>. As qualificações que orbitam a liberdade profissional se nutrem justamente da regulamentação provida pelo Estatuto da Advocacia, perpassado por prerrogativas, requisitos, ditames éticos e deveres sociais. Há um nítido condicionamento qualificativo de uma liberdade que, de outro modo – ou, mais precisamente, em outros tempos –, seria irrestrita. Os vetores que amoldam o conceito de livre atuação se dirigem aos múltiplos agentes do sistema jurídico democrático.

As prerrogativas profissionais dos advogados mostram-se essenciais para que sejam assegurados o devido processo legal, o contraditório e a amplitude do direito de defesa. Há, portanto, uma estreita ligação com os direitos de cidadania e as garantias individuais, na medida em que buscam dar-lhes efetividade. Quanto à indispensabilidade do advogado na perfectibilização do acesso à justiça e do direito de petição, assentou o Supremo Tribunal Federal:

A CR estabeleceu que o acesso à justiça e o direito de petição são direitos fundamentais (art. 5º, XXXIV, a, e XXXV), porém estes não garantem a quem não tenha capacidade postulatória litigar em juízo, ou seja, é vedado o exercício do direito de ação sem a presença de um advogado, considerado “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CR e art. 1º da Lei 8.906/1994, com as ressalvas legais. [...] Incluem-se, ainda, no rol das exceções, ações protocoladas nos juizados especiais cíveis, nas causas de valor até vinte salários mínimos (art. 9º da Lei 9.099/1995) e as ações trabalhistas (art. 791 da CLT), não fazendo parte dessa situação privilegiada a ação popular.<sup>212</sup>

<sup>210</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2018.

<sup>211</sup> Id. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 04 jul. 2018.

<sup>212</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Ordinária 1.531-6/RS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 03/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598704>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

No que tange ao direito de petição, sua raiz constitucional encontra-se no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal. Consiste em direito público subjetivo, extraído dos preceitos basilares da democracia; seu exercício na esfera processual, contudo, depende da intervenção de advogado, porquanto detentor privativo da capacidade postulatória. Essa exigência materializa o conteúdo do art. 133 da Constituição Federal, que consagra o advogado como profissional indispensável à administração da justiça. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

Mandado de injunção. Ajuizamento. Ausência de capacidade postulatória. Pressuposto processual subjetivo. Incognoscibilidade da ação injuncional [...]. A posse da capacidade postulatória constitui pressuposto processual subjetivo referente à parte. Sem que esta titularize o *jus postulandi*, torna-se inviável a válida constituição da própria relação processual, o que faz incidir a norma inscrita no art. 267, IV, do CPC, gerando, em consequência, como necessário efeito de ordem jurídica, a extinção do processo, sem resolução de mérito. Ninguém, ordinariamente, pode postular em juízo sem a assistência de advogado, a quem compete, nos termos da lei, o exercício do *jus postulandi*. O advogado constitui profissional indispensável à administração da Justiça (CF, art. 133), tornando-se necessária a sua intervenção na prática de atos que lhe são privativos (Lei 8.906/1994, art. 1º). São nulos de pleno direito os atos processuais, que, privativos de advogado, venham a ser praticados por quem não dispõe da capacidade postulatória. Inaplicabilidade do art. 13 do CPC, quando o recurso já estiver em tramitação no STF. Precedentes. O direito de petição qualifica-se como prerrogativa de extração constitucional assegurada à generalidade das pessoas pela Carta Política (art. 5º, XXXIV, a). Traduz direito público subjetivo de índole essencialmente democrática. O direito de petição, contudo, não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros. Precedentes.<sup>213</sup>

No mesmo sentido, tem-se a decisão prolatada no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 28.857/GO, julgado em dezembro de 2010. Na ocasião, restou decidido que ninguém pode postular em juízo sem advogado, a quem compete o *jus postulandi*. A decisão aprofundou-se na distinção entre a posse da capacidade postulatória – que, enquanto pressuposto processual subjetivo, refere-se à parte – e seu exercício, que depende da assistência do causídico. Do contrário, extingue-se o processo sem resolução do mérito, pois se inviabiliza a válida

<sup>213</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 772-1/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/10/2007. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926770/agregno-mandado-de-injuncao-mi-agr-772-rj/inteiro-teor-101180710?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

constituição da relação processual. Em suma, o direito de petição não assegura a quem não detém capacidade postulatória o direito de litigar em nome próprio<sup>214</sup>.

A indispensabilidade da advocacia<sup>215</sup> na administração da Justiça, reconhecida pela Carta Magna e exaustivamente repisada pelos tribunais superiores, justifica o tratamento especialíssimo conferido à profissão. As garantias e prerrogativas que lhe são atribuídas espelham, em última análise, a transferência da proteção do cidadão ao profissional incumbido de zelar por seus direitos fundamentais.

O termo “prerrogativa” deve ser compreendido como a espécie de garantia destinada ao livre exercício da profissão, equivalendo a uma “permissão especial” que condiciona o pleno exercício do múnus público da advocacia. A proteção legal se justifica na medida em que o Estado Democrático de Direito resguarda o livre exercício de funções indispensáveis à coletividade, como ocorre com a Magistratura, o Ministério Público e os parlamentares.

A própria dicção do art. 5º da Constituição Federal representa um importante ponto de referência ao exame da matéria, na medida em que consagra o acesso à justiça como direito fundamental do cidadão, sendo responsabilidade do Estado dar-lhe efetividade. Os desdobramentos desse dispositivo garantem a tutela jurisdicional aos hipossuficientes; ademais, criaram-se técnicas processuais para que todas as espécies de direitos restassem contemplados, incluindo aqueles atinentes aos interesses coletivos e difusos. A legislação infraconstitucional reverbera as bases essenciais do art. 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a

---

<sup>214</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 28.857/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 15/12/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622039>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>215</sup> “No mesmo sentido dispõe o artigo 2º do Estatuto da Advocacia e da OAB: ‘Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social. § 2º No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem múnus público. § 3º No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei.’” [Grifo no original]. OAB Nacional. Procuradoria Nacional de Defesa das Prerrogativas. **Cartilha das prerrogativas**. Brasília, nov. 2015. p. 19.

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...].<sup>216</sup>

Ao comprometer-se com a segurança jurídica do cidadão e com a estabilidade democrática das instituições, a advocacia integra um dos pilares essenciais da justiça. A relevância de seu múnus público também segue as recomendações da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que, entre os arts. VIII e XI, institui e qualifica os direitos de defesa:

Artigo VIII – Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX – Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X – Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI – 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.<sup>217</sup>

<sup>216</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>217</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, assinala que os direitos e garantias nela expressos “[...] não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”<sup>218</sup>. Por fim, salienta-se que a defesa da independência da advocacia não é mais importante do que a defesa da independência da magistratura<sup>219</sup> e das demais instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito.

<sup>218</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>219</sup> “Embora hoje em dia a opinião pública venha sendo levada, pelos meios de comunicação, a confundir ‘garantias da magistratura’ com ‘privilégios dos juízes’, é certo que as três garantias constantes do Texto Constitucional mostram-se essenciais ao exercício das funções do juiz, a saber: vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade. A Carta Política é clara ao instituí-las em seu artigo 95, incisos I, II e III.

Chamam-se garantias de independência, eis que visam a promover julgamentos isentos de pressão, seja da sociedade organizada, seja dos interesses de grupos políticos ou econômicos, seja dos próprios órgãos jurisdicionais. Seu conjunto, somado à imunidade do Juiz ao proferir suas decisões, conformam o perfil da independência no exercício da magistratura.

A independência do juiz, primeiro, é uma garantia do próprio Estado de Direito, pelo qual se atribuiu ao Poder Judiciário a atribuição de dizer o direito, direito este que será fixado por normas jurídicas elaboradas pelo Poder Legislativo, com inserção, ao longo dos anos, de valores sociais e humanos, incorporados ao direito pela noção de princípios jurídicos. A independência do juiz, para dizer o direito, é estabelecida pela própria ordem jurídica como forma de garantir ao cidadão que o Estado de Direito será respeitado e usado como defesa contra todo o tipo de usurpação. Neste sentido, a independência do juiz é, igualmente, garante do regime democrático.

Importante, ademais, destacar que a questão da independência dos juízes tratou-se mesmo de uma conquista da cidadania, pois nem sempre foi a independência um atributo do ato de julgar. Dalmo de Abreu Dallari, assim se pronuncia a respeito: ‘Essa idéia de independência da magistratura não é muito antiga. Há quem pense que isso acompanhou sempre a própria idéia de magistratura – eu ouvi uma vez alguma coisa assim no Tribunal de Justiça de São Paulo – o que é um grande equívoco’.

[...]

A independência dos juízes, portanto, foi fixada como fator essencial da proteção dos direitos fundamentais, inserindo-se como importante fator de construção e efetivação dos direitos humanos. Novamente é Dalmo Dallari que assim recorda: ‘Mas a partir daí surge o problema da eficácia das normas de direitos humanos. Agora elas têm eficácia jurídica, mas como garantir na prática esta eficácia? E aí que se começa a ressaltar a extraordinária importância dos juízes para o cumprimento deste papel. Em muitas obras já se fala nisso, em muitos tratados isto foi mencionado e os próprios pactos de direitos humanos mencionam a necessidade da independência do juiz, ao mesmo tempo em que falam na garantia de julgamento independente e imparcial como um dos direitos humanos fundamentais. [...] Para concluir, acho que há necessidade de nós reconhecermos, primeiro, que é fundamental a independência da magistratura. E voltando à minha questão: a independência da magistratura é importante para quem? Será que não é um privilégio do juiz querer ser independente? Peço licença para ler uma frase do meu livro *O Poder dos Juízes*, onde eu trato desta questão. Eu digo isto: ‘longe de ser um privilégio para o juiz, a independência da magistratura é necessária para o povo, que precisa de juízes independentes e imparciais para harmonização pacífica e justa dos conflitos de Direito.’” SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A defesa de sua independência**: um dever do magistrado. Disponível em: <<http://www.adj.or.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Destarte, à medida que as prerrogativas e garantias da advocacia materializam o direito constitucional pátrio, alinham o sistema jurídico brasileiro aos imperativos e recomendações emanados dos tratados internacionais de direitos humanos. A imunidade do advogado por atos e manifestações representa a pedra angular da liberdade combativa e do poder de transformação social que se deposita na classe – reconhecimento adequado à sua interferência histórica nos processos evolutivos da sociedade, sobretudo no que concerne às suas investidas em prol da democracia e dos direitos fundamentais. À luz dessas considerações, o capítulo seguinte será inteiramente ao exame da imunidade por atos e manifestações empregados no exercício da advocacia, com enfoque em seu norte teleológico, suas restrições legais e seus desdobramentos na jurisprudência.

#### 2.4 IMUNIDADE CIVIL E PENAL DO ADVOGADO POR ATOS E MANIFESTAÇÕES

O suporte constitucional da inviolabilidade encontra-se no art. 133, de onde se extrai que o advogado é “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. O escopo da norma é assegurar à advocacia uma atuação livre e firme em prol da justiça e dos fins democráticos, sem receio de represálias.

Complementando e especificando o texto da Carta Magna, o Estatuto da Advocacia estabelece, no § 2º do art. 7º, a imunidade profissional. Assim, as manifestações, palavras e atos do advogado não constituem condutas puníveis penalmente, desde que não excedam os limites impostos pelo exercício da função postulatória:

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.<sup>220</sup>

---

<sup>220</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

Nas esferas doutrinária e jurisprudencial, é pacífico que inexistente a prática de crime quando o ato ou a manifestação ocorrer no exercício de sua função, tendo em vista a efetividade de seu desempenho profissional. O Estatuto da Advocacia determina que somente no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil poderá tramitar o devido processo legal administrativo para responsabilizar o advogado pelos excessos de sua conduta, com base nos critérios disciplinares da classe.

Em suma, é da inviolabilidade prevista no art. 133 da Constituição Federal que deflui a imunidade profissional contida no art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia. Articulando a Lei Maior à regulamentação infraconstitucional, obtém-se a profundidade da proteção conferida à voz da advocacia pelo sistema normativo brasileiro. Nos tópicos subsequentes, serão examinadas as dimensões e repercussões jurisprudenciais desses institutos, bem como sua natureza jurídica e os deveres que emanam do múnus público atribuído à profissão.

#### **2.4.1 Dimensões e natureza jurídica da inviolabilidade e da imunidade profissional**

Inscrita no art. 133 da Constituição Federal, a garantia da inviolabilidade do advogado atravessa as disposições da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), que regulamenta os parâmetros normativos da Carta Magna. Com efeito, a dicção do art. 133 é bastante econômica, remetendo, através da expressão “nos limites da lei”, à legislação infraconstitucional: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”<sup>221</sup>.

Trata-se, portanto, de norma de eficácia contida. Seu enunciado é completo e claro, não dependendo de complementação para ser aplicado. O conteúdo, no entanto, pode sofrer restrições de lei infraconstitucional, como efetivamente ocorre no caso do art. 133. A própria indispensabilidade do advogado, prevista na primeira parte do artigo, sofre limitações da lei, como no caso dos Juizados Especiais, onde a

---

<sup>221</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

pequena dimensão dos litígios autoriza que a parte postule em causa própria, sem assistência de defensor técnico.

A associação entre a inviolabilidade e a intangibilidade da pessoa tem origem histórica; no passado, os reis, parlamentares e chefes de Estado foram os primeiros a valer-se dessa proteção. Como no caso da advocacia, essas funções públicas necessitam de liberdade, independência e destemor para seu exercício. Alberto Zacharias Toron e Alexandra Szafir identificam, na raiz do instituto, o direito de opinião dos parlamentares, já presente na França revolucionária do século XVIII:

A expressão *inviolabilidade* vem, historicamente, associada à intocabilidade ou intangibilidade da pessoa em relação à qual recaia o instituto. Os reis eram invioláveis, pois se partia do dogma segundo o qual “*king do no wrong*”. Posteriormente, também os parlamentares nos delitos de opinião e, em alguns casos, até os chefes de Estado ficaram igualmente protegidos. No Brasil, para exemplificar, a Carta Outorgada de 1824, no seu art. 99, assegurava que a pessoa do Imperador era “*inviolável*” e “*Sagrada*” e, por isso, “*Elle não está sujeito a responsabilidade alguma*”.

No modelo revolucionário francês de 1789, o Decreto de 21 de junho do mesmo ano declarava: “A Assembleia proclama que a pessoa de cada deputado é inviolável. Qualquer indivíduo, organização, tribunal, magistratura ou comissão que durante ou depois das sessões parlamentares perseguir, investigar, prender ou fizer prender, detiver ou fizer deter em virtude de alguma proposta, parecer ou discurso, manifestado ou pronunciado nos Estados Gerais, e igualmente aqueles que prestaram colaboração aos anteriores atentados, seja quem for a autoridade que os houver ordenado, serão considerados infames e traidores da Nação e culpáveis por crime capital. A Assembleia Nacional estabelece que nos casos precedentes tomará todas as medidas necessárias para investigar, perseguir e castigar os executores”.<sup>222</sup> [Grifo no original].

Fica evidente o movimento que deslocou a soberania do rei para o povo, colocando em seus representantes a inviolabilidade antes garantida ao monarca<sup>223</sup>. No processo evolutivo das sociedades, com a superação do individualismo liberal

<sup>222</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 10.

<sup>223</sup> “Se no Antigo Regime o Rei, como soberano, era sagrado e inviolável, com a transferência da soberania para o povo, cuidou-se de dotar os seus representantes na Assembleia Nacional de um manto protetor do qual gozava o antigo soberano. Aos deputados da Assembleia Nacional, representativa do liberalismo emergente, transferiu-se uma parte dos antigos benefícios do Antigo Regime. ‘Em lugar do monarca, que deixava o palco, entreva em cena uma entidade global, dotada de conotações quase sagradas, que não podiam ser contestada abertamente pela nobreza e o clero, sob pena de sofrerem a acusação de antipatriotismo.’ Não por acaso, utilizou-se o vocábulo inviolabilidade e não imunidade, querendo, quiçá, como registra ELOY GARCIA, indicar que o ‘Parlamento, como o monarca absoluto, se situava acima e à margem da lei’. *Ibid.*, p. 11.

próprio do século XIX, a advocacia também passou a assumir o múnus público de defender os direitos do cidadão, de modo que a inviolabilidade e a imunidade por atos e manifestações estenderam-se aos defensores. Vê-se, portanto, que em nenhum momento as garantias e prerrogativas profissionais denotaram corporativismo ou privilégio de classe, pois sempre se orientaram pela instrumentalização dos direitos fundamentais e pelo resguardo da voz cidadã. Dessa forma, a presença efetiva do advogado na representação de seus constituintes denota a observância e o respeito às liberdades públicas, oferecendo concretude aos direitos constitucionalmente instituídos.

A inviolabilidade do advogado e do parlamentar difere dos privilégios outrora concedidos à realeza, porquanto não se amparam por nenhuma concepção sagrada da pessoa a que se ligam. Alcançado àqueles que veiculam as insurgências coletivas e individuais, o instituto constitui verdadeira exigência funcional. Como apontam Alberto Zacharias Toron e Alexandra Szafir, a inviolabilidade e a imunidade material do advogado se fundem no propósito de possibilitar a liberdade de discussão das causas assumidas. Nesse aspecto, a distinção terminológica entre inviolabilidade e imunidade material perde relevância prática:

Bem por isso, como acentuamos linhas atrás, quando numa República democrática se fala em inviolabilidade do advogado – e assim também, por óbvio, na do parlamentar – não se está invocando uma proteção representativa de um privilégio da realeza, mas uma exigência funcional para melhor desempenhar a defesa dos interesses que lhe são confiados e com inteira liberdade na discussão da causa. Neste caso a questão terminológica (inviolabilidade x imunidade material) perde a relevância, pois, independentemente da solução adotada quanto aos vocábulos utilizados, não é a mudança de nomes, como se verá adiante, que altera a situação dos advogados ou a dos ofendidos frente a eles. O importante está na sistemática legal adotada e na interpretação que a doutrina e, particularmente, o Judiciário, conferem ao alcance do instituto da inviolabilidade.<sup>224</sup> [Grifo no original].

No direito comparado atual, os países adotam diferentes concepções acerca do caráter das inviolabilidades conferidas aos representantes do povo. Para os

---

<sup>224</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 11-12.

espanhóis, a inviolabilidade possui caráter material, em consonância com o que se depreende do ordenamento jurídico brasileiro:

Os espanhóis trabalham com os referidos conceitos como nós, isto é, a inviolabilidade tem caráter material, enquanto a imunidade em sentido estrito tem caráter processual, seja para impedir a ação penal mediante pedido de licença à Casa a que pertença o parlamentar como ocorre no direito espanhol com os denominados “*suplicatórios*” ou, dentro da atual sistemática constitucional brasileira, simplesmente para sustá-la. Diferentemente, os portugueses, franceses e italianos denominam de *irresponsabilidade*, *irresponsabilitá*, *irresponsabilità* ou *insindacabilità* a nossa inviolabilidade que, entre os alemães, recebe o nome de *Indemnität*. De outra parte, o que conhecemos por imunidade formal, de caráter processual, os portugueses cognominam de *inviolabilidade*, os franceses de *inviolabilité*, os italianos de *inviolabilità* ou *immunità*, e os alemães de *Immunität*. Os ingleses, na atualidade, somente adotam a imunidade material indicada como *privilege* ou *freedom*. Já os americanos, inspirados no Parlamento inglês do século XVII, adotam dois tipos de imunidades: *The Arrest Clause* e *The Speech* ou *Debate Clause*. A primeira, inicialmente erguida para proteger os membros do Congresso somente diante dos procedimentos civis, pois proíbe a prisão durante a sessão da Câmara a que pertença o Congressista e por ocasião do trajeto de ir e vir para a sessão (*freedom from arrest*), salvo os casos de traição, de crime comum ou de perturbação da ordem pública; a segunda, que não permite o questionamento do parlamentar sobre qualquer discurso ou debate nas Câmaras de que tenha tomado parte (*freedom of speech*; cf. na Constituição americana no art. I, sessão 6).<sup>225</sup> [Grifo no original].

Cármem Lúcia Antunes Rocha ressalta que o fundamento da norma não é o interesse individual do advogado, mas o interesse público, atingido mediante a proteção das manifestações e insurgência realizadas no âmbito da justiça. Para evitar temores, embaraços e perseguições no exercício da função postulatória – cuja essencialidade à administração da justiça resta reconhecida constitucionalmente –, impõem-se as garantias de inviolabilidade e imunidade profissional:

A individualidade do advogado representa, no sistema constitucional, no qual é posta exclusivamente quanto aos atos e manifestações no exercício da profissão, uma condição essencial para o pleno exercício do dever de advocacia que a mesma norma constitucional estipulou. O atributo é da advocacia, pois, revestindo a inviolabilidade o seu exercício e acompanhando o profissional que se ponha a atuar e a operar para que a administração da justiça se dê sem restrições decorrentes de temores ou vulnerações a que se poderia sujeitar o profissional.

<sup>225</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 12-13.

O fator determinante da norma, fundamentando-lhe o conteúdo, não é o interesse do advogado, mas o interesse público de que a administração da justiça se dê integral e livremente. A liberdade no desempenho do seu dever profissional, a segurança de que nos juízos e tribunais o exercício da advocacia todos os elementos necessários à concretização da Justiça material concretamente buscada no caso conduzido ao Estado-juiz, é que fundamenta e anima a norma constitucional. Daí, releve-se ainda uma vez, a inviolabilidade constitucionalmente conferida não é à pessoa que seja advogado, mas ao profissional no exercício da advocacia. Sem essa garantia, o que se poderia ter e certamente se teria era a submissão do advogado e embaraços, perseguições, reações e impedimentos ao pleno desempenho de suas atividades profissionais e a não prestação conveniente de jurisdição para a segurança da qual ele atua. Por isso mesmo é que fora do exercício de sua profissão o advogado não conta com qualquer ponto distintivo dos demais cidadãos e a Constituição não lhe assegura nada mais que os direitos concedidos a todos.<sup>226</sup>

Em suma, a inviolabilidade<sup>227</sup> do art. 133 demonstra que a bússola que orientou o constituinte brasileiro em 1988 norteou-se pelo reconhecimento da advocacia<sup>228</sup> como um verdadeiro *múnus público*. Mais do que isso: identificou com

<sup>226</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Cármen Lúcia. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 88-89.

<sup>227</sup> “A norma constitucional tem uma lógica incontestável; se o advogado tem o dever que ela mesma cuida de estabelecer de exercer atividade que é essencial à Justiça; se esta atividade vê-se de tal ordem modelada pela emocionalidade e contradições de interesses e argumentações que decorrem da própria condição de conflito havido na base de todas as ações; se, a despeito de todo este contorno, a norma constitucional não prescinde nem permite ao advogado prescindir de toda a sua tenacidade e denodo em busca da verdade para que a administração da Justiça se dê sem rebuços ou recuos; se se pode vislumbrar, em todo esse desempenho a possibilidade constante de violências contra o advogado, é indisputável que somente com a inviolabilidade constitucionalmente assegurada pode-se exigir do advogado o seu exercício profissional pleno e despojado de temores.

E é por essa lógica que se mostra na exigência indispensável do advogado de um lado e na condição com que deve contar para o seu desempenho, que a Constituição somente prevê – como de outra forma não poderia ser – a inviolabilidade para e no exercício da profissão. Porque somente nesse desempenho ele se desiguala de outros profissionais. No mais, cidadão como todos os outros, não tem qualquer garantia que não seja idêntica a de todos os brasileiros.” *Ibid.*, p. 99.

<sup>228</sup> “• A advocacia é uma atividade delicadíssima. Requer paciência e humildade, mas também profundo conhecimento técnico, cultura humanística, relacionamento sadio, boa vontade, persistência, amor, arte, espiritualidade, compreensão, perdão, renúncia, senso de Justiça etc. Não se trata de função melhor, nem pior do que as demais. Tanto é assim que a Constituição de 1988 referiu-se, também, ao professor, ao médico, ao juiz, ao procurador, ao jornalista, ao empresário et al.

• Contudo, nos quadrantes do labor humano, é a advocacia que lida com a liberdade e o patrimônio alheio. Talvez por isso, Calamandrei tenha dito que os advogados são ‘as antenas supersensíveis da Justiça’, enquanto Eduardo Couture afirmou que a advocacia é, a um só tempo, *arte* (no manuseio das leis) e *política* (disciplina da liberdade dentro da ordem), ética (exercício das virtudes contra a tentação) e *ação* (serviço constante dos valores mais nobres que regem o homem).

• Ao sair dos bancos universitários, o acadêmico de direito habilita-se na profissão de advogado, razão pela qual ela constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o

precisão a essência da atividade, que lida com a oposição de interesses, as emoções humanas e o vigor da palavra. Destituído da livre e destemida argumentação, o advogado é tolhido no exercício de sua mais elementar e elevada incumbência: proceder à defesa do cidadão perante as autoridades e garantir a realização dos direitos fundamentais e do devido processo legal.

