

## A IMUNIDADE PENAL DO ADVOGADO NA LEI 8.906, DE 4.7.94 — ESTATUTO DA OAB

FÁBIO MEDINA OSÓRIO

Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul

“As concepções de Justiça podem variar de época para época. Isso é suficientemente ilustrado pelo fato de que, para os gregos, justiça consubstanciava essencialmente a idéia de desigualdade, uma vez que a própria ausência de igualdade natural entre seres humanos (assim como entre objetos físicos) exigia tratamento diferente, enquanto que, em tempos modernos, podemos arriscar a opinião de que a igualdade é considerada a própria essência da Justiça. Com efeito, a obtenção da igualdade, não a preservação da desigualdade, é o que a filosofia moral e a filosofia do direito modernas tratam como função vital da Justiça” (Dennis Lloyd, *A Idéia de Lei*, Ed. Martins Fontes, 1985).

A sociedade brasileira vive o clima democrático de combate à impunidade, com a efetiva fiscalização da imprensa e cobrança de uma postura rigorosa das autoridades públicas. As leis penais são feitas para todos e, não importando distinções de qualquer natureza (art. 5.º, *caput*, da Carta da República), aplicam-se também aos poderosos, aos ricos, aos pertencentes a toda e qualquer categoria social ou profissional. Não há cogitação de direitos absolutos, no sistema constitucional vigente, porque a essência da democracia moderna é a eliminação das desigualdades, a fim de que não se torne procedente a tese de que a discriminação lesiva ao princípio isonômico decorre da natureza frágil e precária do próprio regime democrático, que se assenta no sistema representativo e pressupõe o exercício do poder, na elaboração das leis, em nome de toda a sociedade, e não em nome de poucos privilegiados.

É certo que a imunidade penal, como causa de afastamento concreto da incidência das normas repressivas, não acarreta, em tese, ofensa ao princípio de que todos são iguais perante a lei, porque, sua origem histórica o demonstra,<sup>1</sup> desde seu surgimento, na Inglaterra, é garantia de determinada função contra o Poder Imperial. O instituto vincula-se, historicamente, às funções parlamentares,<sup>2</sup> assegurando liberdade e autonomia aos representantes diretos do povo,<sup>3</sup> constituindo verdadeira garantia funcional não colidente

1. Pedro Aleixo, “Imunidades Parlamentares”, Minas Gerais, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1961, p. 23.

2. Fernanda Dias Menezes de Almeida, *Imunidades Parlamentares*, Dissertação de Mestrado, Brasília, Câmara dos Deputados, 1982, pp. 69-70 e 96.

3. Miguel Reale, “Reforma Constitucional, Imunidade Parlamentar”, *RDP* 8/13, S. Paulo, RT, 1969.

com o princípio da igualdade. O destinatário imediato do instituto seria a própria Câmara,<sup>4</sup> representativa, por seu turno, da soberania popular (o poder exercido em nome do povo — art. 1.º da CR).

Mas o advogado é também beneficiário da imunidade penal, sendo ele “inviolável, por seus atos e manifestações, no exercício da profissão, nos limites da lei”, e, ademais, “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CR). Parece dispensável, a esse propósito, salientar a notória relevância social da função advocatícia, essa nobre atividade privada que, indiretamente, revela-se um múnus público.

Também seria despidendo, porque de conhecimento público, lembrar o recente papel histórico da advocacia no combate ao regime ditatorial instaurado em 1964, bastando fazer referência ao corajoso discurso do causídico e jurista Serrano Neves:<sup>5</sup> “Em face da ameaça de qualquer poder sem freios, não cruzemos os braços. Não fechemos os olhos. Não guardemos o livro, em atitude de melancólica deserção. Escudados na lei, e apenas na lei, como soldados da lei, brademos contra os desmandos. Ponhamos freios à insolência e à tocaia do direito autoritário, de que usam e abusam as ditaduras. Preguemos, com calor, a sobrevivência do instituto democrático do sufrágio popular. Defendamos a perenidade e o prestígio do Judiciário, como templo que é, em que se opera o milagre do Direito — gema preciosa de que somos pacientes lapidários. Reivindiquemos, a céu aberto, o direito de pensar e de expor, livremente, o pensamento, sem prévia censura. Brademos, afinal, contra a negação dos direitos fundamentais do homem”.

O instrumento de luta do jurista, notadamente do advogado, operador jurídico, defensor dos direitos individuais, é a linguagem, as palavras, esses símbolos que transmitem o pensamento humano, as idéias, e operam as mais profundas transformações na sociedade, que é, antes de tudo, um fenômeno cultural.

Os excessos da linguagem, no exercício profissional, quando necessários ou justificáveis, não merecem o rigor da lei repressora, porque esse rigor poderia significar, na verdade, cerceamento ao direito de plena defesa, inscrito no art. 5.º, LV, da CR, garantia fundamental dos litigantes em geral.

Fora de dúvida, pois, que assegurar a plena defesa dos direitos individuais foi o objetivo do constituinte de 1988, estabelecendo, via de conseqüência, ser o advogado inviolável, por seus atos e manifestações, no exercício de sua sagrada profissão e nos limites da lei.

Aí, portanto, a garantia constitucional conferida às funções exercidas pelos advogados.