A inviolabilidade contida no art. 133 da Constituição Federal e repetida nos arts. 2º, § 3º, e 7º, II, do Estatuto da Advocacia, possui uma estrutura complexa. Em sua dimensão positiva, abrange não apenas a imunidade por manifestações e palavras, mas também a proteção do sigilo e dos meios de trabalho. No que tange à dimensão negativa, desdobra-se no poder exclusivo da Ordem dos Advogados do Brasil de aplicar sanções disciplinares pelos excessos cometidos pelos profissionais inscritos em seus quadros<sup>229</sup>.

---

Judiciário. Se não bastasse, o advogado é indispensável à administração da Justiça, porque a jurisdição é inerte, necessitando de um elemento técnico propulsor.

• Sobre jurisdição: notas introdutórias ao Capítulo III: 'Do Poder Judiciário'.

• Finalmente, vale transcrever os mandamentos do advogado, criados por Eduardo Couture. Trata-se de um desses decálogos que, desde Santo Ivo, no século XIII, passando por Angel Ossorio, no século XX, vêm expressando a dignidade da advocacia. Consignam máximas hauridas da vivência, que revelam a linhagem da conduta profissional. Intentam dizer, de forma simples, a hierarquia do ministério advocatício. Ao mesmo tempo, ordenam e confortam, buscando a interação da condição humana do advogado com a missão quase divina da defesa:

1º Estuda: o direito está em constante transformação. Se não lhes seguras os passos, serás cada dia um pouco menos advogado;

2º Pensa: estudando se aprende o direito, mas é pensando que se o exerce;

3º Trabalha: a advocacia é uma árdua tarefa posta a serviço da justiça;

4º Luta: teu dever é lutar pelo direito, mas se acaso um dia encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça;

5º Sê leal: leal para com teu cliente, a quem não deves abandonar senão quando te convenceres de que é indigno de ti. Leal para com teu adversário, ainda quando ele seja desleal para contigo. Leal para com o juiz, que desconhece os fatos e que deve confiar no que lhe dizes, e que mesmo quanto ao direito, às vezes tem de aceitar aquele que invocas;

6º Tolerar: tolera a verdade alheia assim como queres que a tua seja tolerada;

7º Tem paciência: o tempo vingará-se das coisas feitas sem a tua colaboração;

8º Tem fé: crê no direito como o melhor instrumento para o humano convívio; crê na justiça como objetivo normal do direito; crê na paz como o substituto piedoso da justiça; acima de tudo, crê na liberdade, sem a qual não há direito, nem justiça, nem paz;

9º Esquece: a advocacia é uma luta de paixões. Se a cada batalha deixares em tua alma o rancor, logo chegará o dia em que a vida se terá tornado impossível para ti. Findo o combate, esquece a tua vitória tão depressa quanto a tua derrota;

10º Ama a tua profissão: procura estimar a advocacia de tal maneira que, no dia em que teu filho te pedir conselho sobre o seu destino, consideres uma honra para ti aconselhá-lo a que se faça advogado' (Eduardo J. Couture, Os mandamentos do advogado, trad. Rubens Gomes de Souza, São Paulo, 1951, p. 5-6)." [Grifo no original]. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1109.

<sup>229</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

Conformando-se ao art. 133 da Constituição Federal, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, dispõe sobre a imunidade penal do advogado pelas manifestações feitas em juízo, excluídas da proteção legal aquelas que excederem os limites da função postulatória. Trata-se de emanção do princípio da *libertas conviciandi*, que reconhece na atividade uma natureza inevitavelmente conflitiva, caracterizada pela palavra incisiva e pela postura insurgente. Com efeito, se exercidas em defesa da causa, a irresignação e o tempero argumentativo qualificam o bom advogado, comprometido com as teses que assume e com os interesses de seu cliente. Colocar o causídico sob ameaça constante de penalização, exigindo uma conduta comedida e dócil, comprometeria a eficácia da defesa e o poder da argumentação jurídica.

Além das ofensas irrogadas em juízo, encontram-se acobertadas pela imunidade penal aquelas feitas diante de qualquer órgão da Administração Pública, dirigidas a qualquer autoridade extrajudicial. Estende-se o direito, portanto, aos advogados que atuam nas Comissões Parlamentares de Inquérito.

A presença do defensor nas CPIs foi objeto de brilhante decisão no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por ocasião da CPI do Narcotráfico. Mais uma vez, reafirmou-se o vínculo entre as prerrogativas do advogado e os direitos fundamentais. Reconhecendo que o cidadão não pode ser despojado de suas garantias de defesa em nenhuma esfera institucional, fundamentou-se a exigência da participação do advogado, que, prestando assistência técnica, protege o núcleo intangível de direitos de seu constituinte. Conforme o Relator, Ministro Celso de Mello, o causídico representa verdadeiro escudo contra eventuais abusos e arbítrios da Administração Pública:

O Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência técnica àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja o espaço institucional de sua atuação, ao Advogado incumbe neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias jurídicas – legais ou constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, a prerrogativa contra a auto-incriminação e

o direito de não ser tratado, pelas autoridades públicas, como se culpado fosse, observando-se, desse modo, diretriz consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.<sup>230</sup>

O voto supratranscrito é paradigmático, na medida em que aprofunda as discussões acerca da extensão dos direitos do advogado, reafirmando o cidadão como destinatário último das prerrogativas e garantias profissionais. O exercício do poder de fiscalizar eventuais abusos perpetrados pela CPI é classificado como prerrogativa indisponível do advogado, porquanto sua abstenção deflagraria prejuízos irreparáveis ao constituinte:

O exercício do poder de fiscalizar eventuais abusos cometidos pela Comissão Parlamentar de Inquérito contra aquele que por ela foi convocado para depor traduz prerrogativa indisponível do Advogado, no desempenho de sua atividade profissional, não podendo, por isso mesmo, ser ele cerceado, injustamente, na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele que lhe outorgou o pertinente mandato.<sup>231</sup>

No que tange especificamente à proteção das manifestações de natureza postulatória, a decisão salientou que o Poder Judiciário não pode consentir com o silenciamento da voz do advogado. Em face dos poderes do Estado, acentua-se a importância de preservar as prerrogativas da advocacia, garantindo, por conseguinte, sua participação no andamento dos atos investigatórios. Reafirmam-se, ainda, a independência e a liberdade profissional como direitos eminentemente democráticos:

O Poder Judiciário não pode permitir que se cale a voz do Advogado, cuja atuação, livre e independente, há de ser permanentemente assegurada pelos juízes e pelos Tribunais, sob pena de subversão das franquias democráticas e de aniquilação dos direitos do cidadão.

[...]

---

<sup>230</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23.576-DF (Pedido de Reconsideração)**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/12/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo176.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>231</sup> Ibid.

O ordenamento positivo brasileiro garante ao cidadão, qualquer que seja a instância de Poder que o tenha convocado, o direito de fazer-se assistir, tecnicamente, por Advogado, a quem incumbe, com apoio no Estatuto da Advocacia, comparecer às reuniões da CPI, nelas podendo, dentre outras prerrogativas de ordem profissional, comunicar-se, pessoal e diretamente, com o seu cliente, para adverti-lo de que tem o direito de permanecer em silêncio (direito este fundado no privilégio constitucional contra a auto-incriminação), sendo-lhe lícito, ainda, reclamar, verbalmente ou por escrito, contra a inobservância de preceitos constitucionais, legais ou regimentais, notadamente quando o comportamento arbitrário do órgão de investigação parlamentar lesar as garantias básicas daquele – indiciado ou testemunha – que constituiu esse profissional do Direito.<sup>232</sup>

A extensão da imunidade penal do advogado às manifestações feitas perante as autoridades extrajudiciais depreende-se da ampla proteção conferida às garantias e prerrogativas da advocacia, que visam ao resguardo dos direitos fundamentais do cidadão. Desde que exercidas no intuito da defesa e da argumentação jurídica, as manifestações do advogado restam amparadas pela imunidade material.

#### 2.4.2 Amplitude e limites da imunidade material nas esferas civil e penal

O art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia, consigna a imunidade penal do advogado em relação aos crimes contra a honra; da mesma forma, o Código Penal, em seu art. 142, I, dispõe que não constituem injúria ou difamação punível “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”<sup>233</sup>. Os diplomas normativos encontram-se em compasso acerca da matéria; o dispositivo do Estatuto, no entanto, revela maior amplitude e especificidade, uma vez que se destina ao advogado, estando ou não em juízo.

A imunidade relaciona-se à igualdade entre advocacia e magistratura, princípio contido expressamente no art. 6º do Estatuto da Advocacia. No exercício de suas funções públicas, ambos possuem competências harmônicas e

<sup>232</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23.576-DF (Pedido de Reconsideração)**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/12/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo176.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>233</sup> Id. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

imprescindíveis. Com o intuito de preservar a horizontalidade das vozes essenciais à justiça, a regra da imunidade impede que o magistrado aplique punições ao advogado; não pode o juiz, portanto, expulsar o causídico de audiências e sessões ou censurar as manifestações aportadas ao processo<sup>234</sup>. Condutas dessa ordem ensejariam a incidência do art. 3º, *j*, da Lei nº 4.898<sup>235</sup>, que qualifica o atentado aos direitos e garantias profissionais como abuso de autoridade.

Em sua redação original, o art. 7º, § 2º, do Estatuto da Advocacia, exclui previamente os atos e manifestações inerentes à atividade postulatória do crime de desacato, definido pela doutrina como ofensa, humilhação, excesso verbal ou desrespeito dirigido à pessoa investida de autoridade pública. No julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da expressão “desacato” contida no art. 7º, § 2º, do Estatuto, entendendo que a veemência natural do advogado não se concilia com os elementos que caracterizam o tipo penal, como o insulto vexatório e a humilhação pública. Na ocasião, afirmou o Ministro Paulo Brossard que são incompatíveis com a advocacia “a palavra indecente, a expressão imunda, o gesto obsceno, a agressão física ou moral”<sup>236</sup>.

No julgamento da ADI nº 1.127-8/DF, o Supremo Tribunal Federal manteve o posicionamento quanto à inconstitucionalidade da imunidade penal por desacato. Isso porque essa previsão entraria em conflito com a autoridade do magistrado, criando uma situação de indesejada desigualdade entre os atores do processo<sup>237</sup>. Essa assimetria é repudiada pelo próprio art. 6º do Estatuto, que prevê a ausência de hierarquia e subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público.

---

<sup>234</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

<sup>235</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/14898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/14898.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

<sup>236</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ: 06/10/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

<sup>237</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. DJ: 17/05/2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732406/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1127-df?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

Preleciona Paulo Lôbo<sup>238</sup> que, para que se penalize o advogado por desacato, não basta a avaliação subjetiva do suposto ofendido: os pressupostos que constituem o tipo penal devem restar demonstrados, assegurando-se o devido processo penal e a ampla defesa. Pondera, ainda, que o desacato deixa ampla margem ao entendimento do juiz, criando uma situação de insegurança para aquele que é acusado da ofensa. Cabe à jurisprudência evitar o indevido alargamento do tipo penal, que importaria um meio oblíquo de constranger a voz defensiva.

A imunidade profissional também não acoberta o crime de calúnia, previsto no art. 138 do Código Penal e definido como a conduta dolosa de imputar falsamente a alguém fato criminoso. O tipo penal da calúnia constitui verdadeira difamação qualificada, que fere a honra objetiva do sujeito. Para que se configure, deve referir-se a fato concreto e verossímil, dirigindo-se a ofensa à pessoa também determinada. Não há crime se o sujeito, agindo de boa-fé, supõe erroneamente a veracidade daquilo que alega. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica ao excluir a calúnia das condutas protegidas pela imunidade penal do advogado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CALÚNIA. IMUNIDADE PENAL DO ADVOGADO.

I. - A imunidade prevista no inciso I do art. 142 do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia.

II. - Denúncia que atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal.

III. - A jurisprudência da Suprema Corte firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal se a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime, como ocorre na hipótese.

IV. - H.C. indeferido.<sup>239</sup>

Da mesma forma, posiciona-se o Superior Tribunal de Justiça:

<sup>238</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57.

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84107/SC. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 18/06/2004. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741916/habeas-corpuz-hc-84107-sc>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CALÚNIA. ADVOGADO. IMUNIDADE JURÍDICA.

I - A imunidade jurídica prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 não alcança o delito de calúnia.

II - A via do writ não permite que se aceite, de plano, sem verificação detalhada do material cognitivo, a inocorrência do elemento subjetivo diverso do dolo. Recurso provido.<sup>240</sup>

Estender a imunidade ao crime de calúnia importaria romper as bases éticas da profissão, um efeito repudiado pelo próprio Estatuto da Advocacia. O escopo do princípio não é legalizar condutas que ultrapassem os limites da função, mas garantir que seja exercida com destemor perante as autoridades judiciárias.

Os atos e manifestações do advogado não se sujeitam à tipificação penal comum. Considera-se, portanto, que a prática dos tribunais e a lógica dos litígios possuem margens mais amplas de tolerância em relação a condutas que, em outros contextos, poderiam ser consideradas afrontosas ou ofensivas. Excessos que transgridam os imperativos do Código de Ética e do Estatuto da Advocacia sujeitam-se a punições disciplinares pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Da racionalidade do sistema depreende-se que a imunidade não se limita ao âmbito penal, alcançando também a esfera civil, de modo que o advogado não pode ser responsabilizado por suas manifestações em juízo, desde que não extrapole os limites da causa assumida. Eventuais ofensas irrogadas no exercício do brio inerente à atividade postulatória não geram danos morais. Não se trata, contudo, de garantia absoluta; abusos e ofensas que venham a transgredir as fronteiras de defesa da causa, ferindo a honra de outrem, afastam a guarda legal, deflagrando a responsabilização:

DIREITO CIVIL. DANO MORAL INDENIZAÇÃO. ADVOGADO. EXCESSO. INAPLICABILIDADE DA "IMUNIDADE" PROFISSIONAL DEFERIDA PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I - A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo novo Estatuto da Advocacia e da OAB não alberga os excessos cometidos pelo profissional

<sup>240</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 506593 SC 2003/0025328-3. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 03/11/2003. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220435/recurso-especial-resp-506593-sc-2003-0025328-3>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo, seja o magistrado, a parte, o membro do Ministério Público, o serventuário ou o advogado da parte contrária.

II - Segundo firme jurisprudência da Corte, a imunidade conferida ao advogado no exercício da sua bela e árdua profissão não constitui um bill of indemnity.

III - A indenização por dano moral dispensa a prática de crime, bastando a aferição da ocorrência do dano pela atuação do réu.<sup>241</sup>

A medida da razoabilidade pauta o exercício das prerrogativas e garantias de defesa, cabendo ao advogado atuar em prol dos interesses e direitos de seu cliente, sempre à luz dos ditames éticos inscritos no Estatuto. Atos que ultrapassam os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade atraem a incidência do poder disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil, previsto entre os arts. 70 e 74 do Estatuto da Advocacia. A hipótese de imunidade absoluta contrariaria a própria base teleológica da Lei nº 8.096/94; a nobreza da advocacia, seus parâmetros éticos, sua paixão retórica e seu respeito às demais funções da justiça perpassam todo o texto legal, de modo que não há suporte para transformar o litígio numa zona de guerra e violação de direitos. A inviolabilidade nada mais faz do que escudar a veemência e o ardor da palavra como instrumentos da profissão, colocando no nexos funcional a medida dessa garantia:

**Relatividade da imunidade do advogado e necessidade de relação de causalidade com o exercício da profissão:** STJ – “Seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à conclusão absurda de que o novo *Estatuto da OAB* teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até no desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores. O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas” (STJ – 5ª T., Rec. em HC nº 4.889; Rel. Min. Assis Toledo, j. 2-10-1995; v.u.; ementa – Publicada no *Ementário AASP*, nº 1957, p. 50-e). **No mesmo sentido:** STJ – “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 representante do Ministério Público, ou ofendendo a honra, desabusada e desnecessariamente, fora dos limites da causa ou da defesa de direitos e

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 151840/MG. DJ: 23/08/1999. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8385532/recurso-especial-resp-151840-mg-1997-0073702-0/voto-102630367>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

prerrogativas de que desfrutam” (STJ – 5ª T., HC nº 4.539/RO; Rel. Min. Jesus Costa Lima, j. 2-8-1995; v.u.; [...]).<sup>242</sup> [Grifo no original].

Não se configurando o excesso e verificado o nexó funcional, há farta jurisprudência reconhecendo que eventuais expressões injuriosas pronunciadas no âmbito da discussão da causa restam acobertadas pela imunidade material. Os tribunais superiores têm se mostrado sensíveis à noção de que a imunidade do advogado não enfoca o interesse particular do profissional, mas a proteção do cidadão, que se beneficia da máxima efetividade dos instrumentos de defesa. A ementa do *Habeas Corpus* nº 87451/RS deixa límpido o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à questão:

HABEAS CORPUS. EXPRESSÕES INJURIOSAS PROFERIDAS POR ADVOGADO NA DISCUSSÃO DA CAUSA. IMUNIDADE MATERIAL. 1. O artigo 7º, § 2º da Lei n. 8.906/1994, deu concreção ao preceito veiculado pelo artigo 133 da Constituição do Brasil, assegurando ao advogado a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. 2. **No caso concreto, é fora de dúvida que as expressões tidas por injuriosas foram proferidas no estrito âmbito de discussão da causa, em petição de alegações finais pela qual o paciente manifestou indignação com o procedimento judicial praticado à margem da lei.** Ordem concedida.<sup>243</sup> [Grifo nosso].

De acordo com a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não é absoluta a imunidade ressalvada ao advogado para a plena realização de suas funções postulatórias. A garantia profissional não compreende a violação aos direitos de personalidade inscritos na Constituição Federal, impondo-se os parâmetros da razoabilidade e da legalidade para aferir a responsabilização na esfera cível, disciplinar e até mesmo criminal. No bojo do Recurso Especial nº 1.677.957/PR, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva assim se posicionou:

<sup>242</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1721.

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87451/RS**. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 14/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000009514&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que a imunidade conferida ao advogado para o pleno exercício de suas funções não possui caráter absoluto, devendo observar os parâmetros da legalidade e da razoabilidade e não abarcando violações de direitos da personalidade, notadamente da honra e da imagem de outras partes ou profissionais que atuem no processo.

Os eventuais excessos de linguagem, o uso de expressões grosseiras e ofensivas, as falsas acusações, bem como todas as condutas que excedam os limites do direito de livre responsabilização no âmbito cível, administrativo/disciplinar e, eventualmente, criminal.<sup>244</sup>

A possibilidade de fixação de danos morais pelos excessos praticados pelo advogado, em ofensa à honra e à dignidade do magistrado, foi objeto do Recurso Especial nº 1.065.397/MT, de relatoria do Ministro Massami Uyeda. Do julgado extrai-se que a imunidade profissional deve ser confrontada com os direitos de personalidade igualmente protegidos pela Lei Maior, como a honra e a imagem:

RECURSOS ESPECIAIS – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – OFENSA À HONRA E DIGNIDADE DE MAGISTRADO [...] IMUNIDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO – RELATIVA – EXCESSO PRATICADO – VERIFICAÇÃO – QUANTUM – RAZOABILIDADE [...].

[...]

III - A imunidade profissional, indispensável ao desempenho independente e seguro da advocacia (função essencial à Justiça, com previsão constitucional no artigo 133), e que tem por desiderato garantir a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício profissional, desde que dentro dos limites da lei, deverá ser exercida sem violar direitos inerentes à personalidade (igualmente resguardados pela Constituição Federal), como a honra e a imagem, de quem quer que seja, sob pena de responsabilização civil pelos danos decorrentes de tal conduta;

IV - A comunicação de fatos que denotem inadequada conduta de magistrado Documento: 82074928 – RELATÓRIO E VOTO – Site certificado Página 9 de 14 Superior Tribunal de Justiça dirigidas ao Órgão de Cúpula do Tribunal de Justiça (Corregedoria Geral de Justiça), ao qual o magistrado é vinculado, efetivada por advogado ou qualquer outro interessado, mostra-se necessária e salutar para a administração da Justiça;

V - Sobressai, de forma cristalina, que o causídico, a pretexto de acoimar de imparcial o julgamento proferido pelo magistrado na causa em que atuara como causídico da parte sucumbente, desbordou de seu direito de denunciar suposta má-conduta do magistrado, vilipendiando, por conseguinte, a honra e dignidade daquele;

<sup>244</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.677.957/PR**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 24/04/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=82074928&tipo=51&nreg=201603229635&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180430&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

VI - O Tribunal de origem, após sopesar as peculiaridades do caso em concreto, em observância à capacidade econômica das partes, sem descurar-se do caráter propedêutico da sanção, fixou importância que bem atende aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade; [...].<sup>245</sup>

Com as devidas relativizações, inexistente a prática de crime quando o ato ou a manifestação do advogado ocorrer no exercício de sua profissão, para o desempenho da mesma. Os dispositivos do Estatuto da Advocacia não permitem a prática de injúria, difamação e desacato, mas preveem que somente no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil poderá tramitar o devido processo legal administrativo, a partir dos critérios disciplinares adequados à natureza e à finalidade social da profissão.

Saliente-se que o art. 3º, *j*, da Lei nº 4.898<sup>246</sup>, inclui entre as hipóteses de abuso de autoridade os atentados aos “direitos e garantias legais assegurados ao exercício profissional”. Esse dispositivo oferece tutela penal às prerrogativas da advocacia, podendo ensejar a penalização da autoridade que negar efetividade aos direitos e garantias legalmente asseguradas.

#### **2.4.3 A imunidade dos representantes no interesse dos representados: o direito à palavra dos interlocutores da cidadania**

Definir os limites da inviolabilidade contida no art. 133 da Constituição Federal é importante para que se dê máxima efetividade e consistência ao seu núcleo de proteção, uma vez que o referido artigo representa cláusula afiançadora ao exercício da advocacia e aos direitos de defesa. Além disso, constitui verdadeira afirmação do Estado Democrático de Direito, pois o advogado é o elo imprescindível entre o Estado e a cidadania.

---

<sup>245</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.065.397/MT**. Relator: Ministro Massami Uyeda. DJ: 04/11/2010. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/84/669/DECISAO\\_STJ\\_1065397\\_\(RAC\\_47178-2005\).pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/84/669/DECISAO_STJ_1065397_(RAC_47178-2005).pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

<sup>246</sup> Id. Palácio do Planalto. **Lei nº 4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4898.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

Segundo entendimento contemporâneo, a advocacia não constitui órgão do Estado, mas órgão independente na administração da justiça, sendo reconhecida sua liberdade de atuação. Nesse compasso, o art. 133 da Constituição Federal insculpiu a garantia que elevou ao grau de princípio constitucional a livre advocacia; a Lei nº 8.906/94<sup>247</sup>, por sua vez, representa carta de equilíbrio entre a atividade postulatória e a função judicante.

A imunidade penal material do advogado apresenta caráter substantivo. Nessa hipótese, verificada sua incidência, está o profissional livre da incriminação, em virtude da inexistência de crime. Cármen Lúcia Antunes Rocha aponta que o princípio garante que se desempenhe a função postulatória com o máximo destemor, em benefício do interesse público:

16. [...] A hipótese que se põe é de nenhuma restrição ao acesso aos órgãos do Poder Judiciário: a hipótese prevista é de inexistência de crime. Não é a lei que o estabelece, mas a Constituição. Não é em desrespeito ou diminuição a direito de alguém, mas em benefício do interesse público, pois a coletividade pode e deve, então, cobrar do advogado o melhor desempenho e a mais destemida atuação contra injustiças, pois a norma maior dotou-o de inviolabilidade, sob cujo manto aumentou o seu dever e a sua responsabilidade perante a sociedade.

17. Note-se, pois, que a inviolabilidade constitucional, de que cuida no plano legal os parágrafos 3º, do art. 2º, e 2º, do art. 7º, da Lei n. 8.906/94, apenas retiram a natureza penal do tipo descrito em legislação própria da conduta (atos e manifestações) do advogado no exercício de sua profissão. Não eliminam a responsabilidade do advogado. Não o deixa imune a todas as formas de responsabilidade adotadas no sistema de Direito e que não se restringem ao campo penal.

Não se encontra na legislação qualquer dispositivo que comporte ou permite interpretação que conduza à conclusão de que os dispositivos questionados “não criam condições para a responsabilidade civil ou penal do advogado...”.

A responsabilidade existe como corolário do Estado de Direito para qualquer pessoa, agente público ou particular, em todos os setores da vida.<sup>248</sup>

Reitere-se que a inviolabilidade e a imunidade judiciária devem respeitar os limites da discussão da causa, agindo no interesse da justiça; não há crime quando

<sup>247</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>248</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Cármen Lúcia. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB. p. 101-102.

o advogado fala em nome de seu representado. Extrapolando essas balizas, rompe-se o manto protetivo da norma constitucional:

**Inviolabilidade e imunidade judiciária.** O advogado que utiliza linguagem excessiva e desnecessária, fora de limites razoáveis da discussão da causa e da ofensa de direitos, continua responsável penalmente. Alcance da L. 8.906/94 7º § 2º frente à CF 5º e 133. Suspensão parcial do preceito pelo STF na ADIn 1127-8. Seria odiosa qualquer interpretação da legislação vigente conducente à condução absurda de que o novo Estatuto da OAB teria instituído, em favor da nobre classe dos advogados, imunidade penal ampla e absoluta, nos crimes contra a honra e até desacato, imunidade essa não conferida ao cidadão brasileiro, às partes litigantes, nem mesmo aos juízes e promotores. O nobre exercício da advocacia não se confunde com um ato de guerra, em que todas as armas, por mais desleais que sejam, possam ser utilizadas (STJ, 5ª T., RHC 4056-4-RJ, rel. Min. Assis Toledo, j. 21.11.1994, DJU 6.3.1995)<sup>249, 250</sup> [Grifo no original].

Apontam Cezar Britto e Marcus Vinicius Furtado Coêlho<sup>251</sup> que a norma constitucional sobre a inviolabilidade representa enorme evolução da advocacia

<sup>249</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Habeas Corpus* nº 4056-4/RJ. Relator: Ministro Assis Toledo. **JusBrasil**. DJ: 21/11/1994. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557843/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-4056-rj-1994-0031877-4/inteiro-teor-100327523?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

<sup>250</sup> NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. Atualizada até 10 de abril de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 335.

<sup>251</sup> “Na Alemanha, as comunicações escritas entre o acusado e o seu defensor, bem como as notas e documentos atinentes a tal vínculo do profissional da advocacia com seu cliente não podem ser objeto de apreensão. É o que garante o § 97, a ser interpretado simultaneamente com o 53, 2, do Código de Processo Penal Alemão (*Strafprozeßordnung*).

A interceptação de conversas entre o defensor e o seu cliente, por outro lado, não se encontra protegida expressamente. Tão apenas, implicitamente, do que se extrai da leitura do § 100 de tal código. Assim também, os demais instrumentos de trabalho do advogado somente implicitamente se encontram protegidos de eventual violação.

Da mesma forma, o art. 208 da Constituição Portuguesa assegura as imunidades necessárias para que o advogado possa exercer seu mandato. A proteção é explicitada apenas pela norma do art. 187, 4 daquele Código de Processo Penal que veda a interceptação e gravação de conversas entre o argüido e seu defensor.

No ordenamento italiano, a interpretação dos diplomas processuais Penal e Civil, bem como da Lei Profissional do Advogado, permitem tão somente que o advogado recuse a apresentação de documentos em sua posse, cuja legitimidade do ato deve se submeter à avaliação do julgador. Não há diploma ou dispositivo que, nos moldes da Lei da Inviolabilidade do Direito de Defesa, submeta qualquer busca e apreensão daqueles documentos a decisão fundamentada e pormenorizada que se condicione às rígidas e cautelosas exigências da nossa lei.

Observe-se que até mesmo nos sistemas da *Common Law*, onde o denominado ‘*attorney-client privilege*’ (prerrogativa ou imunidade da relação cliente-advogado) é frequentemente afirmado como o mais antigo direito de confidencialidade reconhecido judicialmente, não são raras as violações ao exercício do Direito de Defesa.

Isso porque, embora estes sistemas costumem excepcionar tal garantia, somente a ‘*crime-fraude exception*’ (exceção da fraude criminosa), que consubstancia a superação da prerrogativa quando

brasileira. Segundo os referidos autores, os diversos ordenamentos jurídicos que contemplam normas de proteção não possuem a necessária especificidade e clareza atingidas pela Carta Magna de 1988.

A relação existente entre os direitos fundamentais, o acesso à Justiça e a própria inviolabilidade do advogado<sup>252</sup> indica que a maturidade recíproca desses princípios no texto constitucional – sobretudo nas Constituições prolixas, como é o caso da brasileira – serve de termômetro para medir o grau de efetividade que o sistema confere aos direitos de cidadania. A clareza das normas é o que impede que os direitos fiquem à deriva de interpretações, dissipando, nos casos concretos, a essência de seu conteúdo.

Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir reafirmam que, para a incidência da inviolabilidade, basta a existência do nexó entre a expressão ofensiva e a discussão da causa; assim, a própria tipicidade objetiva restaria descartada, não

---

esta for utilizada com o propósito de cometer crime ou fraude, a aplicação elástica do instituto tem comprometido sobremaneira a preservação da garantia do Direito de Defesa.

Com efeito, nos Estados Unidos, desde a edição do U.S.A. Patriot Act – no contexto da chamada guerra ao terror – constata-se grave afronta à inviolabilidade da relação do indivíduo com seu defensor. Tem-se admitido que o *Department of Justice (DOJ)*, discricionariamente, viole a confidencialidade das conversas dos indivíduos sob custódia com o seu advogado, prescindindo inclusive de ordem judicial ou motivação do ato.” [Grifo no original]. BRITTO, Cezar; COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **A inviolabilidade do direito de defesa**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 67-69.

<sup>252</sup> “Pel as mesmas razões e guardadas as diferenças históricas e culturais, a legislação, quando não a própria Constituição, e de um modo geral os estatutos da advocacia em todos os países de formação jurídica civilizada e que prestigiam o princípio do *devido processo legal* e das *garantias da defesa* no sistema acusatório, universalizados sob a cláusula do *due process of law*, que remonta à festejada Magna Carta inglesa do ano de 1215, exibem proteção de advogado. A título de exemplo, o *Code of Conduct for European Lawyer*, recém editado pela Comunidade Européia, enaltece com grande ênfase a regra de sigilo ou confidencialidade profissional dos advogados, ao dispor: ‘2.3. Confidentiality. 2.3.1. It is of the essence of a lawyer’s function that the lawyer should be told by his or her client things which the client would not tell to others, and that the lawyer should be the recipient of other information on a basis of confidence. Without the certainty of confidentiality there cannot be trust. Confidentiality is therefore a primary and fundamental right and duty of the lawyer. The lawyer’s obligation of confidentiality serves the interest of the administration of justice as well as the interest of the client. It is therefore entitled to special protection by the State.’ ‘2.3. Confidencialidade. 2.3.1. É da essência da função do advogado que este seja informado por seu cliente sobre coisas que o cliente não diria a outros, e o advogado deve ser o receptor dessas informações à base da confiança. Sem a certeza da confidencialidade, não pode haver confiança. Confidencialidade é, portanto, um direito e um dever primário e fundamental para o advogado. Sua obrigação de confidencialidade serve ao interesse da administração da justiça, bem como ao interesse do cliente. Assim, tem direito a proteção especial do Estado.’ (tradução nossa). CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos das empresas** – Sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado. 2009. p. 3. Disponível em: <<https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/inviolabilidade-de-escritorios-de-advocacia-e-departamentos-juridicos-das-empresas-sigilo-profissional-e-prerrogativas-da-profissao-de-advogado>>. Acesso em: 02 maio 2018.

havendo necessidade de proceder ao exame do dolo. Esse entendimento parece o mais adequado às disposições da Constituição Federal e do Estatuto da Advocacia, das quais se depreende que o advogado está imune à prática do que poderia ser considerado crime “por seus atos e manifestações”. Assim, quando seu ato ou manifestação ocorre para o exercício da advocacia, não há crime:

Ora, parece evidente que o reconhecimento da inviolabilidade constitucional em favor do advogado precede o da discussão sobre o dolo e, ademais, tendo natureza objetiva, já que para a sua incidência reclama unicamente a verificação do nexa entre a expressão ofensiva e a discussão da causa, é mais compatível com os limites de cognição do *writ*. Se, com efeito, de acordo com o que ficou consignado no arresto do *habeas corpus* julgado pela 13ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, “o paciente se limitou a exercer a defesa de sua constituinte, contraditando a testemunha, por entender que seu depoimento poderia trazer prejuízos irreparáveis à defesa de sua cliente”, é evidente que estamos diante de uma clara hipótese em que o exame da incidência da imunidade material, afastando a própria tipicidade objetiva do comportamento do profissional da defesa, deve preceder, trabalhando-se com um rigor lógico-sistemático, o exame do dolo.

Em caso julgado pelo extinto TACRIM-SP revela, uma vez mais, a importância do instituto da inviolabilidade profissional, destacando-se que esta tem incidência para o advogado “no cumprimento do seu dever de ofício, ou seja, na ação restrita à causa de seu patrocínio, o advogado tem cobertura de imunidade profissional, em se tratando de crimes conta a honra (Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 2º)”. No dizer de ANTONO SCARANCE FERNANDES, o preceito constitucional em exame não permite que o advogado “extravase, dos limites da discussão da causa, aproveitando o ensejo para referências desabonadoras pessoais, genéricas, dúbias, desvinculadas do objeto do processo” relativamente a autoridades e muito especialmente ao Juiz de Direito. Igualmente enfático, VICENTE GRECO FILHO sustenta que se a ofensa “não for decorrente da necessidade imposta por determinada causa, inexistente qualquer imunidade, e responderá o advogado como qualquer pessoa”.<sup>253</sup>

<sup>253</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 18-19. E segue: “Como realçou VICENTE GRECO FILHO, ‘é princípio da Democracia e do Estado de Direito a responsabilidade de todos os que exercem atividade pública ou de interesse público e, também, das pessoas em geral. O que admite, para que certas atividades sejam exercidas com autonomia e independência, é a imunidade funcional, ou seja, a proteção do agente em situações em que, se não tivesse liberdade de expressão, poderia ser inibida a função reconhecida como de interesse público [...]. Seu embasamento constitucional encontra-se no art. 133 da CF e tem como antecedente o denominado *jus convinciendi*, previsto no art. 142, I, do CP. Não constitui injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador, de modo que não deve ser considerado estranho, injurídico ou inconstitucional o novo dispositivo, o qual, na verdade, somente acrescentou o desacato e a expressão em juízo ou “fora dele”. [...] Isso não quer dizer, porém, que a lei tenha permitido algo como o direito de agredir gratuitamente ou de denegrir a honra de outrem ou, ainda, que a OAB, como órgão sancionatório disciplinar, tenha se substituído ao Poder Judiciário nas funções que lhe são próprias. [...] Assim, haverá excesso impunível se a ofensa irrogada for vinculada à atividade funcional e pertinente à pretensão que

Mesmo diante de eventuais excessos, havendo nexos funcional entre a manifestação do advogado e a discussão da causa, impera a inviolabilidade profissional. No âmbito eminentemente conflitivo do litígio, aplicam-se critérios diversos daqueles que compõem a tipificação penal comum:

PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. DIFAMAÇÃO CONTRA MAGISTRADO. TERMOS USADOS POR ADVOGADO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. ANIMUS DIFFAMANDI. INEXISTÊNCIA. AÇÃO PENAL. TIPICIDADE DO FATO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE INOCÊNCIA DO RÉU. TRANCAMENTO. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. A falta de justa causa para a ação penal deve ser reconhecida quando, de plano, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático-probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a extinção da punibilidade, a ilegitimidade da parte ou a ausência de condição exigida pela lei para o exercício da ação penal (CPP, artigo 43, I, II e III). Para o recebimento da denúncia, é necessário que a exordial acusatória venha instruída de maneira a indicar a plausibilidade da acusação, ou seja, um suporte mínimo de prova e indício de imputação. No tocante ao crime de difamação, restou evidenciada, no caso concreto, a atipicidade do fato ante a falta do elemento subjetivo consubstanciado no propósito de ofender a reputação da vítima. Ademais, a imunidade conferida ao advogado, no exercício do seu mister, compreende a imunidade profissional (Constituição da República, artigo 133; Lei nº 8.906/94, artigo 7º, § 2º) e a imunidade penal judiciária (Código Penal, artigo 142, I). Embora excessiva e censurável a manifestação do advogado em face da conduta do magistrado, se verificada no contexto da discussão da causa e mediante provocação do juiz do feito quanto à sua atuação, impõe-se o reconhecimento da inviolabilidade profissional. Ordem concedida para trancar a ação penal.<sup>254</sup>

A imunidade penal do advogado encontra parâmetros de proteção que se assemelham àqueles que instruem a imunidade parlamentar<sup>255</sup>, na medida em que

---

esteja o advogado defendendo em juízo, o que é razoável e adequado e não viola qualquer princípio constitucional nem a dignidade do Poder Judiciário'. Todavia, conclui o mestre paulista, 'não há imunidade quando a ofensa for gratuita, desvinculada do exercício profissional e impertinente na discussão da causa. Daí resulta que a análise de cada caso é que definirá se as palavras ou atitudes do advogado representam mero abuso, sancionado pela disciplina da OAB, ou se extrapolam o *jus convinciendi* e, portanto, são penalmente puníveis'. No dizer de ALEXANDRE DE MORAES, a imunidade deferida aos advogados é *relativa* porque se sujeita aos limites legais." [Grifo no original]. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 19-20.

<sup>254</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STJ. *Habeas Corpus* nº 41576/RS. Relator: Ministro Paulo Medina. **JusBrasil**. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8924577/habeas-corpus-hc-41576-rs-2005-0018051-1-stj/relatorio-e-voto-14078528?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

<sup>255</sup> "A liberdade de palavras deita raízes no *Bill of Rights*, de 1689, que declarou 'que os discursos pronunciados nos debates do Parlamento não devem ser examinados senão por ele mesmo, e não em outro Tribunal ou sítio algum'. A Constituição dos Estados Unidos da América, em seu

ambos veiculam a voz ativa dos representantes do cidadão. George Resende Rumiatto de Lima Santos identifica a inviolabilidade de opinião dos membros das câmaras já na Constituição Política do Império:

Entre nós, a Constituição Política do Império já positivava, em seu artigo 26, que “os membros de cada uma das câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções”. As Cartas seguintes mantiveram a inviolabilidade, embora a Emenda Constitucional 1/1969 tenha excepcionado os casos de “injúria, difamação ou calúnia”, ou os “previstos na Lei de Segurança Nacional”, reduzindo sensivelmente, com isso, o alcance da imunidade.

A Constituição de 1988, no artigo 53, garante que “os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. A redação foi dada pela Emenda Constitucional 35/2001 pois, no texto original, a ausência de menção expressa à inviolabilidade civil causava controvérsias doutrinárias.<sup>256</sup>

A imunidade material dos parlamentares<sup>257</sup> representa um importante instrumento destinado a viabilizar o exercício independente do mandato representativo. Conforme o art. 53 da Constituição Federal, deputados e senadores são “invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”<sup>258</sup>. O regime jurídico atinente aos parlamentares também prevê, no art. 53, § 2º, a imunidade formal quanto à prisão, e nos §§ 3º, 4º e 5º, a imunidade formal quanto ao processo. No art. 56, § 6º, da Constituição Federal consta a isenção do

---

artigo 1, Seção 6, também a consagra, ao prever que os Senadores e Representantes, fora do recinto das Câmaras, não terão obrigação de responder a interpelações acerca de seus discursos ou debates.” SANTOS, George Resende Rumiatto de Lima. **Imunidade parlamentar material no Congresso tem limites no decoro**. 18 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/george-rumiatto-imunidade-parlamentar-limites-decoro>>.

Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>256</sup> SANTOS, George Resende Rumiatto de Lima. **Imunidade parlamentar material no Congresso tem limites no decoro**. 18 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/george-rumiatto-imunidade-parlamentar-limites-decoro>>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>257</sup> “Como explicam Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle Nunes, a jurisprudência e a doutrina nos Estados Unidos já firmaram que “*a freedom of speech* (imunidade material) refere-se apenas às opiniões e debates realizados dentro do recinto do Parlamento”. Aí já se afigura a finalidade do instituto, que “visa a garantir a independência do Poder Legislativo”, preservando o mandato representativo dos parlamentares da interferência, influência ou pressão dos demais poderes. É por isso que a imunidade alcança os parlamentares apenas quando “estejam exercendo o mandato legislativo (prática *in officio*) ou quando atuarem em razão do mandato (prática *propter officium*)”. STRECK, Lenio L.; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentário ao artigo 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2262-2267.

<sup>258</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

dever de testemunhar<sup>259</sup>. Vê-se, portanto, que as garantias profissionais não se ligam apenas à função postulatória, vinculando-se a outras atividades que encerram o comprometimento com o interesse público e com a cidadania.

Da mesma forma que ocorre com as imunidades penais materiais dos advogados, a imunidade dos parlamentares encontra limites. O excesso de linguagem pode produzir a quebra do decoro parlamentar, ensejando o necessário controle político da respectiva casa legislativa<sup>260</sup>. Nessa hipótese, pode ser punido por suas condutas, mesmo estando resguardado por suas prerrogativas<sup>261</sup>.

O art. 27, § 1º, da Constituição Federal estende aos deputados estaduais as regras sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas. Os parlamentares estaduais são, portanto, titulares das mesmas prerrogativas inerentes aos deputados federais acerca da imunidade material. O art. 32, § 3º, da CF, também prevê a extensão das regras aos deputados distritais. No que concerne aos parlamentares municipais, em razão do art. 29, VIII, da CF, são igualmente titulares de imunidade material por suas opiniões, palavras e votos em razão do exercício da função, nos limites do município a que se encontram funcionalmente vinculados.

<sup>259</sup> “O conjunto normativo especial que excede o direito comum e refere-se ao regime jurídico empregado aos parlamentares, relativamente a suas prerrogativas, proibições e impedimentos, é denominado ‘Estatuto dos Congressistas’. Este compreende as imunidades: regras protetivas à função parlamentar, atribuídas aos membros do Poder Legislativo para que estes possam executar suas atribuições com liberdade, independência frente aos demais Poderes e sem pressões externas. [...]. A consagração de imunidades para os parlamentares é, pois, produto do reconhecimento de que a autonomia do Poder está diretamente relacionada à autonomia que se confere aos seus integrantes: um Parlamento livre requer parlamentares desimpedidos; um Parlamento democraticamente atuante demanda parlamentares que ajam com coragem, sem receio de represálias, processos temerários ou prisões arbitrárias.” MASSOM, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 650.

<sup>260</sup> “Maria Helena Diniz, citada por Kuranaka, entende por decoro parlamentar a ‘decência que devem ter os deputados e senadores, conduzindo-se de modo não abusivo com relação às prerrogativas que lhes foram outorgadas e sem obter quaisquer vantagens indevidas, sob pena de perderem o mandato’.” PASSOS NETO, Francisco Modesto dos. **Imunidade parlamentar x decoro parlamentar**. Quais limites os separam. 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Imunidade-Parlamentar-x-Decoro-Parlamentar-Quais/49388799.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

<sup>261</sup> “Ao discorrer acerca do assunto, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assevera que ‘a imagem do Poder Legislativo depende da conduta e postura dos seus integrantes. Ela é prejudicada, quando estes agem de modo antiético ou escandaloso. Por isso, numa auto defesa, as Casas do Congresso Nacional podem decretar a perda do mandato de seus membros cujo procedimento for incompatível com o decoro’.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 147-148.

Do panorama normativo se depreende que a defesa de ideias, a força da oratória e a oposição de argumentos é tão inerente à função parlamentar quanto à função postulatória. A natureza flagrantemente conflitiva da atividade do advogado não raras vezes o coloca perante situações que o obrigam a desenvolver argumentos à primeira vista ofensivos, adotando condutas insurgentes, pelas quais não pode ser punido.

Além dos parlamentares, os integrantes do Ministério Público são titulares da prerrogativa que lhes permitem gozar da inviolabilidade pelas opiniões que externam, pelo teor de suas manifestações processuais ou pelos procedimentos adotados, nos limites de sua independência funcional (art. 41, V, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993<sup>262</sup>). A magistratura, por meio de sua Lei Orgânica (Lei Complementar nº 35/79, de 14 de março de 1979), ao cuidar das penalidades dirigidas aos magistrados, prescreve, no seu art. 41, que “[...] salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”<sup>263</sup>. Equilibram-se, portanto, as relações entre os componentes essenciais da justiça, permitindo que cada um exerça com liberdade, independência e destemor a valorosa função pública que lhe compete.

Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir destacam que, não raro, a natureza conflitiva da atividade do advogado o obriga a replicar veementemente fatos e até mesmo insurgir-se contra eventuais arbítrios das autoridades. Do atrito entre interesses e versões distintas é que se desprendem as animosidades que, na situação litigiosa, são admitidas em prol da efetividade da justiça:

Num trabalho do começo dos anos 90, o ex-Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, José Roberto Batochio, destacava que “a natureza eminentemente conflitiva da atividade do advogado frequentemente o coloca diante de situações que o obrigam a expender argumentos à primeira vista ofensivos ou, eventualmente, adotar conduta insurgente”. Isso completava o destacado profissional, “menos por uma questão de liberdade de convencimento e mais por um dever

<sup>262</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.625/1993** (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2018.

<sup>263</sup> Id. Palácio do Planalto. **Lei Complementar nº 35/79**, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp35.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2018.

impostergável de expor a verdade, replicar e repudiar fatos, ou não permitir situações de arbítrio”.

Não por acaso, mesmo em julgados anteriores à própria Constituição de 1988, já se decidia: “Na defesa dos interesses particulares, sobreleva necessidade, imperiosa muitas vezes, e inadiável em outras, de se travar o debate com acrimônia, deselegância, tudo na tentativa de mostrar a verdade. Na defesa da causa, o advogado não pode omitir argumento algum, e não são poucas as vezes em que interesses conflitantes exigem ataques mais violentos”.<sup>264</sup>

A importância da cristalização constitucional da inviolabilidade do advogado por atos e manifestações reside no seu poder de irradiar o princípio sobre todo o ordenamento jurídico, inscrevendo na função pública da advocacia a fonte irrevogável de seus direitos. Por esse motivo, a extinção da punibilidade não deve se circunscrever ao ambiente de foro, mas a todas as circunstâncias em que o advogado exerce sua atividade:

A inserção no art. 133 da Constituição Federal de uma proteção adicional aos advogados, representada pela inviolabilidade “por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, pareceu, a alguns, desnecessária na exata medida em que o Código Penal, no art. 142, lhes conferia a assim chamada imunidade judiciária relativamente à injúria e à difamação. No entanto, a incidência dessa imunidade no Código Penal sempre esteve condicionada a que a ofensa fosse: (i) irrogada em juízo; (ii) estivesse vinculada à discussão da causa e (iii) restrita à injúria e difamação. Dessa forma, não alcançara nem a calúnia e, tampouco, os atos praticados fora do foro como, por exemplo, intervenções ou arrazoados expendidos em delegacias de polícia ou outras repartições administrativas. Bem por isso, SERRANO NEVES, nos anos 60, criticava o anteprojeto de Hungria, de 1963, que não contemplava a exclusão de punibilidade para os casos em que o advogado exercia suas funções fora do foro.<sup>265</sup>

Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir bem observam que, apesar da clareza do art. 133 da Constituição Federal, seu alcance perdeu vigor no âmbito jurisprudencial, sobretudo nos primeiros julgados dos tribunais superiores:

A despeito das intenções e da clareza do dispositivo constante no art. 133 da Constituição Federal, que no dizer de CELSO BASTOS acabou por conferir à advocacia “uma dignidade e um peso que não podem ser

<sup>264</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 16.

desprezados”, a interpretação jurisprudencial no início da vigência do dispositivo cuidou de amesquinhá-lo de uma forma tal que foi lido de acordo com as regras do Código de 1940, as quais, numa total inversão de valores, prevaleceram sobre a Constituição, como se esta não tivesse inovado em nada. Houve aqui um misoneísmo no âmbito da jurisprudência como poucas vezes se viu. Assim é que os primeiros julgados do Superior Tribunal de Justiça interpretando a regra em foco foram claros no sentido de que a inviolabilidade do advogado “deve ser aferida nos limites da lei, isto é, na forma regulada pelo art. 142, I, do CP”, plenamente recebido pela Constituição de 1988. Embora não se discuta que a Constituição tenha recebido a regra constante do art. 142, I, do Código Penal, é bem verdade que, em se tratando de infração penal à honra praticada por advogado, com a promulgação da Lei nº 8.906 de 4/7/94 (Estatuto do Advogado) a qual, no seu art. 7º, § 2º, regulou a mesma matéria, esta é que deveria ser a norma invocada e não a do Código Penal.<sup>266</sup>

Para não incorrer em retrocessos, deve-se consolidar a imunidade material do advogado como causa de afastamento da própria tipicidade penal objetiva, desde que a conduta ocorra no cumprimento de seu dever de ofício, restringindo-se à causa sob seu patrocínio. Não estará imune penalmente se não houver o nexo funcional ou se as manifestações supostamente ofensivas se desvincularem do objeto de sua atuação. O fundamento primeiro da imunidade penal é, portanto, de caráter funcional. Muito distante de um privilégio corporativo, compreende a proteção do cidadão, que tem na figura do advogado seu representante; ademais, as garantias profissionais espraiam-se por outras funções eminentemente públicas, a exemplo dos parlamentares, magistrados e membros do Ministério Público.

Sob o prisma da defesa das liberdades democráticas e da ética, o advogado, quando exerce o direito de usar a palavra em toda sua plenitude, assume o dever de afirmar o Estado Democrático de Direito. Estabelecendo um paralelo com o ofício do sacerdócio, o direito à dialética configura verdadeiro apostolado da advocacia, indissociável de sua essência e de sua origem, devendo se manter incólume através do tempo e das mudanças sociais. Para que assim seja, o advogado detém a capa protetora de direitos, que permite o cumprimento de seu ofício. No cotejo entre os direitos fundamentais e os postulados básicos e intransponíveis que os inspiram, Vicente Ráo afirma que os sistemas positivos se norteiam por um ideal supremo de justiça:

---

<sup>266</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 17-18.

O direito, assim concebido, procura aproximar o direito próprio, positivo, de cada povo, em torno dos postulados básicos, intransponíveis, do respeito aos direitos fundamentais do homem, àqueles direitos, isto é, cujo desconhecimento afetaria a própria natureza humana; e procura ademais inspirar e conduzir todos os sistemas positivos de direito em direção a um ideal supremo de Justiça.<sup>267</sup>

Destarte, o direito do advogado à dialética, o direito de discordar e o direito de defender seu constituinte representam um conjunto de apostolados que se orientam pela natureza axiológica da advocacia, imbricada à cidadania e ao espírito democrático. A respeito do raciocínio jurídico aplicado à atividade, Kenneth J. Vandavelde aponta que não há compromisso com verdades fixas, mas com a defesa de argumentos. A lógica e a razão convivem com valores morais e políticos, atinentes à verve pública do ofício:

O processo de raciocínio jurídico trabalha com defesa e previsão, não com verdades fixas. O advogado não é obrigado a explicitar mecanicamente o que o direito é, mas apenas formular uma série de argumentos sobre o que o direito deveria ser quando aplicado a uma situação. Nesse processo, os valores políticos e morais desempenham um papel tão importante quanto a lógica e a razão.<sup>268</sup>

Constituindo mecanismos intrínsecos ao direito de defesa, as prerrogativas da advocacia afiguram-se indispensáveis à consecução da justiça; por isso, são irrenunciáveis e indisponíveis. É por meio do direito de discordar – amparado pela imunidade material – que o advogado atua como interlocutor do Estado Democrático de Direito e do exercício das liberdades públicas.

Tão importante quanto a liberdade de expressão dos veículos de comunicação na construção de uma perspectiva ampla e plural é a liberdade de expressão do advogado na defesa de direitos igualmente plurais; aí reside o aspecto dinâmico que a advocacia assume em meio à complexidade do mundo

<sup>267</sup> RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo Revista dos Tribunais, 1997. p. 42.

<sup>268</sup> VANDELDELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**: uma introdução ao raciocínio jurídico. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 311.

contemporâneo. A imunidade do advogado por suas manifestações se estende a todas as situações em que persiste o nexo funcional; no entanto, assim como a liberdade de expressão, também não é absoluta:

- Entrevistas abusivas aos meios de comunicação não estão protegidas pela inviolabilidade do advogado (STJ, RHC 4804/RS, rel. Min. Anselmo Santiago, 6ª Turma, v. u., DJ 1, de 23-901996).
- O art. 142 do Código Penal, quando diz que a ofensa irrogada em juízo não constitui injúria ou difamação punível, no âmbito da discussão da causa, pela parte e por seu procurador – excluídos, portanto, os comportamentos caracterizadores da calúnia –, estendeu, notadamente ao advogado, a tutela da imunidade judiciária, desde que, como ressalta a jurisprudência dos tribunais, as imputações contumeliosas tenham relação de pertinência com o *thema decidendum* e não se refiram ao próprio juiz do processo (STF, RTJ, 146:558).
- Rememore-se que o Supremo Tribunal Federal suspendeu, liminarmente, a eficácia da expressão ou desacato do art. 7º, § 2º, da lei n. 8.906/94 (Estatuto da OAB), que alargava a abrangência da imunidade material dos advogados (STF, ADIn 1.297-8, rel. Min. Paulo Brossard).
- Vide notas no art. 5º, § 1º (interpretação conforme à Constituição).
- Por maioria absoluta de votos, o Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em sessão plenária, declarou, com base no art. 97, da Constituição, a inconstitucionalidade incidental do art. 7º, § 2º, da lei n. 8.906/94, pela ausência de caráter absoluto da imunidade do advogado (TACrim, Pleno, Arg. Incont. 263.090/4, São Miguel Arcanjo, rel. Juiz Silvério Ribeiro, decisão: 6-3-1996).
- O Superior Tribunal de Justiça decidiu que não há que se falar em imunidade ou inviolabilidade do advogado quando a ofensa for gratuita, desligada ao exercício profissional, não guardando pertinência com a discussão da causa (RTJ, 92:1118, 121:157 e 126:628; RT, 610:426 e 624:378).<sup>269</sup>

O exercício da prerrogativa de inviolabilidade por atos e manifestações não abrange o desrespeito aos atores do processo, nem exime completamente o profissional da responsabilidade por suas declarações. Há, contudo, uma combatividade inerente à função postulatória, que, remontando à arte grega da retórica, utiliza-se da incisão e da viveza dos argumentos para construir suas teses.

Transformar o debate jurídico numa anêmica reprodução da lei significa retornar a uma concepção ultrapassada e impotente do próprio direito, crendo que a justiça se faz meramente pela subsunção mecânica do caso concreto à previsão

<sup>269</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1222.

legal. Implica, também, o desarmamento de um dos pilares essenciais ao contraditório, impedindo que o advogado aporte confiantemente ao caso argumentos que rompam as versões mais fortes – mas nem sempre verdadeiras – do senso comum, da mídia e da parte mais poderosa da lide. Silenciar o advogado significa sufocar a voz capaz de argumentar com ciência contra os preconceitos que o tempo e as sociedades encerram em seu espírito – preconceitos dos quais não estão livres nenhum dos sujeitos do processo.

A Ordem dos Advogados do Brasil assume mais amplamente o papel fiscalizador do Poder Público, colocando-se em defesa da Constituição, da ordem jurídica, da democracia, dos direitos humanos e do aperfeiçoamento das instituições e da cultura jurídica. Por essa razão, o art. 44 do Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/94), ao dispor sobre as finalidades da entidade, nada mais faz do que reverberar os compromissos de toda a classe, reiterando a ausência de vínculos funcionais ou hierárquicos com os órgãos da Administração Pública. O enfraquecimento das prerrogativas do advogado nada mais é do que um modo oblíquo de impor essa ingerência repudiada pelo Estatuto da Advocacia. Assim, para Carlos Ayres Britto, existe uma equivalência entre a função da Ordem dos Advogados do Brasil e da imprensa, na medida em que ambas, à sua forma, comprometem-se a representar as vozes da sociedade civil:

A OAB desempenha um papel de representação da sociedade civil, histórica e culturalmente, que pode se assemelhar àquele papel típico da imprensa. É bom que a Ordem dos Advogados Brasil permaneça absolutamente desatrelada do Poder Público. Longe de ser fiscalizada pelo Poder Público, ela deve fiscalizar com toda autonomia, com toda independência, o Poder Público, tal como faz a imprensa.<sup>270</sup>

José Afonso da Silva preleciona que “[...] a advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e uma árdua fadiga posta a serviço da Justiça”<sup>271</sup>. Com efeito, o advogado não pode resguardar a liberdade jurídica do cidadão se ele próprio não estiver resguardado por meio de suas prerrogativas contra violações de

<sup>270</sup> DOMINGUES, Alexandre de Sá. **Qual o papel da OAB na gestão pública?** Disponível em: <<http://oabguarulhos.org.br/qual-o-papel-da-oab-na-gestao-publica/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

<sup>271</sup> SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 612.

sua liberdade jurídica de atuação. Reafirmar esse conjunto de direitos e garantias – dentre as quais a inviolabilidade e a imunidade material constituem os fundamentos – significa imunizar a própria estrutura democrática contra o silenciamento do direito e o arbítrio dos poderes, munindo-a de meios para atingir a efetividade dos direitos fundamentais. No âmbito da justiça, o advogado é o representante do cidadão; zelar por sua liberdade de manifestação significa, portanto, proteger princípios constitucionais inafastáveis.

É no art. 133 da Constituição Federal que se encontra a essência dos direitos e garantias do advogado, com a inviolabilidade profissional resguardando sua imprescindível função junto à sociedade. A dicção lacunar do dispositivo constitucional, contudo, o deixa perigosamente vulnerável às instabilidades políticas e às interpretações jurídico-administrativas que, à margem do espírito democrático, tentam exaurir e relativizar a proteção que a Carta Magna pretendeu assegurar à advocacia.

A histórica atuação da classe no sentido de recompor e conservar a democracia e os direitos fundamentais do cidadão foi objeto de um estudo detido ao longo deste trabalho; em contrapartida, o tempo registrou investidas contra a voz ativa dos advogados e a independência da OAB. Na prática judiciária, nas decisões administrativas, no processo legiferante, no discurso político, na mídia e na persecução criminal, ocorrem diferentes graus de violações aos direitos e prerrogativas da advocacia, de modo que a independência e o destemor da atividade são constantemente colocados sob ameaça. Por essas razões, o capítulo seguinte examinará a possibilidade de incluir, por emenda constitucional, um parágrafo único no art. 133, dando-lhe maior concretude, clareza e transparência, assegurando que o direito de manifestação do advogado sobreviva às volubilidades do tempo e dos processos sociopolíticos.

### **3 A POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

#### **3.1 PODER CONSTITUINTE E CONSTITUIÇÃO**

Os capítulos anteriores sustentaram a importância da advocacia para a conservação das instituições democráticas e para o resguardo dos direitos fundamentais. Recontando o percurso evolutivo da profissão no Brasil, demonstrou-se que a classe adquiriu uma relevante função social, passando a representar a voz ativa da cidadania. Assumiu, assim, o irrenunciável dever de insurgir-se contra eventuais arbítrios dos poderes de Estado e de combater os regimes autoritários que ameaçam a ordem constitucional.

Considerando que a advocacia desempenha papel fundamental dentro do Estado Democrático de Direito, o art. 133 da Constituição Federal, ao dispor genericamente sobre as garantias e os direitos do advogado, apresenta uma redação perigosamente lacunar. É inegável que o histórico desempenho da profissão a colocou em evidência; conscientes dos eventos do passado, os regimes de autoridade que nascem nos momentos críticos do país buscam atacar justamente a voz combativa daqueles que defendem os direitos fundamentais e as liberdades públicas. Algumas investidas dessa natureza já foram registradas contra a classe e seus membros, conforme pontuado no capítulo anterior. Por essa razão, a concretude do art. 133 da Lei Maior brasileira é fundamental para blindar a advocacia contra futuras tentativas de intimidação, garantindo, mesmo em cenários de instabilidade, a livre atuação dos profissionais encarregados de promover a defesa dos cidadãos e zelar pela ordem democrática.

Com o objetivo de oferecer operacionalidade às constatações e proposições teóricas até aqui desenvolvidas, este terceiro capítulo analisará as possibilidades concretas de alteração da Constituição Federal de 1988, sobretudo no que tange à redação de seu art. 133. Por fim, o último tópico veiculará uma proposta de emenda constitucional para o aperfeiçoamento do referido dispositivo, de modo a conferir-lhe clareza e projetar sua eficácia para as adversidades de um futuro cada vez mais incerto.

A própria durabilidade da Constituição depende do aperfeiçoamento de seu texto; dessa forma, faz-se necessário compreender seus complexos mecanismos de concepção e modificação. O exame da doutrina que explica os aspectos essenciais que formam e regeneram a Lei Fundamental de uma Nação permitirá perceber em que medida as normas constitucionais se deixam transformar pela realidade e pelas forças sociais. Realocando a legitimidade do poder constituinte no povo, será possível atar as duas pontas do ciclo teórico aqui empreendido, concluindo que o fortalecimento constitucional da livre advocacia conduz à preservação da ordem jurídica no interesse da coletividade.

### **3.1.1 Distinções entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado**

A distinção entre o poder constituinte e o poder constituído não é uma novidade criada pelo constitucionalismo contemporâneo. A historiografia demonstra que a teoria surgiu na obra do abade Emmanuel Joseph Sieyès (1748 – 1836), político, escritor e eclesiástico francês que participou ativamente dos debates da Assembleia Nacional de 1789. Em seu livro intitulado *A Constituinte Burguesa*, Sieyès identificou na força real do povo o repositório da liberdade pública. Sustentando que a sociedade burguesa se encaminhava para o império da razão, defendeu a imposição de limites a todas as classes através do contrato social. Suas considerações mostram-se atualíssimas, em pleno acordo com os valores constitucionais hoje reconhecidos como fundamento da ordem jurídica:

Não dá para ignorar que a garantia da liberdade pública encontra-se na força real. Só podemos ser livres com o povo e por ele. Se uma consideração desta importância está acima da frivolidade e do estreito egoísmo da maioria das cabeças francesas, pelo menos não poderão deixar de se surpreender com as mudanças verificadas na opinião pública. O império da razão se estende cada dia mais; exige, cada vez mais, a restituição dos direitos usurpados. Mais cedo ou mais tarde, vai ser preciso que todas as classes se contenham nos limites do contrato social.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 66.

Mais adiante em sua obra, o abade Emmanuel Sieyès reafirma a doutrina da soberania popular como instrumento legitimador da instituição do Estado de Direito, estabelecendo regras prévias para a convivência em sociedade por meio de uma Constituição escrita pelos representantes da Nação livre. Suas ideias encontram-se na base das hodiernas teorias do direito constitucional:

Em toda nação livre — e toda nação deve ser livre — só há uma forma de acabar com as diferenças, que se produzem com respeito à Constituição. Não é aos notáveis que se deve recorrer, é à própria nação. Se precisamos de Constituição, devemos fazê-la. Só a nação tem direito de fazê-la.<sup>273</sup>

Manoel Gonçalves Ferreira Filho observa que a autoridade e a superioridade da Constituição decorrem da preexistência do poder constituinte que a elabora, cujo titular é a própria Nação. Foi na obra de Emmanuel Sieyès que essas concepções ganharam contornos nítidos, influenciando sobre os desdobramentos da Revolução Francesa e perdurando até o atual estágio de evolução do direito constitucional:

A distinção entre o Poder Constituinte e poder constituído aparece solidamente pela primeira vez na obra de Sieyès. O Poder Constituinte estabelece a Constituição; estabelecendo-a, cria poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Esses poderes são, pois, constituídos por um Poder Constituinte, que é distinto daqueles, anterior a eles e fonte da autoridade deles. Na verdade, a ideia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico da ideia de Constituição; é a justificativa da superioridade da Constituição, que, derivando do Poder Constituinte não pode ser modificada pelos poderes constituídos, porque estes são obra daquele, por intermédio da própria Constituição. O titular desse Poder Constituinte, segundo Sieyès, é a nação.<sup>274</sup>

Ao distinguir o poder constituinte dos poderes constituídos que dele derivam, o abade Emmanuel Sieyès enfatiza que todo Estado deve ter uma Carta Magna elaborada por um poder político descontaminado de quaisquer poderes anteriores a ele. Em suma, a decisão originária que institui a Lei Fundamental de uma Nação se sustenta tão somente no poder soberano do povo.

---

<sup>273</sup> SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 74.

<sup>274</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

A Constituição que resulta do trabalho do poder constituinte originário ordena e constitui os poderes de Estado; conseqüentemente, coloca-se em posição hierárquica superior a eles. Baseado nas teorias racionalistas do contrato social, Sieyès desvinculou a força originária que institui a Carta Magna da tradição e da ordem jurídica preexistente, realocando a legitimação do novo documento fundamental no poder político capaz de veicular o espírito da nação. O constitucionalista Gilmar Mendes analisa com propriedade a obra de Sieyès, qualificando o Estado como expressão da unidade política de um povo:

Sieyès enfatiza que a Constituição é produto do poder constituinte originário, que gera e organiza os poderes do Estado (os poderes constituídos), sendo, até por isso, superior a eles. Sieyès se propunha a superar o modo de legitimação do poder que vigia, baseado na tradição, pelo poder político de uma decisão originária, não vinculado ao direito preexistente, mas à nação, como força que cria a ordem primeira da sociedade. Distancia-se, assim, da legitimação dinástica do poder, assentada na vinculação de uma família ao Estado, pela noção de Estado como “a unidade política do povo”.<sup>275</sup>

A doutrina de Emmanuel Joseph Sieyès leva à conclusão de que a soberania é essencialmente o poder constituinte do povo. Os poderes criados pela Constituição podem ser múltiplos ou divididos; todos, no entanto, resultam necessariamente da vontade geral, da voz coletiva que substancia os desejos da Nação. Dessa forma, o texto constitucional assimila os valores morais, éticos e culturais que configuram a realidade social de determinada época e localidade.

Em relação ao poder constituinte, ele não se aniquila após a promulgação da Carta Magna; é permanente, inexaurível e inerente à sociedade política, sobrevivendo em um constante estado de latência, no aguardo do momento em que seu titular queira outra vez exercê-lo. Reitere-se: o poder do povo jamais se esgota com a elaboração da Lei Maior. Nesse sentido, Paulo Bonavides<sup>276</sup> afirma que o poder constituinte primário é poder político, assentado no fato e não no direito; impossível analisá-lo em termos jurídicos formais, porquanto sua existência e ação independem de configuração jurídica prévia, amoldando-se por vetores

---

<sup>275</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 103.

<sup>276</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 150-151.

extrajurídicos. No que tange à distinção entre o poder constituinte originário e o poder constituinte constituído ou derivado, sintetiza Paulo Bonavides:

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico.

O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder principalmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade geral soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais da ordem estabelecida.<sup>277</sup>

O poder constituinte originário é, portanto, livre, insubordinado a qualquer ordem jurídica, justamente pelo fato de ser antecedente a ela. Caracteriza-se como extrajurídico e se alimenta de vetores essencialmente políticos. O poder constituinte derivado, por sua vez, encontra limites na própria força que o instituiu, esbarrando em suas fronteiras tácitas e expressas. Em sua qualidade de poder eminentemente jurídico, articula o sistema representativo com a expressão tópica da vontade coletiva soberana. Em sua competência para modificar a ordem assente, subdivide-se em poder derivado reformador, revisor e decorrente.

Assim, enquanto o poder constituinte originário extrai sua força e sua autoridade dos vetores político-sociais determinantes na época em que se elabora a nova Constituição – consistindo em um poder de fato juridicamente ilimitado, que rompe com a ordem jurídica anterior –, o poder constituinte derivado submete-se a desenho constitucional já configurado. Limita-se, portanto, a renová-lo e conformá-lo ao cenário político e social dos novos tempos, preservando a atualidade da ordem jurídica em vigor. Possui seu fundamento de validade num documento jurídico preexistente: a própria Carta Magna que pretende modificar. Nesse sentido, as normas produzidas pelo poder reformador têm sua validade e eficácia sujeitas à concordância com o restante da ordem constitucional, assegurando, em consequência, sua homogeneidade. As emendas constitucionais encontram limites intransponíveis nas cláusulas pétreas, cujo núcleo de direitos não pode ser exaurido ou transformado:

---

<sup>277</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 146.

A eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte (redundantemente chamado de “originário”) não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, porque provém do exercício de um poder de fato ou suprapositivo. Já as normas produzidas pelo poder reformador, essas têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam da ordem constitucional. Daí a necessária obediência das emendas constitucionais às chamadas cláusulas pétreas.<sup>278</sup>

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, afirma que “[...] todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente”<sup>279</sup>. Depreende-se que o titular do poder constituinte é, irrefutavelmente, o povo, mesmo não lhe cabendo exercê-lo diretamente; trata-se de titularidade passiva, onde representantes eleitos manifestam o poder soberano em nome da coletividade, insculpindo os fundamentos do Estado e, em momento posterior, editando e reformando a Carta Magna promulgada.

Salienta José Celso de Mello Filho que as Assembleias Constituintes não titularizam o poder constituinte, sendo “[...] apenas órgãos aos quais se atribui, por delegação popular, o exercício dessa magna prerrogativa”<sup>280</sup>. Paulo Bonavides anota que o único legítimo para instituir um Estado de Direito é o poder constituinte de raízes democráticas e emancipatórias, concebido pela história das revoluções liberais, que bebe sua legitimidade da vontade soberana dos governados:

Outros poderes constituintes poderão existir, têm existido, nosso País mesmo já os conheceu em manifestações que não enaltecem o passado das instituições. Nunca porém lograrão eles fazer Constituições capazes de exprimir a vontade legítima do povo ou conter a verdadeira dimensão da soberania nacional.<sup>281</sup>

O povo detém a titularidade do poder constituinte primário e, por conseguinte, as alterações operadas pelo poder de reforma devem se manter dentro dos parâmetros instituídos pela Carta Magna. Embora essas considerações pareçam

<sup>278</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC**. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 19/05/2011. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em: 11 set. 2018.

<sup>279</sup> Id. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

<sup>280</sup> MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1985.

<sup>281</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 169.

carregar, à primeira vista, uma carga puramente teórica, extraem-se delas conclusões de extrema importância.

Se o poder constituinte derivado extrai seu fundamento de validade da Constituição, parece inconcebível que se utilize o poder de reforma para exaurir os direitos e garantias daquele que é, em última instância, o titular do poder constituinte: o povo. De outra parte, os institutos assecuratórios da soberania popular devem se manter incólumes, sendo legítimo que os mecanismos reformadores lhes confirmem a máxima efetividade, operacionalidade e proteção.

O próximo tópico se debruçará sobre a árdua tarefa de elucidar os principais vetores dinâmicos que agem sobre o processo de formação, consolidação e sobrevivência das leis constitucionais. Considerando que o documento jurídico fundamental interage com a realidade sobre o qual se coloca, faz-se imperioso compreender em que medida é capaz de regê-la e em que grau se deixa determinar pelas forças sociopolíticas. Assim, será possível avaliar lucidamente a conveniência e a efetividade dos mecanismos evolutivos formais e informais que procuram ajustar a Constituição aos valores sociais emergentes.

### **3.1.2 O artigo 133 visto sob o prisma da força normativa da Constituição e das condicionantes da realidade brasileira**

Neste tópico, será proposta uma abordagem das possibilidades de mudança do art. 133 da Constituição Federal de 1988 a partir da teoria da força normativa da Constituição, formulada pelo jurista Konrad Hesse. Antes de adentrar na questão específica do tratamento constitucional conferido à advocacia brasileira, será examinada a interação dinâmica entre o desenho normativo engendrado pela Constituição jurídica e a pluralidade das relações fáticas que compõem a chamada Constituição real.

Enquanto norma suprema do ordenamento de determinado Estado, a Constituição extrai seu prestígio jurídico da complexa “urdidura de fatos e ideias, em

permanente e intensa interação recíproca”<sup>282</sup>. O jurista Konrad Hesse<sup>283</sup> (1919 – 2005) inaugura sua célebre obra *A Força Normativa da Constituição* expondo a tese de Ferdinand Lassalle (1825 – 1864), para o qual os temas constitucionais representam questões eminentemente políticas, e não jurídicas, porquanto traduzem as relações de poder que existem dentro do Estado.

Entre as forças destacadas por Ferdinand Lassalle, encontram-se o poder militar, o poder social, o poder econômico e o poder intelectual, sendo o último qualificado como a consciência e a cultura. A interação desses fatores reais de poder constituiria a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, formando a Constituição real do país. Assim, o documento que veicula a Constituição jurídica seria meramente um pedaço de papel, cuja capacidade de regular depende de sua efetiva compatibilidade com a Constituição real. Havendo conflito, é o papel que cede aos fatores dominantes da realidade. Na concepção de Ferdinand Lassalle, o poder da força afigura-se sempre superior à força das normas jurídicas, submetendo a normatividade à realidade fática<sup>284</sup>.

Konrad Hesse<sup>285</sup> observa com apuro que a tese do efeito determinante da Constituição real implica a negação da Constituição jurídica, reduzindo o direito constitucional à indigna função de justificar as relações de poder dominantes. Assim, indaga se não haveria também uma força determinante do direito constitucional, partindo dessa questão para elaborar sua tese.

Como estratégia para enfrentar o problema, Konrad Hesse<sup>286</sup> aponta a necessidade de perceber o condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade, compreendendo-as em suas inter-relações. O positivismo jurídico e o positivismo sociológico, ao analisarem os dois elementos como partes isoladas, perderam a perspectiva da totalidade, colocando ênfase em algum dos polos. O equilíbrio entre os dois extremos – o domínio absoluto das relações fáticas e a

---

<sup>282</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 59.

<sup>283</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 9-10.

<sup>284</sup> LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 10-23.

<sup>285</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 9-10., p. 12.

<sup>286</sup> *Ibid.*

normatividade isenta dos fatores reais – constitui a via mais consistente para compreender a interdependência existente entre eles.

A pretensão de eficácia da norma constitucional só será realizada se considerar as condições históricas, naturais, técnicas, econômicas e sociais, bem como o substrato axiológico e cultural de determinado povo. De outra parte, não se trata de mero reflexo das forças políticas e sociais como são. A Constituição também opera como um determinante do espectro fático – um dever-ser que se impõe como moldura condicionante da realidade. Destarte, a Constituição real e a Constituição jurídica colocam-se em uma relação de coordenação<sup>287</sup>.

Konrad Hesse<sup>288</sup> salienta que apenas a Constituição capaz de absorver e dialogar com as circunstâncias históricas concretas por meio da racionalidade e da ordenação jurídica pode se realizar concretamente e se desenvolver ao longo do tempo. A disciplina normativa deve extrair sua força vital das leis culturais, sociais, políticas e econômicas, buscando dirigir o futuro com base na configuração do presente. Para que projete sua força ativa, contudo, deve encontrar, no seu âmbito de vigência, não apenas a vontade de poder, mas a vontade de Constituição, que depende do valor conferido a uma ordem jurídica incorruptível, capaz de resguardar o Estado contra o arbítrio.

A concretização da força normativa é proporcional ao grau de correspondência do conteúdo da lei com a natureza singular do presente. A assimilação daquilo que Konrad Hesse chama de “estado espiritual” de seu tempo assegura a adesão e o apoio da consciência geral<sup>289</sup>.

Embora a estabilidade da Lei Maior seja essencial à sua eficácia e à manutenção de sua força normativa, Konrad Hesse destaca a necessidade de haver alguma margem para que a Constituição se adapte às mudanças verificadas nas condicionantes da realidade. Respeitados os limites da norma, a interpretação construtiva possibilita a adequação da proposição jurídica às modificações fáticas. Caso a urgência de mudança implique a ruptura do sentido normativo, a reforma do

---

<sup>287</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15-19.

<sup>288</sup> *Ibid.*, p. 15-19.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 20.

texto é inevitável. Ademais, o desenvolvimento desse processo adaptativo resulta da práxis e da aderência de todos os partícipes da vida constitucional<sup>290</sup>.

Transpor as lições aqui aportadas para o começo do século XXI contribui para pensar as estratégias de sobrevivência e efetividade da ordem constitucional no epicentro de um período marcado por crises, instabilidades, incertezas e rupturas. Como aponta Konrad Hesse<sup>291</sup>, a prova de força da Constituição não ocorre em tempos tranquilos e felizes, mas nas situações de emergência e necessidade.

A segurança da ordem constitucional – vista como sua capacidade de permanência, atravessando as zonas de conflito sem perder suas bases – enfrenta os vetores de desintegração que caracterizam os tempos emergentes, cujas bases ameaçam se estilhaçar sob forças dissociativas tão plurívocas quanto difíceis de rastrear. Essas forças, entretanto, não se propõem a erigir quaisquer estruturas coesas ou organizadas no lugar daquelas que se encarregam de desmontar. Nesse sentido, pode-se dizer que a própria ideia de um corpo unificado de normas superiores encontra a resistência de um sistema avesso à solidez: vive-se um período particularmente desafiador para o direito constitucional.

Em *Modernidade Líquida*, o sociólogo e filósofo Zygmunt Bauman<sup>292</sup> (1925 – 2017) sugere uma instigante metáfora para o fenômeno que caracteriza a modernidade. Refere-se ao “derretimento dos sólidos” para explicar o processo de dissolução das forças ordenadoras. Na medida em que se liquefazem, as substâncias tornam-se fluidas e, portanto, profundamente dependentes do tempo:

O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro.<sup>293</sup>

---

<sup>290</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 21-23.

<sup>291</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>292</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 7.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 12.

Os conflitos que decorrem das profundas mudanças tópicas e epistemológicas da sociedade contemporânea impõem a necessidade de adequação dos institutos jurídicos, sob pena de se tornarem impotentes e anacrônicos diante da dinâmica da realidade emergente. Nesse processo instável e vertiginoso, os direitos fundamentais e os preceitos democráticos encontram-se sob ameaça, cabendo à racionalidade constitucional impedir que sejam enfraquecidos e debilitados a serviço de exigências e interesses momentâneos.

Os direitos de cidadania – que dependem do funcionamento escorreito das instituições democráticas – e os direitos de defesa – asseguradas pelo respeito às garantias do advogado – sofrem constantes investidas e questionamentos. O longo histórico de luta e maturação que existe na base desses direitos corre o risco de ser desterrado em um momento crítico, trazendo consequências imensuráveis para o Estado Democrático de Direito.

A hipótese de alteração do art. 133 da Constituição Federal pretende solidificar o elemento normativo, com o intuito de que exerça influência determinante sobre a realidade sociopolítica. Trata-se de verdadeira estratégia constitucional tendente a impedir que o sentido normativo do dispositivo seja drenado pelo arbítrio ou exaurido por violações difusas que não constituem a vontade do povo – o verdadeiro titular do poder de Constituição.

De outra parte, a participação da advocacia nos processos democratizantes recentes, bem como sua aptidão para transmitir racionalmente a complexidade de demandas e peculiaridades de um direito que gradativamente se abre às diferenças individuais, precisa ser reconhecida e assimilada pela ordem constitucional. Reforçando-se a norma superior com o amplo respaldo das circunstâncias históricas, políticas e sociais da realidade brasileira, projeta-se ao futuro uma direção mais sólida, promovendo a sobrevivência hígida dos preceitos fundamentais.

As violações e investidas às garantias de defesa do cidadão são, muitas vezes, veiculadas por medidas unilaterais, desvinculadas de qualquer correspondência com o espírito coletivo, conforme examinado nos capítulos anteriores. A Portaria Administrativa nº 4, de 28 de junho de 2016, que obstou o acesso dos advogados aos presos acusados de atos vinculados ao terrorismo, partiu de manifestação de vontade unilateral da Administração Pública, que, ao transgredir

os limites constitucionais e legais, violou, em última instância, a própria soberania popular. De igual forma, as quebras indevidas do sigilo profissional e os desvirtuamentos da igualdade entre os atores do processo representam atos arbitrários de autoridades públicas. Vê-se, portanto, que não existe sequer clamor ou aderência social legítima a amparar as investidas contra os direitos de defesa e as prerrogativas do advogado. São os desmandos pontuais que desnaturam a vontade da Constituição.

A livre advocacia, ao expressar a voz ativa dos cidadãos, também se mostra essencial para que os vetores da realidade sejam levados às instâncias judiciárias, cujo funcionamento hermético acarretaria a nefasta ruptura com as condicionantes sociais e culturais do povo. Embora se recomende moderação nas reformas ao texto da Lei Maior, o fortalecimento do art. 133 da Constituição Federal brasileira atenderia à ampla experiência da história democrática do país, consolidando direitos irrevogáveis e garantindo a estabilidade dos preceitos fundamentais da ordem constitucional.

### 3.2 ALTERAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: POSSIBILIDADES E PROCEDIMENTOS

Determinada a necessidade de alterar o art. 133 da Carta Magna, é preciso compreender os mecanismos formais e informais que possibilitam a interferência no conteúdo do texto constitucional. O estudo dos processos de alteração tem como finalidade eleger a via mais eficaz para promover as mudanças propostas ao longo deste trabalho.

Antes de examinar as hipóteses de reforma e mutação constitucional, cabe conhecer as particularidades do documento sobre o qual incidem. A elaboração da Constituição Federal de 1988 repercute os projetos do poder constituinte originário, delineando seu norte principiológico. Ademais, as potencialidades e os limites do poder constituinte derivado distribuem-se pelos dispositivos da Lei Maior, cuja modificação legítima passa, necessariamente, pelo domínio dos meios de atualização constitucional e pela leitura apurada da realidade sociopolítica, sendo essa inter-relação o tema do tópico subsequente.

### 3.2.1 Características e classificações da Constituição Federal de 1988

A gênese da Constituição Federal de 1988 remonta ao processo de solidificação e transição do regime ditatorial – que durou 21 anos, estendendo-se de 1964 a 1985 – ao regime democrático, onde o povo, por voto direto, passou a eleger o Presidente da República. Em 21 de abril de 1993, foi realizado um plebiscito para determinar a forma e o sistema de governo do país, resultando na manutenção da república constitucional e do sistema presidencialista de governo.

A Carta Magna de 1988 assegura o Estado Democrático de Direito, garantindo os valores de uma sociedade fraterna e pluralista, fundada na harmonia social, comprometida com o amplo exercício dos direitos sociais e individuais e livre de preconceitos. Ademais, baliza e determina o papel de cada um dos três Poderes, protegendo o cidadão contra eventuais abusos e primando pelo equilíbrio, pela independência e pela harmonia das funções do Estado, consoante se depreende de seu art. 2º: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”<sup>294</sup>.

Esse dispositivo configura o sistema de freios e contrapesos, impondo o equilíbrio e a medida dos poderes através de mecanismos recíprocos de fiscalização e influência entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Dessa forma, contêm-se os excessos dos órgãos, obstando a sobrelevação de instâncias hegemônicas de força e autoridade e repelindo a dominação institucional<sup>295</sup>. Ao garantir a hígidez do desenho democrático, a Carta Política preserva as liberdades do cidadão, imunizando-as contra os arbítrios e os desmandos de natureza totalitária que marcaram o passado ditatorial. A interpenetração dos poderes estabelece, portanto, limites funcionais para a condução escoreta e estável da vida pública. Discorrendo sobre a teoria da separação dos poderes, merece transcrição o excerto da ementa do MS 23.452, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

<sup>294</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>295</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/05/2000. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória.<sup>296</sup>

Além de regular o funcionamento do Estado, equalizando e distribuindo a medida de seus poderes, a Constituição Federal de 1988 prima pelos direitos fundamentais de cada cidadão, considerando as diferentes opiniões, interesses e aspirações do povo brasileiro, reconhecido por sua índole plural. Concebida no processo de redemocratização, foi batizada como “Constituição Cidadã”, sendo a mais extensa e prolixa da história do país. No que tange aos direitos e garantias fundamentais, trouxe avanços notáveis para os espectros dos direitos individuais e sociais das mulheres, dos direitos dos povos indígenas e da proteção do meio ambiente. Em seus esforços de conceber a substância constitucional dos direitos sociais, a Carta Política de 1988 ganhou reconhecimento internacional, consagrando-se como uma das mais avançadas do mundo. Assim, além de delimitar os poderes do Estado, evitando arbítrios, delimita e protege ativamente uma extensa gama de direitos fundamentais<sup>297</sup>.

O conceito de Constituição pode ser apreendido sob dois sentidos. O sentido material compreende os dispositivos que encerram as garantias e direitos fundamentais, além das normas estruturantes do Estado. Sob o sentido formal, o critério recai sobre o processo formativo: qualquer regra inscrita no documento

---

<sup>296</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/05/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

<sup>297</sup> Nesse sentido, destacam-se as observações do jurista italiano Luigi Ferrajoli, estudioso do Direito Constitucional e teórico do garantismo penal. De acordo com palestra feita pelo eminente jurista, a Constituição Brasileira “deu um passo adiante ao criar garantias de efetivação” dos direitos sociais. CANÁRIO, Pedro. **Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

da Carta Magna terá, portanto, natureza constitucional. Tendo em vista essas distinções, classifica-se a Constituição Federal de 1988 como formal, de modo que mesmo as normas que não possuem conteúdo materialmente constitucional são consideradas normas constitucionais.

As normas constitucionais que se destinam a disciplinar os poderes do Estado fixam e distribuem competências, além de limitar a ação dos órgãos públicos para que não interfiram na esfera reservada à autodeterminação dos seres humanos e dos grupos sociais. Destarte, limitando o arbítrio, asseguram aos cidadãos um núcleo de direitos intangíveis perante o poder público, impondo balizas democráticas. Nesse sentido, merece transcrição o entendimento de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco acerca da Constituição Federal, em sua acepção primordialmente material:

A Constituição será, assim, o conjunto de normas que instituem e fixam as competências dos principais órgãos do Estado, estabelecendo como serão dirigidos e por quem, além de disciplinar as interações e controles recíprocos entre tais órgãos. Compõem a Constituição também, sob esse ponto de vista, as normas que limitam a ação dos órgãos estatais, em benefício da preservação da esfera de autodeterminação dos indivíduos e grupos que se encontram sob a regência desse Estatuto Político. Essas normas garantem às pessoas uma posição fundamental ante o poder público (direitos fundamentais).<sup>298</sup>

O perfil constitucional de 1988 confere ao Estado um papel mais ativo na consecução dos fins democráticos, criando mecanismos de concretização das normas redefinidoras de uma sociedade plural, cujos interesses diversos merecem reconhecimento, proteção e respeito. O atual desenho da Carta Política está em compasso com o movimento do neoconstitucionalismo, que, colocando a Lei Maior no epicentro do ordenamento jurídico, busca atribuir-lhe força normativa real, capaz de incidir concretamente sobre a realidade. Para Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o Estado assumiu o projeto de integração nacional:

---

<sup>298</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

[...] o Estado passou a assumir um papel ativo de redefinição social, com vistas a prosseguir o ideal de integração nacional que também lhe compete. O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica.<sup>299</sup>

Dentre as principais características da Constituição Federal de 1988, ressalta-se sua estrutura rígida – ou seja, não é facilmente modificada. Para que se efetuem mudanças em seu texto, impõe-se uma série de condições. É justamente a medida da rigidez que distingue o poder constituinte dos poderes constituídos, colocando a Lei Maior em condição hierárquica superior em relação às demais normas jurídicas. Dessa forma, todos os atos normativos têm seu fundamento de validade na Constituição Federal, como aponta o trecho da obra de Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco:

A rigidez distingue o poder constituinte dos poderes constituídos e positiva uma hierarquia entre as normas jurídicas, em que a Constituição aparece como o conjunto de normas matrizes do ordenamento jurídico, em posição de prevalência sobre todos os atos normativos que hão de nela encontrar fundamento último.<sup>300</sup>

Ainda conforme os autores supracitados, a Constituição Federal brasileira de 1988 “[...] é do tipo rígido, e a sua rigidez se eleva à condição de princípio constitucional, parâmetro para a solução de problemas práticos”<sup>301</sup>. A superioridade da Lei Maior impede que o legislador ordinário modifique seu conteúdo, dispondo em sentido contrário ao que foi estabelecido pelo constituinte.

Apesar da importância da rigidez constitucional para a manutenção da ordem democrática e dos princípios basilares do Estado, persiste a necessidade de reconhecer e valorizar a correlação entre a Carta Magna e a sociedade que visa regular. Com efeito, um texto completamente estanque seria inviável, uma vez que os costumes sociais passam por constantes mudanças com a sucessão das

---

<sup>299</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>301</sup> *Ibid.*, p. 96.

gerações. O elemento de adaptabilidade da Constituição Federal à realidade de cada período é essencial para sua própria sobrevivência e durabilidade em face dos novos contextos e desafios que surgem com a passagem do tempo. Nesse sentido, a vigência da norma constitucional encontra-se intrinsecamente atrelada aos fatores sociais, econômicos, históricos e políticos da sociedade.

A integração entre a realidade e a Lei Maior – entre *ser e dever-ser* – estabelece um diálogo complexo entre o espectro coletivo e as normas fundamentais que sobre ele incidem. Ao mesmo tempo em que os elementos fáticos têm potência para se infiltrar e amoldar o desenho normativo das sociedades, a normatividade se impõe de modo a não permitir que direitos intangíveis e fundamentais fiquem à deriva na inconstância das condições sociais, políticas e econômicas. Segundo o jurista Konrad Hesse, a normatividade e a eficácia dos fatores reais interagem mutuamente:

A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas [...]. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas [...]. A “Constituição real” e a “Constituição Jurídica” se condicionam mutuamente, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.<sup>302</sup>

Flavio Pansieri e Henrique Soares de Souza, ao analisarem a obra de Konrad Hesse, também apontam para a coerência entre o conteúdo da Constituição e as condições da realidade como modo de garantir sua força normativa. A abertura do texto fundamental às transformações das circunstâncias político-sociais garante sua atualização perante o desenvolvimento e os avanços da civilização. Nesse sentido, é favorável um perfil constitucional que solidifique princípios fundamentais, mantendo-se sensível a mudanças e progressos. De outra parte, a constitucionalização de

---

<sup>302</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 15.

interesses instantâneos e particulares mostra-se improfícua, enfraquecendo a confiança na estabilidade e na força impositiva da Carta Política:

A coerência do conteúdo da Constituição com as condições históricas e com o “substrato espiritual” vigentes fortalece sua força normativa, inclusive por inspirar maior apoio em meio à sociedade. Em contrapartida, tal relação direta exige que a Constituição seja capaz de acompanhar possíveis alterações daquelas circunstâncias. Essa qualidade é favorecida por uma construção constitucional que privilegie a consolidação de poucos princípios fundamentais passíveis de desenvolvimento diante das mudanças históricas e evite constitucionalizar “interesses momentâneos e particulares”, que sujeitariam a Constituição a reformas mais frequentes.<sup>303</sup>

Ilustrando o tema, merece discussão o controverso art. 242, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o qual determina que “[...] o Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”<sup>304</sup>. É difícil conceber ou justificar a inserção desse dispositivo no texto constitucional, porquanto ele não parece “[...] erigir a arquitetura normativa básica do Estado, ordenando-lhe o essencial das suas atribuições e escudando as pessoas contra eventuais abusos, como, e numa mesma medida de importância”<sup>305</sup>; também não estabelece “[...] bases para a convivência livre e digna de todas as pessoas, em um ambiente de respeito e consideração recíprocos”, como conceituam os já citados autores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Branco<sup>306</sup>. Em suma, o art. 242, § 2º, não verte matéria substancialmente constitucional, na medida em que inscreve um interesse de abrangência muito limitada, inflando a Constituição e diluindo sua força normativa ao longo de disposições que poderiam – e deveriam – caber ao legislador infraconstitucional.

O entranhamento de dispositivos alheios à matéria constitucional dissipa o poder simbólico da Lei Fundamental do Estado, sendo esse um efeito negativo da excessiva largueza do documento constitucional. De outro lado, contudo, a prolixidade das modernas Constituições – a exemplo da Constituição Federal de

<sup>303</sup> PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 18.

<sup>304</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>305</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 84.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 85.

1988 – abriu espaço para que se reconfigurassem as funções do Estado, somando às atribuições tradicionais as funções de agente intervencionista e de prestador de serviços. A presença de normas programáticas, que fixam planos e metas para a Administração Pública, caracteriza as Constituições prolixas ou analíticas, que, por abarcarem um rol mais extenso de matérias, também se sujeitam a alterações mais frequentes.

A importância de manter o conteúdo em conformidade com as expectativas e mudanças da realidade sociopolítica – conferindo maior proteção jurídica aos valores eleitos pela coletividade – remonta à própria validade da Constituição perante o povo. Nesse sentido, observa José Joaquim Gomes Canotilho que, desde sua gênese, a Lei Maior precisa refletir as ideias de justiça que perpassam a comunidade. Em suma, não cabe ao poder constituinte pretender implantar um desenho constitucional estranho à realidade que irá recebê-lo:

A validade de uma Constituição pressupõe a sua conformidade necessária e substancial com os interesses, aspirações e valores de um determinado povo em determinado momento histórico. Desta forma, a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de “valores jurídicos”. O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as “ideias de justiça” radicadas na comunidade”.<sup>307</sup>

Por versarem sobre aspectos muito mais amplos da sociedade, as Constituições analíticas envelhecem mais depressa do que as sintéticas. Por essa razão, devem conceber mecanismos que permitam conservar a eficácia e a coerência de suas disposições em face das situações fáticas sobre as quais incidem. A transmutação dos costumes e valores da sociedade é, além de inevitável, necessária para a evolução das Nações; ademais, novos problemas surgem todos os dias, nos mais diversos âmbitos. Para que a Carta Magna não se torne letra morta com o avanço do tempo, consagram-se dois modos de alteração constitucional: o método informal (mutação constitucional) e o método formal (reforma constitucional).

---

<sup>307</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 111.

Nos tópicos seguintes, esses dois tipos de alteração da Carta Magna – a mutação e a reforma – serão examinadas, para que se definam seus procedimentos e implicações, bem como a pertinência de cada uma dessas estratégias em face das necessidades impostas pela realidade. No que tange ao tema central deste trabalho, pretende-se definir qual a técnica adequada para preservar, concretizar e fortalecer o art. 133 da Constituição Federal, cuja importância para a higidez dos direitos fundamentais e para a conservação do Estado Democrático de Direito foi trabalhada nos capítulos anteriores.

### **3.2.2 Mutação constitucional: métodos e limites**

As mutações constitucionais não aplicam mudanças visíveis nos dispositivos da Lei Maior: apenas modificam o entendimento que se tem sobre eles. Assim, o texto permanece incólume, mas as interpretações dele extraídas se adequam às novas expectativas, concepções e valores percebidos na realidade fática e no pensamento jurídico.

As mutações constituem fator dinâmico do sistema, operando a prospecção das normas por meio de processos informais; não se encontram, portanto, previstas no texto da Constituição. Nem por isso prescindem do lastro da soberania popular, uma vez que emergem de uma demanda social efetiva; esse movimento dinâmico, sensível ao espírito coletivo, garante sua índole democrática. Como preleciona Luís Roberto Barroso, para que se afigure legítima, a mutação deve decorrer da releitura do que se entende por ético ou justo:

Esse novo sentido ou alcance do mandamento constitucional pode decorrer de uma mudança na realidade fática ou de uma nova percepção do Direito, uma releitura do que deve ser considerado ético ou justo. Para que seja legítima, a mutação precisa ter lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva por parte da coletividade, estando respaldada, portanto, pela soberania popular.<sup>308</sup>

---

<sup>308</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126-127.

A mutação constitucional já operou modificações de extrema importância na cultura jurídica brasileira. A histórica decisão do Supremo Tribunal Federal que permitiu a interrupção de gravidez nas hipóteses de fetos anencéfalos – sem cérebro, embora biologicamente vivos – é um nítido exemplo de mutação constitucional, considerando que o conteúdo da Lei Maior permaneceu incólume. Na ocasião, o STF julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 “[...] para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal”<sup>309</sup>. Os preceitos constitucionais colocados em discussão – Estado laico, dignidade da pessoa humana, direito à vida e proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde – foram reavaliados à luz das novas concepções.

Percebe-se, portanto, que a mutação constitucional pode servir para reavaliar questões de extrema relevância. O ritmo de evolução do mundo contemporâneo exige, por vezes, respostas igualmente dinâmicas, sob pena de causar um verdadeiro anacronismo entre os valores sociais e a letra da Lei Maior, desgastando sua autoridade perante o povo e até mesmo perante as instâncias judiciais.

Por se tratar de mecanismo mais rápido de atualização da Carta Magna – porquanto livre da rigidez e da morosidade dos processos formais –, a mutação constitucional permite mantê-la sincronizada com a realidade sobre a qual incide. Trata-se, em verdade, do mecanismo que, no direito brasileiro, conserva o que o jurista norte-americano David Strauss conceitua como *living constitution* (em português, “Constituição viva”). De acordo com Strauss, a Constituição viva é aquela capaz de evoluir e mudar ao sabor dos novos tempos, adaptando-se às novas circunstâncias, sem necessitar de emendas formais. Referindo-se à experiência estadunidense, o autor observa que a mudança da Constituição é inevitável e desejável, uma vez que sua imobilidade acarretaria um severo desajuste perante os novos parâmetros sociais.

---

<sup>309</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

Na sequência, contudo, erguem-se problemas em torno da utópica ideia de uma Lei Maior plenamente capaz de se ajustar aos anseios democráticos e aos espíritos plurais de seu povo. David Strauss observa que, por natureza, a Constituição deve oferecer uma base sólida, tramada sobre princípios fundamentais consistentes. Os humores da opinião pública e dos interesses políticos não podem desterrar ou substituir, de tempos em tempos, esses preceitos basilares. É nesse sentido que uma Constituição viva se torna também um documento perigosamente manipulável<sup>310</sup>.

David Strauss escreve sobre o sistema da *Common Law* norte-americana, que funciona primordialmente a partir do direito criado pelas decisões dos juízes e tribunais. Difere, assim, do sistema romano-germânico – também chamado *Civil Law* – adotado no Brasil, onde os atos legislativos e executivos têm maior proeminência, com os juízes aplicando as normas nos casos concretos. Como resultado dessas diferenças, a Constituição norte-americana é substancialmente mais enxuta e lacunar do que a brasileira; de todo modo, pode-se afirmar que ambos os sistemas buscam uma Constituição simultaneamente viva e impermeável à manipulação de forças que não expressem a soberania popular e as convicções jurídicas dos novos tempos.

Em virtude de sua extensão, a Carta Magna brasileira abrange uma gama maior de temas, aprofundando-se em muitas deles; assim, impõe mais limites à mutação constitucional. Caso transgrida os preceitos estruturantes ou viole aquilo que foi disposto pelo constituinte, a nova interpretação será inconstitucional. Respeitando os limites das normas constitucionais, contudo, a mutação afigura-se método efetivo, dinâmico e legítimo para adequar o texto estanque às novas realidades e demandas sociais.

### **3.2.3 Reforma constitucional: hipóteses e limites**

O documento único que veicula a Constituição advém do poder constituinte originário. A partir de sua solene elaboração, cabe ao poder constituinte de reforma

---

<sup>310</sup> STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University, 2010. p. 22-23.

integrá-lo. A rigidez da Constituição Federal brasileira estabelece procedimento especial e mais dificultoso para a válida interferência em seu texto, exigindo ampla maioria de parlamentares. Garante-se, assim, a supremacia da Lei Fundamental, tornando-a mais estável do que as demais normas jurídicas. Da mesma forma que a mutação constitucional não pode produzir interpretação contrária à Lei Maior, não pode o legislador ordinário dispor em sentido divergente do que o poder constituinte estatuiu.

A própria natureza da Constituição projeta sua longa durabilidade. Por encampar o núcleo essencial de direitos a serem preservados no decorrer do tempo, protegendo os cidadãos contra os arbítrios do próprio Estado, ela deve sobreviver às tensões político-sociais, permanecendo incólume em face dos momentos críticos da história. Consolidando formalmente os fundamentos do povo, não pode se mostrar vulnerável às investidas contra a ordem democrática ou volúvel a oportunismos transitórios.

De outra parte, deve haver alguma margem de permeabilidade no texto constitucional, permitindo o reconhecimento de novos direitos e a revisão de concepções que já não se coadunam com os objetivos da sociedade. Realisticamente, a Lei Fundamental nasce pelas mãos dos constituintes: pessoas impregnadas das ideias de sua época e instruídas pelos costumes de sua Nação. Não deve ser inscrita, portanto, como se emanasse de uma vontade divina irrevogável e absoluta. É produto dos cérebros de seu tempo, podendo revelar disposições anacrônicas ou insuficientes diante do futuro ignoto.

No segundo capítulo deste trabalho, pontuaram-se as rupturas paradigmáticas que abalaram as estruturas e crenças oriundas do século XIX, repercutindo por todas as áreas do conhecimento. As ciências exatas, com seus métodos empíricos e decodificações numéricas do mundo, também precisaram abandonar verdades que supunham imutáveis e absolutas. Novos pontos de vista e novas experiências evidenciam a necessidade de revisão das velhas fórmulas.

O apego a convicções que já não oferecem respostas satisfatórias diante da realidade complexa torna-se ainda mais dramático no âmbito das ciências humanas, em cujo espectro situa-se o direito. Códigos estanques, insensíveis às demandas emergentes, negam proteção a segmentos humanos e interesses sociais de grande

relevância, que, por quaisquer razões, não se encontram sob o abrigo de leis concebidas no passado. Quando a Constituição obsta seu próprio processo adaptativo – ou simplesmente deixa de cristalizar direitos e garantias elementares que se encontram sob ameaça –, há um prejuízo inegável aos cidadãos e à própria autoridade da Carta Magna.

Coube ao poder constituinte originário estabelecer os mecanismos que permitem a regeneração das normas fundamentais através do poder de reforma, possibilitando a modificação palpável do texto. A doutrina majoritária entende que o poder reformador se desdobra em dois outros: o poder de emenda – que altera, suprime ou acrescenta artigos à Constituição – e o poder de revisão, contido entre as disposições transitórias e já exaurido no momento de sua perfectibilização.

A revisão constitucional promove a ampla modificação do texto, impondo requisitos formais mais simples do que os exigidos pelo poder de emenda. Tendo em vista a previsão de plebiscito para eleger a forma e o sistema de governo do país – realizado em 1993 –, o poder constituinte originário previu a revisão após cinco anos, a contar da promulgação da Constituição. O objetivo era adequar as disposições à eventual escolha de uma monarquia ou de um sistema parlamentarista. Por esse motivo, a revisão encontra-se prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT): “Art. 3º A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”<sup>311</sup>.

A Carta Magna determinou, portanto, um único procedimento de revisão constitucional, que já foi empreendido no ano de 1993. No momento em que se implementou sua condição temporal, a norma do art. 3º do ADCT teve sua eficácia exaurida.

Na medida cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 981, julgada em dezembro de 1994, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as mudanças operadas pelo poder de revisão sujeitavam-se ao controle judicial, sobretudo diante

---

<sup>311</sup> BRASIL Senado Federal. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_12.07.2016/art\\_3\\_.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_12.07.2016/art_3_.asp)>. Acesso em: 02 set. 2018.

das cláusulas pétreas consubstanciadas no art. 60, § 4º, I, II, III e IV, da Constituição Federal de 1998. Esse dispositivo afirma expressamente que o poder constituinte derivado, de natureza reformadora ou revisora, não pode alterar a forma federativa de Estado, o voto secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais<sup>312</sup>.

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Resolução nº 1- RCF, do Congresso Nacional, de 18.11.1993, que dispõe sobre o funcionamento dos trabalhos de revisão constitucional e estabelece normas complementares específicas. Ação de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado do Paraná. [...] “Emenda” e “revisão”, na história constitucional brasileira. Emenda ou revisão, como processos de mudança na Constituição, são manifestações do poder constituinte instituído e, por sua natureza, limitado. Esta a “revisão” prevista no art. 3º do ADCT de 1988 sujeita aos limites estabelecidos no parágrafo 4º e seus incisos, do art. 60, da Constituição. O resultado do plebiscito de 21 de abril de 1993 não tornou sem objeto a revisão a que se refere o art. 3º do ADCT. Após 5 de outubro de 1993, cabia ao Congresso Nacional deliberar no sentido da oportunidade ou necessidade de proceder à aludida revisão constitucional, a ser feita “uma só vez”. As mudanças na Constituição, decorrentes da “revisão” do art. 3º do ADCT, estão sujeitas ao controle judicial, diante das “cláusulas pétreas” consignadas no art. 60, § 4º e seus incisos, da Lei Magna de 1988.<sup>313</sup> [Grifo no original].

Exaurida a eficácia do art. 3º do ADCT, que versa sobre a hipótese de revisão, qualquer nova reforma formal da Constituição Federal de 1988 deve ocorrer por meio de emenda, que enseja a mudança das Constituições classificadas como rígidas. O processo de emenda depende da atuação de determinados órgãos e o respeito a formalidades previamente estabelecidas pela Lei Maior, com requisitos mais complexos e rigorosos do que aqueles exigidos para a alteração de leis ordinárias. Nesse caso, o poder reformador recai sobre pontos específicos do texto constitucional, respeitando os limites das cláusulas pétreas cristalizadas pelo poder constituinte originário.

Sendo a emenda o único mecanismo subsistente de mudança formal da Constituição Federal de 1988, a introdução de novas regras e preceitos depende da

<sup>312</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>313</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC nº 981**. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 17/21/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346733>>. Acesso em: 03 set. 2018.

observância de suas formalidades. Assim, a rigidez da Constituição – que pretende blindá-la de modificações oportunistas ou desnaturações decorrentes de instabilidades sociopolíticas – conta com um fator dinâmico que, mediante a observância de certos rigores, garante sua permeabilidade às transformações do mundo real.

Com efeito, o hermetismo da Lei Maior acabaria por desgastar sua autoridade. Se assim fosse, as vias interpretativas assumiriam a função de corrigir o descompasso entre as normas superiores e as demandas fáticas, subvertendo o princípio hierárquico e levando o ativismo judicial a níveis extremos. A sobrevivência e a força dos imperativos constitucionais dependem, portanto, de uma articulação complexa entre a rigidez e a sensibilidade às mudanças necessárias, que se materializa no processo de emenda.

As emendas constitucionais representam o instrumento apropriado do processo legislativo para ajustar as leis superiores à transmutação da realidade, abarcando as vozes revisionistas que, de tempos em tempos, se fazem ouvir. Nesse sentido, merecem transcrição as lições de Paulo Bonavides:

A emenda é o caminho normal que a lei maior estabelece para a introdução de novas regras ou preceitos no texto da Constituição. O estatuto supremo tem nesse instrumento do processo legislativo o meio apropriado para manter a ordem normativa superior adequada com a realidade e as exigências revisionistas que se forem manifestando.<sup>314</sup>

A iniciativa de emenda qualifica-se como privativa e concorrente; propostas oriundas de pessoas que não se encontram elencadas no rol taxativo do art. 60, I, II e III, da Constituição Federal, deflagram vício formal subjetivo, caracterizando a inconstitucionalidade da norma. Assim, os incisos do art. 60 autorizam três hipóteses de propositura:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

---

<sup>314</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 207.

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.<sup>315</sup>

No que tange ao quórum de aprovação, dispõe o § 2º do art. 60 que a proposta de emenda deve ser discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos. Considera-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros:

Art. 60 A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.<sup>316</sup>

Observa-se que se trata de processo mais dificultoso do que o exigido para a formação da lei complementar, discutida em um único turno de votação e aprovada com quórum de maioria absoluta. Ademais, nas propostas de emenda constitucional, caso o texto aprovado por uma das Casas seja modificado pela outra, a matéria deve retornar para o apreço da Casa anterior. Essa exigência tonifica o rigor formal do processo modificativo da Carta Magna.

As cláusulas pétreas do § 4º, I a IV, do art. 60, constituem limites materiais ao poder de reforma. O § 5º do dispositivo também veda que matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa<sup>317</sup>.

Saliente-se que os parlamentares, na qualidade de representantes do povo, podem propor emendas à Constituição; trata-se, porém, de um ato coletivo.

<sup>315</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>316</sup> Ibid.

<sup>317</sup> Ibid.

Individualmente, não pode um parlamentar propor alterações no âmbito constitucional, embora possa fazê-lo para as leis ordinárias.

Bem entendido o escopo do processo de emenda, é importante vinculá-lo à natureza do poder do qual deflui a competência reformadora. A terminologia doutrinária oscila entre diversas determinações, que espelham a própria natureza do conceito. Chama-se, portanto, poder constituinte derivado, instituído, constituído, secundário ou remanescente aquele que, criado e instituído pelo poder constituinte originário, produz ou altera normas de caráter constitucional. Em verdade, ele se desdobra em três espécies: o já analisado poder constituinte derivado revisor, o poder constituinte derivado decorrente<sup>318</sup> e o poder constituinte derivado reformador. Compete à última espécie a criação das emendas constitucionais, que, seguindo rigorosamente o processo legislativo estabelecido pelo constituinte originário e respeitando as cláusulas pétreas consubstanciadas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal, têm o poder de inovar o direito, atualizando o texto original da Carta Magna mediante normas que possuem a mesma natureza e hierarquia daquelas já existentes.

Como já dito anteriormente, as Constituições são elaboradas para durarem no tempo; fatores sociais, econômicos, culturais e políticos, contudo, devem ser observados para que se operem ajustes pontuais e necessários. As alterações no texto originário visam justamente à conservação de sua essência perante os novos elementos da realidade. Normas obsoletas podem ser supridas, ao passo que novas normas podem ser adicionadas para avigorar e fortalecer a tessitura constitucional, assegurando que continue cumprindo apropriadamente sua função de balizar a sociedade, promover a justiça, veicular direitos plurívocos e garantir a higidez dos direitos fundamentais.

Por fim, conclui-se que mudanças na Lei Maior se mostram não apenas viáveis, mas essenciais à sobrevivência harmônica da ordem constitucional perante uma sociedade que se transforma. A realização do Estado Democrático de Direito

---

<sup>318</sup> O poder constituinte derivado decorrente “[...] consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 57.

depende de alguma medida de flexibilidade às novas concepções que nascem em seu bojo; ademais, considerando que o poder reside no povo, as interferências na Carta Magna devem ser promovidas no interesse da coletividade.

### **3.2.4 Mutação ou reforma constitucional: a busca pelo meio adequado para consolidar a livre advocacia na Constituição Federal brasileira**

Existem duas alternativas viáveis para modificar um dispositivo da Lei Maior: a reforma e a mutação constitucional. Embora ambos constituam processos evolutivos admitidos pelo sistema jurídico, desencadeiam consequências distintas para o direito pátrio e atendem a requisitos específicos de realização.

Como visto nas seções anteriores, a mutação constitucional adequa, por vias interpretativas, o sentido da norma à realidade na qual ela se insere, sem, contudo, interferir no texto. A reforma constitucional, por sua vez, consiste em meio formal de operar modificações na letra da Carta Magna, atualizando sua redação permanentemente – ou até que sobrevenha nova medida reformativa.

As situações fáticas que exigem o acionamento desses procedimentos também determinam a técnica mais eficiente para promover a atualização dos dispositivos constitucionais. A urgência das modificações, o grau de interferência na normatividade vigente, os poderes envolvidos e a longevidade prospectiva que se pretende alcançar mediante o esforço de mudança influem na escolha do critério mais apropriado.

Elege-se a via da mutação nos casos em que se imprimem novos sentidos às normas constitucionais, sem que sofram interferências diretas em seu conteúdo. Trata-se, por isso, de procedimento informal, isento dos rigores exigidos pela aprovação das emendas; por sua natureza dinâmica, oferece resposta mais célere às demandas emergentes. Apesar disso, não deixa de considerar os longos processos que deflagram as mudanças da realidade; os fatores históricos e socioculturais proveem sua base de afirmação. Como afirma Uadi Lammêgo Bulos, a mutação constitucional decorre de um intrincado processo modificativo que, perpassando diversas instâncias da sociedade, resulta em uma nova interpretação de algum dispositivo da Lei Maior, que, contudo, permanece intacta:

Processam-se lentamente, através da interpretação dos tribunais, dos usos e costumes, da construção judicial, da influência dos grupos de pressão e de tantos outros meios que provocam ou podem provocar alterações na realidade constitucional, embora a letra da Carta Magna permaneça imodificada.<sup>319</sup>

Não há período determinado para que se verifique a mutação constitucional, que pode se configurar ao longo de várias etapas ou surgir em um curto e decisivo espaço de tempo. Sua espontaneidade advém da imprevisibilidade de sua ocorrência, concretizada a partir de condicionantes fáticas dispersas. Com base em tais circunstâncias, a mutação constitucional decorre da atuação do chamado *poder constituinte difuso*, caracterizado como poder de fato instruído pela dinâmica dos fatores sociais, políticos e econômicos. É admitido pela Constituição da mesma forma que se admite a imprescindibilidade da interpretação de seus artigos pelos órgãos do poder constituído. Por sua natureza, encontra-se em perene estado de latência, coexistindo com o poder constituinte originário e o poder constituinte reformador.

Extraída das lições do jurista francês Georges Burdeau (1905 – 1988), a teoria do poder constituinte difuso é admitida por grande parte da doutrina brasileira, que reconhece no fenômeno espécie inorganizada de poder constituinte, livre das formalidades previstas pelos mecanismos constitucionais. Assinala Uadi Lammêgo Bulos que essas modificações informais decorrem da necessidade adaptativa do sistema diante dos fatos concretos:

Com base na lição de Georges Burdeau, segundo a qual há um poder constituinte difuso que, por não ser registrado pelos mecanismos constitucionais, não é menos real, seria viável a denominação meios difusos, para demarcar as mutações realizadas fora do exercício do instituído poder reformador.

De fato, as mudanças informais são difusas, inorganizadas, porque nascem da necessidade de adaptação dos preceitos constitucionais aos fatos concretos, de um modo implícito, espontâneo, quase imperceptível, sem seguir formalidades legais.<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 129, p. 25-43, 1996. p. 29.

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 28.

A teoria do poder constituinte difuso indica que a norma não se confunde com o texto do qual ela é extraída. A transformação da situação de fato sobre a qual a norma incide ou as novas concepções jurídicas que adquirem predominância podem suscitar a mutação constitucional, que deve, contudo, respeitar os limites dos princípios estruturantes da própria Constituição.

Conforme reitera Paulo Bonavides, reconhecendo o aspecto criativo da hermenêutica, “[...] interpretar a Constituição é muito mais do que fazer-lhe claro o sentido: é sobretudo atualizá-la”<sup>321</sup>. No afã de revigorar o texto constitucional pela via interpretativa, contudo, corre-se o risco de incorrer em uma exacerbada flexibilização dos institutos consolidados na Lei Maior, desviando-se dos aspectos históricos e teleológicos que a inspiraram. A indevida desfiguração de preceitos fundamentais abre caminho ao arbítrio, ao poder desimpedido e ao exaurimento do potencial de contenção do Estado, que remonta à própria natureza da vontade da Constituição. Por essas razões, a mutabilidade deve operar dentro de limites estritos, sob pena de produzir usurpações de poderes, bem como deformidades antidemocráticas, ilegítimas e até mesmo perniciosas àquele que detém a titularidade do poder constituinte: o povo.

Assim, enquanto instrumento útil à modernização e aperfeiçoamento da Constituição, a mutação deve potencializar a efetividade das disposições constitucionais, sem desvirtuar o espírito dos princípios fundamentais ou implicar a violação da soberania popular e do poder constituinte. O respeito às possibilidades semânticas da norma e à conjuntura democrática constituem limites intransponíveis à hermenêutica evolutiva. Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso:

Por assim dizer, a mutação constitucional há de estancar diante de dois limites: a) as possibilidades semânticas do relato da norma, vale dizer, os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado o afetado; e b) a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade àquela específica Constituição.<sup>322</sup>

---

<sup>321</sup> BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 234.

<sup>322</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 164.

Cabe aos poderes competentes rejeitar as mutações inconstitucionais. Caso subsistam as interpretações contrárias à Constituição, forma-se um cenário anômalo, com a sobreposição do fato ao direito. Em suma, a norma e a realidade perderiam sua articulação harmônica e as relações de força dominantes na sociedade se sobrelevariam à potência determinante e reguladora do direito.

Se exercida dentro dos limites constitucionais e da soberania popular, a mutação garante a atualidade e a aderência entre a norma e a realidade sobre a qual ela incide, agindo no interesse social e garantindo a estabilidade da Carta Magna. A mudança informal pode, no entanto, ser utilizada como forma de usurpação dos poderes constituídos, culminando na desnaturação de preceitos fundamentais; nesse sentido, a própria abertura do texto constitucional torna-se território propício à criação e prevalência de interpretações nefastas ao espírito da Constituição e à higidez do Estado Democrático de Direito.

A mutação coloca a Carta Magna em sincronia com as demandas surgidas ao longo do tempo, perfectibilizando-se através de duas vias principais: a costumeira e a interpretativa. O costume constitucional abrange as práticas reiteradas dos cidadãos e agentes públicos, que criam padrões de conduta fortes o bastante para se tornarem válidos ou até mesmo obrigatórios. A interpretação constitucional, por sua vez, ocorre nos três poderes do Estado, com primazia da interpretação conferida às normas pelo Poder Judiciário<sup>323</sup>. Conforme preleciona Luís Roberto Barroso, cabe ao Legislativo a criação do direito, enquanto o Judiciário e o Executivo se encarregam de aplicar os textos normativos já existentes:

Há, todavia, um traço distintivo nítido no objeto de atuação de cada Poder: é que ao Legislativo incumbe a criação do direito positivo, ao passo que ao Judiciário e à Administração compete sua aplicação. Embora já se reconheça que aplicar o Direito envolve sempre alguma dose de subjetividade e, em certos casos, de coparticipação do sujeito na criação da norma, convém ter em mente a diferença de grau existente entre as atividades de legislar originariamente e interpretar a partir de um texto existente.<sup>324</sup>

---

<sup>323</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 154.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 29.

Assim, conclui-se que a mutação constitucional é técnica legítima e efetiva para atualizar a Lei Maior, sem interferir materialmente em suas disposições. Ao adequar o sentido extraído das normas à realidade onde se inserem, contribui para que se fortaleça a força normativa da Constituição, fazendo com que seja respeitada e seguida pela sociedade. Com o intuito de preservar seu vigor no decorrer dos tempos mais críticos, é importante que seu conteúdo formal sobreviva às adversidades fáticas.

Na hipótese do art. 133 da Constituição Federal, que trata da inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações, poder-se-ia sustentar a mutação constitucional como meio adequado para lhe dar maior concretude e operacionalidade junto aos três Poderes de Estado. Diversos métodos hermenêuticos respaldam a necessidade de consolidar, pela via interpretativa, o conteúdo do dispositivo, amplificando seus efeitos à luz da importância das garantias de defesa e da imprescindibilidade do advogado para a realização dos direitos fundamentais que concernem aos cidadãos.

O princípio da máxima efetividade – também chamado “princípio da eficiência” ou “princípio da interpretação efetiva” – estabelece que as normas constitucionais devem ser interpretadas de forma que adquiram a mais ampla efetividade social. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, trata-se de “princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais”, sendo hoje “[...] sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”<sup>325</sup>.

A mais ampla efetividade social do art. 133 rejeita quaisquer relativizações das prerrogativas profissionais, porquanto comprometem a defesa do cidadão. Destarte, apenas em casos extremos – quando nitidamente rompido o liame da manifestação advocatícia com o interesse da causa – poder-se-ia admitir a responsabilização do advogado por sua conduta indevida.

Da mesma forma, o princípio da interpretação conforme a Constituição determina que, em face de normas plurissignificativas – passíveis de mais de uma interpretação –, se priorize a exegese mais próxima ao texto constitucional.

---

<sup>325</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1993. p. 227.

Repelem-se, portanto, quaisquer sentidos que contrariem a literalidade da norma. Reduzir o alcance das prerrogativas do advogado sem respaldo legal afronta manifestamente a lógica do dispositivo. Obstar o direito de comunicação com o cliente ou punir os profissionais que se valem da agudeza das palavras no interesse das causas assumidas afronta manifestamente a proteção especial que a Lei Maior assegura à advocacia, em virtude de sua função social.

Embora a mutação constitucional se mostre tecnicamente apta a expandir o conteúdo lacunar do art. 133 da Constituição Federal de 1988, a solução permanece débil em face da grandeza e das peculiaridades do problema. Por razões lógicas, a tarefa de conferir solidez e concretude às garantias do advogado não pode ser delegada à prática e à vontade dos mesmos poderes que as têm infringido pontualmente. Como restou demonstrado no segundo capítulo deste trabalho, foi justamente no âmbito da Administração Pública que ocorreram as violações às prerrogativas da advocacia. O único caminho para assegurar a efetividade prospectiva do art. 133, impedindo que seja paulatinamente exaurido por medidas administrativas e judiciais, é fortalecê-lo de maneira expressa no próprio texto da Constituição Federal. Ademais, a inscrição clara do instituto na Lei Maior o imunizaria contra eventuais legislações ordinárias que circunscrevessem seu alcance, tornando-o, na prática, inefetivo.

A reiteração de determinada conduta por parte dos poderes de Estado pode resultar em uma assincronia crítica das circunstâncias fáticas em relação às disposições normativas. Em um cenário em que o art. 133 viesse a se tornar letra morta, admitindo-se, na prática, o constrangimento arbitrário da defesa dos cidadãos, todo o Estado Democrático de Direito estaria vulnerável. Retomando a exaustiva construção teórica dos capítulos anteriores, a advocacia é fundamental à preservação dos preceitos fundamentais; seu silenciamento interessa apenas às forças que pretendem subverter a soberania popular, concentrando poderes ilimitados e isentos de contestação pelas vias democráticas. Ademais, o prejuízo inestimável à realização da plena defesa colocaria o país em um ritmo de involução perante as perspectivas humanitárias supranacionais.

Embora o prognóstico pareça deveras pessimista diante dos avanços já conquistados no âmbito dos direitos humanos e de cidadania, as experiências

históricas demonstram que retrocessos severos não são, de forma alguma, impossíveis. Para conservar as instituições e conquistas da democracia representativa, a Constituição assume o papel de conter o arbítrio, distribuir e balizar o poder e, sobretudo, concretizar os direitos fundamentais inscritos em seu texto; cabe a ela, portanto, absorver os mecanismos vitais à sobrevivência do Estado Democrático de Direito diante das adversidades.

É justamente através das distorções interpretativas e das práticas das autoridades públicas que se tem negado vigência ao conteúdo do art. 133 da Constituição Federal de 1988, com base em seu caráter lacunar e em sua vagueza semântica. Considerando a relevância da função social exercida pela advocacia, impõe-se a necessidade de reformar o texto constitucional, assegurando a efetividade e a sobrevivência das prerrogativas elementares da profissão.

Introduzir, por meio de emenda constitucional, uma redação mais clara, nítida e dotada de maior operacionalidade ao dispositivo garantirá que não se torne letra inerte em meio à profusa Constituição brasileira, cuja força normativa depende, também, de que não comporte artigos ineficazes ou esquecidos em seu corpo normativo. O neoconstitucionalismo aponta para a positivação e a concretização dos direitos catalogados; ademais, a própria dimensão da Carta Magna brasileira a torna instrumento apto a receber uma amplitude de matérias, com maior detalhamento de seu conteúdo.

Walber de Moura Agra salienta que a efetivação dos direitos fundamentais é fator indispensável ao adensamento da força normativa da Constituição. Além disso, a falta de homogeneidade na aplicação e na distribuição dos direitos fundamentais pelo tecido social provoca desníveis, conflitos e sentimentos de descrença nos cidadãos:

Um grande obstáculo enfrentado pela Constituição de 1988 configura-se na efetivação dos direitos fundamentais, elemento imperioso para uma densificação de sua força normativa. Sem uma homogeneização de direitos na sociedade, há um incremento de desníveis que fomentam violências e revoltas. Quando os cidadãos não se reconhecem como membros da

sociedade, o pacto vivencial estabelecido entra em decadência e a Lex Mater deixa de ter efeito normativo e passa a ter efeito apenas retórico.<sup>326</sup>

A homogeneidade, a subsistência e a concretude das prerrogativas indispensáveis ao exercício da livre advocacia dependem, portanto, da positivação concludente dos direitos essenciais do advogado na Lei Maior brasileira. Deixar à volubilidade dos juízos interpretativos e à vontade dos poderes a perfectibilização de prerrogativas básicas é colocar à disposição do tempo e das incertezas garantias inderrogáveis da defesa do cidadão.

Considerando a realidade do espírito humano, não se pode negar que os atos de algumas autoridades públicas encerram, também, alguma dose de subjetividade, decorrentes não apenas daqueles que dela estão investidos, mas das instituições às quais se encontram vinculados. A crença na pura subsunção aos dispositivos legais torna-se mais ingênua conforme se complexificam os casos, os problemas e as demandas sociais. O século XXI, caracterizado pelo desmoronamento das verdades absolutas e pela concorrência de opiniões, torna os dispositivos abertos particularmente suscetíveis a transmutações e desvirtuamentos que os afastem do interesse social.

Quando os direitos fundamentais são colocados em pauta, deve imperar expressamente a vontade da Constituição, sobrelevando a soberania popular a quaisquer juízos pontuais e difusos de utilidade, oportunismo e excepcionalidade. A inviolabilidade do advogado não pode se resignar a constituir preceito genérico; a atuação destemida desses profissionais reescreveu a história brasileira conforme os ditames democráticos, ajudando a moldar a Constituição de 1988. A imunidade profissional deve se converter, portanto, em garantia expressa, translúcida, com o mesmo potencial de permanência das demais matérias constitucionais.

Resguardar os direitos do advogado da política ordinária impede que haja constrangimentos futuros à devoção desses profissionais na defesa das causas assumidas, dos direitos de cidadania e dos imperativos democráticos. Reforçar o aspecto normativo das imunidades não apenas penais, mas civis, por atos e

---

<sup>326</sup> AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 84.

manifestações, inscrevendo-as na Constituição Federal, protege o real significado da função social da advocacia.

A Carta Magna, com sua ambição de permanência, consolida em seu texto matérias de grande relevância, retirando decisões fundamentais do manejo de maiorias formadas na eventualidade do tempo e das circunstâncias transitórias. Trata-se de um reconhecimento mais profundo dos mecanismos substanciais da democracia representativa e da soberania popular. Luís Roberto Barroso preleciona que, apesar da vocação de permanência, as Constituições não podem ter a pretensão de eternidade:

As Constituições têm vocação de permanência. Idealmente, nelas têm abrigo as matérias que, por sua relevância e transcendência, devem ser preservadas da política ordinária. A constitucionalização retira determinadas decisões fundamentais do âmbito de disposição das maiorias eventuais. Nada obstante isso, as Constituições não são eternas nem podem ter a pretensão de ser imutáveis. Uma geração não pode submeter a outra aos seus desígnios. Os mortos não podem governar os vivos.<sup>327</sup>

A reforma deve ser utilizada com cautela, reservando-se a interferência no texto constitucional às situações em que se revele verdadeiramente necessária. Konrad Hesse observa que as reformas sugerem que as condicionantes fáticas se impõem à ordem normativa em vigor, fustigando a ideia de uma Carta Política inquebrantável e sólida, estabilizada sobre direitos assentes. Sob esse prisma, a segurança jurídica, a autoridade e a força normativa da Constituição estremecem a cada investida reformatória:

Cada reforma constitucional expressa a ideia de que, efetiva ou aparentemente, atribui-se maior valor às exigências de índole fática do que à ordem normativa vigente. Os precedentes aqui são, por isso, particularmente preocupantes. A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.<sup>328</sup>

---

<sup>327</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146-147.

<sup>328</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22.

No caso da imunidade dos advogados por atos e manifestações, observa-se que vem sendo restringida, questionada e relativizada dentro das próprias esferas do poder, à margem de quaisquer condicionantes fáticas legitimadas pela vontade do povo. A ordem constitucional deve impedir que medidas esparsas se convertam em padrões de conduta das autoridades públicas, acarretando prejuízos inestimáveis à sociedade e a todos que recorrem à defesa técnica como meio de verem efetivados, reconhecidos e respeitados seus direitos.

Não há consenso ou soberania popular que respalde o silenciamento do cidadão. Consolidar a imunidade do representante como fonte formal do direito constitucional é, portanto, a providência mais adequada e eficaz para que se coloque a normatividade em sincronia com os interesses coletivos e os problemas oriundos da realidade do país. Os vetores reais aqui considerados são justamente aqueles que tornam premente a reforma do art. 133, acrescentando-lhe maior clareza e vigor normativo.

Com efeito, a ruptura paradigmática do século XX alçou a norma constitucional à condição de norma jurídica dotada de efetividade. As Constituições brasileiras que antecederam a Carta Política de 1988 resignavam-se a deter um caráter programático, deixando sua concretização ao legislador infraconstitucional e servindo de mera recomendação ao administrador público. Conforme assinala Luís Roberto Barroso, vigorava no país uma “patologia persistente”, resultando no fracasso do Estado de Direito, na desconexão entre a Lei Fundamental e a realidade e na falta de seriedade em relação às disposições da Carta Magna. Conforme o referido autor, o fenômeno da “insinceridade constitucional” engendrava uma mistificação, um compêndio de promessas que jamais seriam honradas:

Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à lei fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser.<sup>329</sup>

---

<sup>329</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 255.

A doutrina da efetividade e as teorias associadas ao neoconstitucionalismo passaram a reconhecer a exigibilidade dos direitos constitucionalmente assegurados, rompendo com a supremacia dos poderes exercidos acima e às margens da Lei Fundamental. No intuito de promover um real Estado Democrático de Direito conferiu-se imperatividade à Constituição Federal de 1988, colocada em posição hierárquica superior ao restante do ordenamento jurídico. Seus dispositivos veiculam ordens e comandos munidos de força jurídica, aptos a deflagrar consequências e coações efetivas diante do descumprimento e da insubmissão<sup>330</sup>. Sua existência relativamente autônoma em relação aos vetores da realidade impede que o documento constitucional equivalha a uma mera descrição das relações de poder que se sobrepõem em determinada época. Por essas razões, seria inadmissível que seu texto absorvesse condicionantes e circunstâncias avessas à democracia, aos direitos fundamentais e aos preceitos mais profundos que atravessam o espírito da própria Constituição.

Embora seja deveras impossível “salvar o mundo com papel e tinta”<sup>331</sup> – utilizando a metáfora bem construída de Luís Roberto Barroso –, há uma inequívoca potência irradiante das normas constitucionais que, dentro de certos limites, cristalizam temas vitais à sobrevivência e realização dos fundamentos democráticos. Nesse panorama, o reforço normativo do art. 133 da Constituição Federal de 1988 funcionaria de modo a vincular os atos presentes e a projetar seus efeitos para o futuro.

Definida a emenda constitucional como caminho viável e efetivo para revigorar o conteúdo demasiadamente abstrato do art. 133, cabe ressaltar que a rigidez da Constituição Federal brasileira em vigor não representa impedimento intransponível à atualização e ao aprimoramento das normas originárias. O art. 60 da própria Lei Maior<sup>332</sup> assegura a possibilidade de transformação ou alteração do texto original, acrescentando, modificando ou suspendendo normas, respeitada a

---

<sup>330</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 256.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>332</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

intangibilidade das cláusulas pétreas do art. 60, § 4º<sup>333</sup>, que constituem limites materiais ao poder de reforma.

A ideia de rigidez confere estabilidade ao ordenamento, mas também pressupõe a possibilidade de modificação mediante a observância de procedimentos mais rigorosos do que aqueles previstos para a legislação infraconstitucional, criando uma hierarquia normativa. A imutabilidade da Constituição seria indesejável, porquanto acarretaria o exaurimento de sua força normativa, neutralizando as deliberações que pulsam no seio da sociedade democrática. A respeito do tema – cuja complexidade exige um estudo amplo e profundo, no intuito de articular todas suas nuances fáticas e normativas –, mostram-se precisas as ponderações de Flávio Pansieri e Henrique Soares de Souza:

Apesar de estar associada à supremacia constitucional e à estabilidade institucional, a noção de rigidez pressupõe uma admissão de que as disposições constitucionais venham a ser modificadas, ainda que, para tanto, se deva observar um procedimento mais difícil do que o estabelecido para a produção legislativa infraconstitucional. A intangibilidade ou imutabilidade total da Constituição pode sufocar a deliberação democrática, esgotar a força normativa das normas constitucionais ao incentivar que as instituições se desenvolvam à margem de suas previsões e, mesmo, representar um risco para a sobrevivência da ordenação constitucional como um todo.<sup>334</sup>

O transcurso do tempo, a sucessão de gerações e a mudança de valores e anseios impõem uma medida mínima de flexibilidade ao ordenamento constitucional. Seria impossível conceber o engessamento de um ideário ultrapassado, em nítido descompasso com as insurgências, os problemas e as revisões filosóficas dos tempos, que inevitavelmente se renovam, sucedendo-se as gerações. Há remansoso prognóstico entre os constitucionalistas acerca dos efeitos danosos de tal assincronia, que terminaria por esgotar a legitimidade popular de uma Constituição estanque e inerte, incapaz de dialogar com a realidade de sua época:

---

<sup>333</sup> Ibid.

<sup>334</sup> PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 26-27.

Com efeito, a pretensão dos constituintes de produzir uma ordenação estável da sociedade é desafiada pela passagem do tempo e pela sucessão atual de gerações, cada uma trazendo consigo novos valores e anseios a serem satisfeitos. A intangibilidade das disposições constitucionais estabelecidas no passado ou sua rigidez excessiva limitam as alternativas de que as gerações presentes e futuras podem dispor para responder às dificuldades de sua realidade histórica. Em uma hipótese extrema, tal limitação pode conduzir a um deslocamento da Constituição com o contexto social em que está inserida e à corrosão de sua legitimidade, já que ela não contém respostas para problemas da coletividade nem permite que soluções para este venham a ser construídas.<sup>335</sup>

Como todas as disposições jurídicas, o texto constitucional também se sujeita a mudanças hermenêuticas e reformas materiais que respondam às transformações da sociedade. No entendimento de Manoel Ferreira Filho, o tempo implica o crescimento das Constituições, de modo informal ou formal, parcial ou total:

Uma vez estabelecidas, vigentes e eficazes, as Constituições mudam, com o passar do tempo. Crescem, para lembrar a lição de Wheare. Essa mudança ora advém de alterações formais da Constituição, ora faz de modo informal. Ela pode colher pontos específicos da Constituição, ou aspectos capitais da constituição positiva – mutações parciais – ou até modificar o sentido global da decisão – mutação total.<sup>336</sup>

Luís Roberto Barroso, ao tratar do constitucionalismo democrático, o define como “[...] uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular”<sup>337</sup>. Acrescenta que se trata, também, de “[...] um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais”<sup>338</sup>. Dentro desse modelo, a Constituição Federal passou a ser um instrumento indispensável para toda a comunidade, irradiando por todos os ramos do direito de modo a perfectibilizar os fins constitucionais.

<sup>335</sup> Ibid., p. 153.

<sup>336</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Da validade e legitimidade das mutações constitucionais. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327-332. p. 329.

<sup>337</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 14 set. 2018.

<sup>338</sup> Ibid.

Para evitar que sobrevenham atos jurídicos e leis contrárias à finalidade das disposições constitucionais, faz-se necessário colmatar as omissões que não trazem quaisquer benefícios à dinâmica do direito. Considerando que a vagueza do art. 133 apenas deixa a inviolabilidade nele inscrita sujeita à inoperância, deve ser superada através de emenda constitucional.

### 3.3 A ALTERAÇÃO DO ARTIGO 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

A construção teórica até aqui empreendida procurou demonstrar a importância da advocacia para a realização dos direitos fundamentais constitucionalizados dentro do Estado Democrático de Direito. Constatou, porém, que o tratamento conferido à profissão pelo art. 133 da Constituição Federal de 1988 resta aquém da real espessura decorrente de sua função pública. Apesar de reconhecer a indispensabilidade do advogado para a administração da justiça, assegurando sua inviolabilidade por atos e manifestações no exercício profissional, o referido dispositivo apresenta um conteúdo excessivamente vago e genérico, que o deixa vulnerável ao tempo, às circunstâncias sociopolíticas e às investidas autoritárias. Fatos recentes demonstram que a livre advocacia está sujeita a riscos e questionamentos, os quais tendem a se acentuar no período crítico que caracteriza a transição paradigmática deste começo de século.

Considerando que se pretende conferir ao art. 133 solidez, operacionalidade e concretude, a emenda constitucional é o meio mais adequado para promover a adequação do dispositivo. Como visto no tópico anterior, a rigidez da Carta Magna não obsta que se acrescentem matérias fundamentais ao texto, alçando-as ao ápice hierárquico do ordenamento jurídico e lhes atribuindo força irradiante sobre os poderes instituídos.

### 3.3.1 As funções essenciais à justiça e à sociedade no texto da Constituição Federal de 1988

O art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, determina que não há hierarquia entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público<sup>339</sup>. Trata-se de norma que visa promover o diálogo horizontal e construtivo entre as funções que compõem a justiça, no interesse de toda a sociedade.

Apesar disso, na Lei Fundamental observa-se uma disparidade entre os dispositivos que versam sobre as garantias constitucionais dessas três profissões. O motivo que provavelmente subjaz ao tratamento normativo desigual remonta à ultrapassada ideia de que a advocacia – diferentemente das demais funções essenciais à justiça – configuraria atividade de natureza eminentemente privada, conforme se concebia no decorrer do século XIX. O reconhecimento de sua aliança com o cidadão e de sua importância para a efetivação dos direitos fundamentais, contudo, consagrou a profissão entre as funções essenciais à justiça, atribuindo-lhe deveres sociais e garantias correlatas.

Para estabelecer um comparativo, merecem transcrição os artigos da Carta Magna que consubstanciam as garantias reservadas à magistratura e aos membros do Ministério Público. Com efeito, o funcionamento escorreito da justiça depende da observância das prerrogativas e vedações legais que norteiam essas atividades, detalhadamente elencadas nos art. 95 da Constituição Federal, como se observa:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

---

<sup>339</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.<sup>340</sup>

No que tange ao Ministério Público, o art. 127, § 1º, da Constituição Federal, atribui os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, assegurando sua autonomia. Na sequência, o art. 128, I, inscreve a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios no elenco das prerrogativas que instruem o pleno exercício das atribuições do órgão, que atua na defesa da sociedade:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

[...]

I - as seguintes garantias:

a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado;

b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; [...].<sup>341</sup>

Percebe-se que o grau de detalhamento e concretude conferido aos artigos que cristalizam as garantias da magistratura e dos membros do Ministério Público é muito maior do que a substância normativa do sucinto art. 133, que integra a seção III da Constituição Federal, destinada à advocacia. Apesar da ausência de hierarquia e subordinação entre as funções elementares da justiça, há uma desproporção evidente entre os dispositivos. Essa circunstância pode bastar para transmitir a ideia de que, na prática, as prerrogativas da advocacia merecem menos proteção do que as demais, porquanto não se encontram expressamente arroladas no texto constitucional.

<sup>340</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

<sup>341</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

A vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídio imunizam a magistratura e o Ministério Público contra quaisquer retaliações e tentativas de cerceamento de sua autonomia e independência. Consolidam-se como garantias concretas, pouco elásticas, aptas a realizarem seus efeitos e serem invocadas diante de qualquer investida em sentido contrário.

O art. 133, em contrapartida, resente-se da viveza e da operacionalidade encontradas nos arts. 95 e 128 da Carta Política. Seu conteúdo é brando, mais programático do que efetivo; reduzido a um ligeiro esboço, deixa para a legislação infraconstitucional o encargo de oferecer-lhe contornos e cores. Sua redação lacunar torna-o vulnerável, suscetível às interpretações atravessadas e até mesmo às violações pontuais dos poderes constituídos; ao abrir-se em demasia, tende a se esvaír, perdendo a matéria democrática e cidadã que lhe é da essência. Com poucas e vagas palavras, o art. 133 subsiste quase como tinta delével em meio às volumosas páginas da Lei Maior brasileira, a terceira Constituição mais extensa do mundo.

A respeito do volume dos textos fundamentais de cada país, vale dizer que a Constituição brasileira conta com 64.488 palavras no total, ficando atrás apenas da Constituição da Índia (com 146.385 palavras no total) e da Nigéria (com 66.263 palavras no total)<sup>342</sup>. A Assembleia Nacional Constituinte de 1988 optou por elaborar uma Carta prolixa, absorvendo todos os assuntos que os representantes do povo entendiam fundamentais após um longo período de ditadura militar; muitas matérias são trabalhadas às minúcias, conferindo envergadura constitucional a questões que deveriam constar de leis infraconstitucionais. O exemplo mais tradicional do inchaço da Carta Magna de 1988, reiteradamente abordado pela doutrina, é o do art. 242, § 2º, que determina que o “[...] Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”<sup>343</sup>.

Em contraste com as 64.488 palavras que discorrem sobre uma ampla gama de matérias, as 23 palavras dedicadas à advocacia não alcançam um teor compatível com a essencialidade da profissão para a estrutura democrática. Por

---

<sup>342</sup> COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. **Constitution rankings**. 2016. Disponível em: <<http://comparativeconstitutionsproject.org/cp-rankings/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

<sup>343</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

certo, não se quer afirmar a prolixidade como sinônimo de efetividade, mas atentar para o fato de que o incremento do art. 133 não representa nenhuma adição exagerada ou descomedida.

Embora se destinem a esferas distintas da tripartição dos poderes, em termos de conteúdo, as prerrogativas do advogado se aproximam das imunidades e prerrogativas dos Deputados e Senadores. Esses institutos distribuem-se ao longo do *caput* e dos oito parágrafos do art. 53 da Constituição Federal, alterados pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 6º Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

§ 8º As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do

recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001).<sup>344</sup>

Enquanto os parlamentares gozam de imunidade formal e material, os advogados gozam apenas de imunidade material, sendo invioláveis por manifestações e palavras. Para que gozem da imunidade civil e penal, tanto parlamentares quanto advogados devem estar no exercício do mandato ou da profissão.

Resta patente que o intuito do art. 53 é proteger a voz dos representantes eleitos do povo, garantindo-lhes liberdade e independência para que se manifestem com brio e destemor, sem o risco constante de sofrerem processos judiciais por suas opiniões, palavras e votos. Da mesma forma, assegura-se ao advogado – enquanto representante do cidadão, comprometido com seus direitos – a imunidade profissional. Ocorre que, por ser o patrono firmado para a defesa de causas pontuais, o liame entre a advocacia e as vozes da cidadania se mostra com menos evidência no imaginário coletivo.

Com efeito, reforça-se o vínculo com os parlamentares a cada quatro anos, quando o povo é chamado para eleger seus representantes. A advocacia, porém, atua no cotidiano da justiça, ganhando evidência apenas em casos excepcionais. Ademais, a mídia explora com mais intensidade os defensores de réus impopulares, suscitando um sentimento de antagonismo da consciência coletiva em relação aos profissionais que se incumbem de operar a defesa de cada um dos sujeitos de direitos.

A classe dos advogados também se sobreleva em períodos críticos da história, quando os poderes do Estado veem esvair-se gradativamente sua independência, passando a se submeter a autoridades totalitárias e a agir no interesse ilegítimo de setores que recusam deferência à ordem constitucional. A combativa atuação da OAB e de seus membros durante os períodos mais autoritários, repressivos e violentos da história brasileira prova que a advocacia permanece atenta a quaisquer agressões contra o regime democrático, preparada

---

<sup>344</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

para assumir seus compromissos perante a sociedade. As garantias que asseguram sua livre atuação devem, portanto, ser firmemente enraizadas na base do direito constitucional.

### **3.3.2 A proposta de inclusão de parágrafo único ao artigo 133 da Constituição Federal brasileira através de emenda constitucional**

A emenda constitucional é o instrumento adequado e efetivo para inscrever a imunidade do advogado no âmbito da Lei Maior. A reforma do art. 133 deve engendrar uma estrutura de proteção mais difícil de ser rompida, visando blindar o conteúdo do dispositivo contra atos indevidos das autoridades públicas, evitando, também, deformações interpretativas.

A inclusão de parágrafo único no art. 133 através de emenda constitucional basta para injetar clareza à sua redação, possibilitando que o intuito da norma se solidifique e adquira efeito irradiante sobre todo o ordenamento, tendo em vista a hierarquia superior da Constituição. Observa-se que o *caput* do referido dispositivo, ao reconhecer que o advogado é indispensável à administração da justiça, assegura sua inviolabilidade por atos e manifestações, condicionando a garantia aos limites da legislação infraconstitucional: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”<sup>345</sup>.

Já o § 2º do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB, no capítulo destinado aos direitos do advogado, reconhece a imunidade profissional. Sua redação mostra-se mais clara e palpável, afirmando a ausência de crime com base em atos e manifestações feitos no exercício da advocacia:

§ 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções

---

<sup>345</sup> BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer. (Vide ADIN 1.127-8).<sup>346</sup>

Conforme preleciona Paulo Lôbo<sup>347</sup>, a inviolabilidade é espécie do gênero das imunidades. O art. 133 da Constituição, portanto, ao afirmar que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, refere-se à imunidade material; verificando-se o nexo da conduta com a discussão da causa, incide a proteção profissional.

O afastamento da tipicidade penal objetiva deve albergar todas as circunstâncias em que o advogado exerce sua atividade, não se restringindo ao ambiente de foro. Ademais, permanece como requisito para a incidência da imunidade material a existência de vínculo entre o teor dos atos e manifestações e a defesa da causa assumida, preservando-se, em essência, o direito de promover a ampla e incisiva defesa do constituinte.

Ademais, pelas mesmas razões que pautam a imunidade criminal, deve-se garantir ao advogado a proteção civil, de modo que não sofra reprimendas de quaisquer esferas do direito por consequência de sua atuação. Novamente, vincula-se o manto protetor da norma à observância dos limites da causa.

Como já se afirmou nos capítulos anteriores, a prerrogativa da inviolabilidade por atos e manifestações não protege o desrespeito a nenhum dos atores do processo. Não se trata, portanto, de irresponsabilidade absoluta por condutas excessivas ou de cláusula de indenidade para ofensas que firam a honra das pessoas envolvidas no litígio. Ocorre que, para proteger o interesse público que subjaz à função do advogado, analisam-se suas manifestações sob um prisma diverso daquele que instrui a tipificação penal comum.

Considerando todas essas ponderações, subsiste a necessidade de incorporar ao parágrafo único do art. 133 elementos que reforcem sua densidade normativa, conferindo-lhe maior clareza e operacionalidade. Reforçando o liame

---

<sup>346</sup> Id. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

<sup>347</sup> LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

entre a conduta do profissional e a defesa da causa como condição à garantia da imunidade, contorna-se a indenidade por eventuais excessos. Além disso, merece ser expressamente incluída a proteção na esfera civil, extraída dos mesmos fundamentos que justificam a imunidade penal. Em qualquer caso, sempre se pressupõe o nexo entre as possíveis ofensas e a defesa combativa da causa. Agregando todos os elementos, sugere-se o seguinte acréscimo ao art.133 da Constituição Federal brasileira:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Parágrafo único. O advogado detém imunidade profissional, não constituindo condutas puníveis civil ou penalmente os atos e manifestações, feitos em juízo ou fora dele, desde que ligados à defesa da causa.

Tal disposição combina os valores elementares que instruem a imunidade profissional inscrita no § 2º do art. 7º da Lei nº 8.906/94 com os ditames do art. 142, I, do Código Penal, que desconfiguram os crimes de injúria e difamação na hipótese de “ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador”. Com a inclusão do parágrafo único acima proposto, a Lei Maior assimila as linhas mestras que tecem o manto protetor da inviolabilidade, assegurando com maior efetividade a ampla defesa do cidadão.

O art. 44 da Lei nº 8.906/94 atribui à Ordem dos Advogados do Brasil a função de defender a Constituição Federal e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, além de pugnar pela boa aplicação das leis e pelo aprimoramento das instituições jurídicas<sup>348</sup>. Os deveres da classe repercutem na postura de seus membros, que, por isso, gozam de proteção especial quanto ao direito de manifestação, não ficando suscetíveis a reprimendas e coerções de qualquer natureza. Em verdade, a advocacia se encarrega de zelar pelo correto

---

<sup>348</sup> “Art. 44. A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público, dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tem por finalidade:

I - defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; [...]” BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

funcionamento das instituições, de modo que sua atuação vigilante e combativa não pode ficar à mercê dos poderes. Há, portanto, um entrecruzamento de interesses, que a inviolabilidade profissional procura equilibrar.

Sob essa perspectiva, os poderes oriundos do texto constitucional legitimam-se pela vontade do povo, cabendo às instituições democráticas perseguirem suas finalidades em defesa dos interesses coletivos. No que tange ao poder de reforma, deve ensejar alterações viáveis e efetivas na Constituição Federal, propondo mudanças que construam subsídios jurídicos capazes de aprimorar e melhorar a aplicação das normas constitucionais já existentes: é esse o intuito da proposta de emenda constitucional aqui veiculada.

Evitando excessos, buscou-se consagrar, no parágrafo único proposto ao art. 133, a real dimensão e importância da advocacia para a preservação dos direitos elementares da sociedade democrática. Nos termos da proposta delineada, entende-se que a mudança traria maior clareza e transparência ao dispositivo, permitindo que imponha sua força normativa a todas as instâncias de poder, sobrevivendo às inconstâncias do tempo e aos estremecimentos da realidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal brasileira de 1988 demarcou o fim de um período autoritário, onde os direitos de cidadania e os instrumentos essenciais do devido processo legal encontravam-se severamente comprometidos; como visto no primeiro capítulo da tese, a Ditadura Militar brasileira – que vigorou no Brasil entre 1964 e 1985 – suprimiu diversos institutos essenciais à plena defesa, ao contraditório, à dignidade da pessoa humana e ao exercício da atividade postulatória, como o instrumento do *habeas corpus* para os crimes de natureza política, a comunicação das prisões às autoridades judiciárias e a observância das limitações legais da incomunicabilidade.

A Carta Política atual, de redação prolixa, ofereceu uma resposta constitucional aos desmandos do passado, incorporando uma série de direitos fundamentais e mecanismos concebidos para proteger o cidadão contra o arbítrio dos poderes de Estado. Considerando que o direito ao contraditório e a ampla defesa existem para assegurar a efetividade da justiça – blindando a sociedade contra o juízo sumário das forças antidemocráticas –, infere-se que as atuais relativizações e solapamentos que seus institutos têm sofrido acenam com um perigoso retrocesso para a sociedade democrática e para os direitos inerentes à cidadania.

Como visto no primeiro capítulo da tese, o advogado conquistou, no desnovelar da história brasileira, a imprescindível função de zelar pela democracia e de promover a realização dos direitos consagrados pelo ordenamento jurídico. Sua aliança com o cidadão é, portanto, indissolúvel e inafastável, compondo a essência da própria atividade postulatória. Investidas que ameacem romper ou fragilizar esse vínculo – obstando a comunicação do defensor com seu cliente ou silenciando a voz insurgente da advocacia e de seus membros – remontam às experiências violadoras de direitos humanos e à obscuridade característica dos regimes autoritários, que tolhem ou negam vigência aos mecanismos da justiça e intimidam as vozes que divergem. Importa lembrar que o exercício salutar da divergência está na raiz da própria atividade postulatória, remontando à retórica grega e à natureza conflituosa do litígio.

Entre os vários questionamentos que marcam a instabilidade do mundo atual – e, sobretudo, da conjuntura brasileira, que tem enfrentado, nos últimos anos, verdadeiras crises sociopolíticas –, os mais alarmantes são as insurgências contra as liberdades individuais e contra o espírito livre da sociedade. A repressão e o arbítrio não são maneiras legítimas – ou sequer efetivas, como fazem prova os eventos do passado – de restaurar qualquer ordem perdida. A história mostra que o respeito à pluralidade e à divergência, bem como o diálogo racional com as insurgências que grassam no interior da sociedade, revelam-se sempre os únicos caminhos para escapar à barbárie, à intolerância e à injustiça, pavimentando o percurso evolutivo da democracia.

Por tudo o que representa para a cidadania e para a experiência societária brasileira, esta tese concluiu que a advocacia deve ser mantida em toda sua integridade, potência e liberdade, o que se obtém mediante a preservação e o respeito às prerrogativas de que se mune a profissão, no interesse coletivo. A todo tempo, sua correlação com a cidadania precisa ser reforçada, para que o próprio cidadão perceba a importância de exigir os instrumentos de defesa que lhe são assegurados, não apenas pelo ordenamento jurídico pátrio, mas pela lógica do sistema internacional.

Embora a temática dos direitos de defesa venha adquirindo progressiva atenção nos debates mundiais, o presente trabalho constatou um hiato no que tange especificamente às proteções legais daquele a quem incumbe a vigilância e a concretização do devido processo legal: o advogado. A maior parte das Constituições e dos tratados internacionais veiculam disposições genéricas no que tange à advocacia, em prejuízo da operacionalidade que pretendem conferir à gama de direitos fundamentais que encampam em seus textos.

No que tange ao direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 consubstancia as garantias do advogado em um único dispositivo – o art. 133, cujo teor sucinto e genérico abre margens a relativizações e enfraquecimentos. Pode-se dizer, com base nessas constatações, que há um descompasso entre a ampliação dos direitos reconhecidos ao cidadão e os mecanismos criados para torná-los concretos, uma vez que sua efetivação depende da força de atuação dos

defensores. Esse desnível normativo repete-se tanto em âmbito global quanto no sistema pátrio.

Trata-se, por certo, de um erro estratégico, tendo em vista que, tolhido em sua atuação, o defensor técnico se vê impedido de agir em prol dos direitos humanos e da materialização dos princípios reconhecidos pela comunidade internacional e pela ordem jurídica interna. Cumpre, portanto, ao Estado brasileiro – a quem incumbe implementar internamente os acordos de que é signatário – valorizar as prerrogativas profissionais, que constituem meios indispensáveis à realização dos valores e ditames democráticos absorvidos pelo ordenamento nacional.

Nesse aspecto, o presente trabalho buscou tecer uma extensa e coesa rede de argumentação, demonstrando de que maneira as investidas contra a ampla defesa se entranham pelas lacunas e vagezas do corpo normativo existente. O art. 133 da Constituição Federal – que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da justiça e inculpe sua inviolabilidade por atos e manifestações – apresenta uma redação lacônica, sobretudo se comparado aos dispositivos constitucionais que veiculam as garantias das demais funções essenciais à justiça e à sociedade. Com efeito, magistrados, membros do Ministério Público e parlamentares dispõem de uma proteção constitucional muito mais sólida, que impermeabiliza com maior eficiência suas atividades contra cerceamentos indevidos.

A partir da teoria do jurista Konrad Hesse, o terceiro capítulo deste trabalho verificou que o potencial irradiante da Lei Maior, ao determinar a validade das normas e dos atos a ela vinculados, influi sobre a realidade sociopolítica por meio da força normativa. Daí se extrai a importância de fortalecer o tratamento constitucional da advocacia, assegurando que sua atuação livre e destemida se perpetue ao longo dos anos e sobreviva às intempéries que, ciclicamente, ameaçam a desintegração da democracia, da cidadania e dos direitos individuais.

Compreendida a questão à luz dos fenômenos históricos, das tendências internacionais e do contexto paradigmático da contemporaneidade, restou apresentar uma solução alicerçada na realidade brasileira, considerando as peculiaridades da ordem jurídica e do funcionamento institucional do país. Para oferecer um deslinde propositivo à construção argumentativa, a tese procedeu, em

seu capítulo derradeiro, a um estudo das hipóteses de mudança da Constituição Federal, pontuando as características e o cabimento dos procedimentos de revisão, mutação e reforma.

Concluiu-se que a via mais adequada para realizar a alteração do artigo 133 da Constituição Federal é a da reforma constitucional, capaz de incidir formalmente sobre o texto do dispositivo, injetando-lhe uma redação mais clara e concreta. Mediante a proposição de uma emenda, defende-se a inclusão de um parágrafo único ao artigo 133, de modo a consolidar expressamente a imunidade profissional do advogado por seus atos e manifestações, desde que ligados à defesa da causa. A nova redação do artigo 133 conferiria maior operacionalidade e transparência, sendo proposta nos seguintes termos:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Parágrafo único. O advogado detém imunidade profissional, não constituindo condutas puníveis civil ou penalmente os atos e manifestações, feitos em juízo ou fora dele, desde que ligados à defesa da causa.

Além de assegurar o poder de livre argumentação ao causídico, condicionando a proteção à efetiva atuação profissional, o parágrafo único aventado abarca tanto a imunidade penal quanto a civil, bem como as condutas feitas em juízo ou fora dele. Destarte, o que se vislumbra é uma redação completa e, ainda assim, enxuta, sem volteios ou ambiguidades que prejudicariam a futura operacionalidade que se pretende inculcar no dispositivo.

Embora relevante, a solução jurídica proposta pelo terceiro capítulo constitui apenas uma das alternativas eficazes para enfrentar o epicentro do problema desenvolvido pela tese, que diz respeito à valoração que se tem dado à advocacia enquanto elemento fundamental da cidadania. Promover o reforço da profissão, munindo-a de prerrogativas que lhe permitam assumir o devido compromisso com os cidadãos, é um projeto que exige engajamentos e medidas em diversos níveis e esferas do poder.

Muito além de uma reforma constitucional, este trabalho procurou sustentar que o revigoramento das garantias profissionais e dos princípios da cidadania depende de práticas cotidianas, de firmes cobranças da classe e de posturas

institucionais comprometidas com a independência das funções indispensáveis à sociedade. Só assim será possível tecer uma sólida cultura de respeito às premissas democráticas.

Não há mudança normativa que opere diretamente sobre a consciência que a coletividade possui acerca da importância dos instrumentos jurídicos que lhe são destinados; por essa razão, é necessário reiterar exaustivamente a indispensabilidade do advogado para a perfectibilização da defesa e dos direitos de cidadania e, por conseguinte, para a sobrevivência dos institutos democráticos. Apenas costurando os fragmentos em que se pulveriza essa complexa temática pode-se reafirmar sua essencialidade, chamando o cidadão e a própria classe ao engajamento com as prerrogativas profissionais e com o devir do Estado Democrático de Direito.

O segundo capítulo deste trabalho trouxe as principais prerrogativas que o ordenamento jurídico assegura ao advogado em prol dos interesses do cidadão: o sigilo profissional, a inviolabilidade do local de trabalho, a comunicação reservada com cliente preso, a independência e a liberdade da advocacia. Embora todas essas prerrogativas cumpram funções essenciais para os direitos de defesa, é na imunidade por atos e manifestações que se encontra o vínculo essencial com as vozes da cidadania – um compromisso que esta tese buscou, a cada tópico, tornar mais sólido e evidente, por ser indispensável para o bom funcionamento não apenas da justiça, mas de toda a sociedade democrática.

É verdade que o ordenamento jurídico brasileiro já reconhece a necessidade de proteger, em âmbito constitucional, os atos e manifestações que qualificam a atividade do advogado, insculpindo a inviolabilidade no art. 133 da Lei Maior. As palavras inscritas no dispositivo estão sujeitas, contudo, a perder sua força normativa conforme o tempo avança; se pareciam inquebrantáveis após o encerramento de um tortuoso processo repressivo, arriscam-se a ser esquecidas pelas próximas gerações. Daí a importância de revigorá-las, trazendo à tona a memória que justifica a proteção especial conferida à advocacia e às demais profissões que permitem ao cidadão exercer seus direitos fundamentais em toda sua plenitude.

Espera-se que esta tese tenha desenvolvido reflexões pertinentes e acenado com respostas factíveis para os problemas suscitados ao longo de seus capítulos, abordando o tema relativo aos direitos de defesa e às prerrogativas da livre advocacia de forma compatível com sua dimensão e relevância. Por certo, a natureza acadêmica do trabalho não o impediu de dialogar ativamente com os fatores reais que amoldam seu âmbito de estudo, habilitando-o a propor mudanças efetivas no direito brasileiro. Além disso, a pesquisa aqui empreendida procurou reforçar o compromisso da advocacia com os direitos de cidadania e com a preservação do Estado Democrático de Direito, salientando sua histórica atuação em prol de uma ordem constitucional efetivamente comprometida com os direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. **Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/113927](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/113927)>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: Teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 1.
- ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- \_\_\_\_\_. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <[http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2018.
- \_\_\_\_\_. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI168919,51045-O+constitucionalismo+democratico+no+Brasil+cronica+de+um+sucesso>>. Acesso em: 14 set. 2018.
- BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no limiar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BATISTA, Vera Malaguti. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**. Dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL Senado Federal. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**.

Disponível em:

<[http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988\\_12.07.2016/art\\_3\\_.asp](http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/ADC1988_12.07.2016/art_3_.asp)>. Acesso em: 02 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Memorial da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.truenetm.com.br/jurisnet/sumusSTF.html>>. Acesso em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Disponível em:

<[https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN\\_Standards\\_and\\_Norms\\_CPCJ\\_-\\_Portuguese1.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf)>. Acesso em: 18 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Ato Institucional nº 5**, de 13 de dezembro de 1968.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Código de Processo Civil**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Código de Processo Penal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 25 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Constituição Federal**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Decreto nº 19.408** de 18 de novembro de 1930.

Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/D19408.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm)>. Acesso em: 06 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Decreto nº 19.841**, de 22 de outubro de 1945.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Decreto nº 40**, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei Complementar nº 35/79**, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp35.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei Complementar nº 75**, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 19 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei nº 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei nº 4.898**, de 9 de dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l4898.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4898.htm)>. Acesso em: 19 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.625/1993** (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.906**, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria DISPF nº 4**, de 28 de junho de 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-10.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de *Habeas Corpus* nº 4056-4/RJ. Relator: Ministro Assis Toledo. **JusBrasil**. DJ: 21/11/1994. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557843/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-4056-rj-1994-0031877-4/inteiro-teor-100327523?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.065.397/MT**. Relator: Ministro Massami Uyeda. DJ: 04/11/2010. Disponível em:

<[http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/84/669/DECISAO\\_STJ\\_1065397\\_\(RAC\\_47178-2005\).pdf](http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/84/669/DECISAO_STJ_1065397_(RAC_47178-2005).pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.465.966. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior. DJ: 10/10/2017. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/511550584/recurso-especial-resp-1465966-pe-2014-0165227-0/inteiro-teor-511550588?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.677.957/PR**. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJ: 24/04/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=82074928&tipo=51&nreg=201603229635&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180430&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 684.532/DF (2004/0121652-0). Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ: 08/03/2005. **JusBrasil**, 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7232018/recurso-especial-resp-684532-df-2004-0121652-0>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF**. Relator: Ministro Paulo Brossard. DJ: 06/10/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346838>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. DJ: 17/05/2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14732406/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1127-df?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC**. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 19/05/2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>>. Acesso em: 11 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3.026/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ, p. 31, 29 set. 2006. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/760367/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3026-df>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI-MC nº 981**. Relator: Ministro Néri da Silveira. DJ: 17/21/1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346733>>. Acesso em: 03 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Cármen Lúcia. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de José Afonso da Silva. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Parecer de Paulo Bonavides. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 1127/DF**. Petição do Conselho Federal da OAB. Material disponibilizado pelo Conselho Federal da OAB.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADPF nº 54/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/04/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **AG. REG. no Recurso Extraordinário com Agravo 915.424**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 20/10/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9895295>>. Acesso em: 24 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Ação Ordinária 1.531-6/RS**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 03/06/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=598704>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 28.857/GO**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 15/12/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622039>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção nº 772-1/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 24/10/2007. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2926770/agregno-mandado-de-injuncao-mi-agr-772-rj/inteiro-teor-101180710?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 106.225/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 22/03/2012. **JusBrasil**, 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21425242/habeas-corpus-hc-106225-sp-stf/inteiro-teor-110355330?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 84107/SC. Relator: Ministro Carlos Velloso. DJ: 18/06/2004. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14741916/habeas-corpus-hc-84107-sc>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 87451/RS**. Relator: Ministro Eros Grau. DJ: 14/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000009514&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 91.867/PA**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ: 20/09/2012. 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2792328>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **HC 102.019 PB**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 17/08/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=615684>>. Acesso em: 25 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452/RS**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 12/05/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **MS nº 23.576-DF (Pedido de Reconsideração)**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14/12/1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo176.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 151840/MG. DJ: 23/08/1999. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8385532/recurso-especial-resp-151840-mg-1997-0073702-0/voto-102630367>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 506593 SC 2003/0025328-3. Relator: Ministro Felix Fischer. DJ: 03/11/2003. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/220435/recurso-especial-resp-506593-sc-2003-0025328-3>>. Acesso em: 23 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 03/12/2008. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STJ. *Habeas Corpus* nº 41576/RS. Relator: Ministro Paulo Medina. **JusBrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8924577/habeas-corpus-hc-41576-rs-2005-0018051-1-stj/relatorio-e-voto-14078528?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

BRITTO, Cezar; COELHO, Marcus Vinicius Furtado. **A inviolabilidade do direito de defesa**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Da reforma à mutação constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, n. 129, p. 25-43, 1996.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Sulamita Santos; VIVIANE, Karla; RECH, Nathalia. **OAB Rio Grande do Sul. A história.** Porto Alegre: Imprensa Livre, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados.** São Paulo: Pillares, 2013.

CANÁRIO, Pedro. **Constituição brasileira é das mais avançadas do mundo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-out-16/constituicao-brasileira-avancadas-mundo-luigi-ferrajoli>>. Acesso em: 21 ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, [2001].

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal.** Campinas: Bookseller, 2005.

CASAGRANDE, Cássio. **O dano moral e a dignidade na régua do salário.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-dano-moral-e-a-dignidade-na-regua-do-salario-22112017>>. Acesso em: 23 maio 2018.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **Inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos das empresas – Sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado.** 2009. Disponível em: <<https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/inviolabilidade-de-escritorios-de-advocacia-e-departamentos-juridicos-das-empresas-sigilo-profissional-e-prerrogativas-da-profissao-de-advogado>>. Acesso em: 02 maio 2018.

\_\_\_\_\_. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CASTRO, Guilherme Fortes Monteiro de; GONÇALVES, Eduardo da Silva. **A aplicação da common law no Brasil: diferenças e afinidades.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11647&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11647&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 22 maio 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas.** Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

COMPARATIVE CONSTITUTIONS PROJECT. **Constitution rankings**. 2016. Disponível em: <<http://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/>>. Acesso em: 17 set. 2018.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Europeia de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>>. Acesso em: 25 maio 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2018.

COSTA, Priscyla. **Conversa de advogado com cliente não vale como prova**. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-jul-26/conversa\\_advogado\\_cliente\\_nao\\_vale\\_prova](https://www.conjur.com.br/2008-jul-26/conversa_advogado_cliente_nao_vale_prova)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2001.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

**DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 30 maio 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador: JusPodivm, 2009. v. I.

DOMINGUES, Alexandre de Sá. **Qual o papel da OAB na gestão pública?** Disponível em: <<http://oabguarulhos.org.br/qual-o-papel-da-oab-na-gestao-publica/>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. **A evolução da física**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Constituição dos Estados Unidos**. Disponível em: <<https://constitutioncenter.org/media/files/Port-Constitution%208-19.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Na defesa das prerrogativas do advogado**. Brasília: OAB, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. Da validade e legitimidade das mutações constitucionais. In: MENDES, Gilmar Ferreira e MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 327-332.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA. **Constituição francesa**. Disponível em: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2018.

GAUER, Ruth Maria Chittó. **Constituição e cidadania**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2015.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOUREIRO, Antonio Tovo; MALACARNE, Emília Klein. O papel do defensor na Ditadura Militar brasileira. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 58-76.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21>>. Acesso em: 10 maio 2018.

LUIZ, Edson Medeiros Branco. A atuação política da Ordem dos Advogados do Brasil durante o Regime Militar. In: XIII ENCONTRO ANPUH-RIO. Identidades, 2008. Rio de Janeiro. **Anais** (on-line). Disponível em: <[http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212587878\\_ARQUIVO\\_Publicacao-AtuacaodaOAB-AnpuhRio.pdf](http://encontro2008.rj.anpuh.org/resources/content/anais/1212587878_ARQUIVO_Publicacao-AtuacaodaOAB-AnpuhRio.pdf)>. Acesso em: 26 abr. 2018.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MASSARO, Toni M.; SULLIVAN, E. Thomas. **The arc of due process in american constitutional law**. Oxford: Oxford University, 2013.

MASSOM, Nathalia. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MATOS, Miguel. **Migalhas de Rui Barbosa**. 1. ed. São Paulo: Migalhas, 2010. v. I.

MATTOS, Edson Viana de. **Da natureza jurídica do compromisso do advogado**. Disponível em:

<[http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista10/revista10\\_184.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista10/revista10_184.pdf)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1985.

MENDES, Gilmar Ferreira. Apresentação. In: HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NATIONAL MUSEUM OF AMERICAN HISTORY. **The decision**: a landmark in american justice. Disponível em: <<http://americanhistory.si.edu/brown/history/5-decision/decision.html>>. Acesso em: 23 maio 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. Atualizada até 10 de abril de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da transdisciplinaridade**. São Paulo: TRIOM, 1999.

OAB. Conselho Federal. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal. **História da OAB**. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](http://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)>. Acesso em: 28 jan. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal. **OAB lembra Dia de São Ivo, padroeiro dos advogados**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/28410/oab-lembra-dia-de-santo-ivo-padroeiro-dos-advogados>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal. **Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB**. Dispõe sobre o Regulamento Geral previsto na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em: <[http://www.oabrs.org.br/arquivos/file\\_524eccb6c3846.pdf](http://www.oabrs.org.br/arquivos/file_524eccb6c3846.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal. **Resolução nº 02/2015**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Material organizado pela empresa Balaio de Ideias, sob a responsabilidade de Eduardo Grigaitis, com revisão da diretoria da OAB/SP, 2014.

\_\_\_\_\_. **Ofício nº 271/2016-PNP**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160726-11.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Procuradoria Nacional de Defesa das Prerrogativas. **Cartilha das prerrogativas**. Brasília, nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. **Princípios básicos das Nações Unidas relativos à função dos advogados**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/ajus/prev23.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2018.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. **Mutação constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PASSOS NETO, Francisco Modesto dos. **Imunidade parlamentar x decoro parlamentar**. Quais limites os separam. 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Imunidade-Parlamentar-x-Decoro-Parlamentar-Quais/49388799.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

PINHEIRO, Marcio Alves. **As características dos superprincípios jurídicos estabelecidos nos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9834/as-caracteristicas-dos-superprincipios-juridicos-estabelecidos-nos-principios-fundamentais-da-constituicao-da-republica-federativa-do-brasil>>. Acesso em: 23 maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PORTUGAL. **Constituição portuguesa**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 15 maio 2018.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas**: tempo, caos e as leis da natureza. Tradução de: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996.

RAHAL, Carla. Criminal compliance: instrumento de direito comparado útil e legítimo de proteção corporativa no direito brasileiro. In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Org.). **Advocacia criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 77-82.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia**. Comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 4. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo Revista dos Tribunais, 1997.

RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. Os direitos do preso e as prerrogativas do exercício da advocacia. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-27/direitos-presos-prerrogativas-exercicio-advocacia?imprimir=1>>. Acesso em: 04 maio 2018.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. **Advogados, Constituições e como são feitos julgamentos sem esperança**. 20 ago. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-ago-20/advogado-permanece-figura-incompreendida-gente>>. Acesso em: 14 maio 2018.

RONCAGLIA, Daniel. **Leia parecer da OAB de 1979 a favor da anistia ampla**. 16 nov. 2008. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2008-nov-16/leia\\_parecer\\_oab\\_1979\\_favor\\_anistia\\_ampla](https://www.conjur.com.br/2008-nov-16/leia_parecer_oab_1979_favor_anistia_ampla)>. Acesso em: 25 maio 2018.

SANTOS, George Resende Rumiatto de Lima. **Imunidade parlamentar material no Congresso tem limites no decoro**. 18 abr. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/george-rumiatto-imunidade-parlamentar-limites-decoro>>. Acesso em: 10 maio 2018.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Daniel Cavalcante. **Cadernos do sacerdócio da advocacia**: apontamentos sobre a defesa das liberdades, democracia e ética. 4. ed. Disponível em: <<http://ena.oab.org.br/Content/premio-evandro-lins/4-Edicao-Daniel-Cavalcante-Silva.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A new world order**: government networks and the disaggregated state. Princeton: Princeton University, 2004.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **A ética profissional e o estatuto do advogado**. São Paulo: LTr, 1975.

\_\_\_\_\_. **O advogado, seu estatuto e a ética profissional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A defesa de sua independência**: um dever do magistrado. Disponível em: <<http://www.adj.or.br>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

SOUZA, Jean Michel Postai de. A história da advocacia. **Revista Eletrônica OAB Joinville**, Joinville, ed. 2, v. 2, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://revista.oabjoinville.org.br/artigo/81/a-historia-da-advocacia/>>. Acesso em: 10 maio 2018.

SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. **Racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável**.

Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/103/99>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

SPIELER, Paula; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Advocacia e resistência: estratégias jurídicas de defesa de perseguidos políticos em meio à legislação repressiva da Ditadura de 1964. In: \_\_\_\_\_ (Org.). **Advocacia em tempos difíceis**: Ditadura Militar 1964-1985. Curitiba: Edição do Autor, 2013. p. 31-46.

STRAUSS, David A. **The living Constitution**. New York: Oxford University, 2010.

STRECK, Lenio L.; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentário ao artigo 53. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2262-2267.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas profissionais do advogado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

U.S. SUPREME COURT. **Washington v. Texas**. Disponível em:

<<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/14/case.html>>. Acesso em: 25 maio 2018.

VANDEVELDE, Kenneth J. **Pensando como um advogado**: uma introdução ao raciocínio jurídico. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

WIGMORE, John H. St. Ives, patron saint of lawyers. **Fordham Law Review**, New York, 1936. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol5/iss3/2>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

## APÊNDICE

A tese tem como resultado a proposta de emenda ao artigo 133 da Constituição Federal, mediante a criação de parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Parágrafo único. O advogado detém imunidade profissional, não constituindo condutas puníveis civil ou penalmente os atos e manifestações, feitos em juízo ou fora dele, desde que ligados à defesa da causa.

Entende-se que a inclusão do parágrafo único acima transcrito traria maior clareza e transparência ao dispositivo, conferindo-lhe operacionalidade no sentido de preservar os direitos de defesa da sociedade democrática.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria Acadêmica  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [proacad@pucrs.br](mailto:proacad@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br/proacad](http://www.pucrs.br/proacad)