Randolpho Gomes, diante do texto constitucional, sustentou que aquela garantia teria largo alcance, excluindo a responsabilidade do advogado pela prática dos crimes de desacato, desobediência, injúria, difamação e até mesmo calúnia, desde que praticados, todos, no exercício de sua profissão, pensamento esse acompanhado por Damásio,<sup>6</sup> mas repudiado pela jurisprudência

4. Antonio Edwing Caccuri, “Imunidades Parlamentares”, *RT* 554/292; Argemiro de Figueiredo, “Imunidades Parlamentares”, *Rev. Inf. Leg.* 6/14, Brasília, Senado Federal, 1965.

5. Serrano Neves, *Imunidade Penal*, Ed. Alba, Guanabara, p. 41.

6. Randolpho Gomes, *O Advogado e a Constituição Federal*, Ed. Trabalhistas, 1990, pp. 25-30; Damásio Evangelista de Jesus, *Código de Processo Penal Anotado*, Saraiva, 1989, p. 383.

que, de modo uniforme, entendeu que a expressão “nos limites da lei” remeteria o intérprete aos termos legais então vigentes, quais sejam, o art. 142, I, do CP, e a Lei 4.215, de 27.4.63,<sup>7</sup> pelos quais o advogado seria imune somente aos delitos de injúria e difamação, praticados em juízo, no debate da causa.

Mas, como adverte Serrano Neves, “a advocacia passou a ser profissão de atuação em todos os setores da administração, até mesmo junto ao Legislativo”.<sup>8</sup> Nehemias Gueiros esclarece: “É o *lobby*. Daí chamar-se *lobby agente*, *lobbyer*, ou, mais usualmente, *lobbyst* à pessoa que, nas salas e nos corredores das casas legislativas, ou fora delas, postula perante os legisladores, influenciando na redação, na tramitação, na aprovação ou rejeição de projetos de lei”.<sup>9</sup>

Não é de surpreender, portanto, o advento da Lei 8.906, de 4.7.94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil — OAB, e a previsão da denominada “imunidade profissional” do advogado, *in verbis*: “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” (art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94).

Reacende-se a polêmica em torno do alcance da imunidade penal do advogado e parece conveniente tecer algumas breves considerações em torno dessa garantia jurídica, atentando-se para o fato de que a denominação “imunidade profissional” traduz, sem dúvida, uma imunidade penal, porque, como adverte a doutrina, a norma penal é aquela que disciplina um acontecimento jurídico-penal “em todos os momentos de sua vida: nascimento, modificações, existência e extinção”. No caso em análise, a norma do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, impede a incidência concreta de normas penais incriminadoras, sendo, portanto, também uma espécie de norma penal.<sup>10</sup>

## 1. Da natureza da imunidade

Trata-se de uma causa que isenta o advogado de apenamento, porque utiliza o legislador o termo “puníveis”. A idéia é que o desacato, a difamação e a injúria, praticados pelo advogado, em juízo ou fora dele, no exercício de sua atividade, não sejam puníveis. Isto significa que o fato típico está configurado, em todos os seus elementos, inclusive o dolo que, ao menos quanto aos delitos intencionais, é regido, ao que tudo indica, pela teoria

7. HC 289.107.807, CCrim. de Férias — TARS; HC 293.148.151, 1.ª CCrim. — TARS; HC 288.073.257, 3.ª CCrim. — TARS; HC 292.040.870, 1.ª CCrim. — TARS; HC 290.110.873, 4.ª CCrim. — TARS; RSTJ 111/139, 50/389, RT (julgado do STJ) 652/346; RTJ 144/525.

8. Ob. cit., p. 10.

9. Nehemias Gueiros, *A Advocacia e o Poder Legislativo*, Ed. Freitas Bastos, 1958, p. 9.

10. Álvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal, Parte Geral*, v. I, t. I, 4.ª ed., Forense, Rio, 1992, p. 271.

finalista da ação.<sup>11</sup> Também a ilicitude está pressuposta nos delitos de injúria, difamação e desacato, porque as eventuais causas excludentes do ilícito merecem ser analisadas antes das causas que excluem o apenamento ou a punibilidade. E o legislador, no caso em exame, fala em exclusão da “punibilidade”, destacando que os advogados são imunes apenas ao apenamento.

Não obstante a clareza do dispositivo legal, referentemente à imunidade anterior, que utilizava idêntica terminologia (não constituem injúria ou difamação puníveis), a opinião majoritária entendia tratar-se de causa excludente da ilicitude,<sup>12</sup> sendo que sólidos doutrinadores, por seu turno, adotavam a tese da exclusão da culpabilidade.<sup>13</sup>

O primeiro requisito para a exclusão de justa causa para investigações<sup>14</sup> ou do processo penal é a ausência de tipicidade. Excepcionalmente é que se reconhece, em sede de *habeas corpus*, uma causa excludente da ilicitude ou culpabilidade, de modo a retirar a justa causa para a ação penal.<sup>15</sup>

Ocorrendo o fato típico (cometimento dos crimes de injúria, difamação ou desacato), em tese, a regra é a justa causa para a persecução penal, porque o exame da imunidade conferida aos advogados depende da análise das provas, como tem sido o entendimento dominante.<sup>16</sup>

## 2. Da não abrangência da calúnia no âmbito da imunidade penal do advogado

Não se desconhece a existência de julgados que, após o advento do art. 133 da CR, passaram a entender que a imunidade penal do advogado acobertava a calúnia.<sup>17</sup> Todavia, a literalidade do texto legal, tanto anterior,<sup>18</sup> como o atual, indicam a não incidência da imunidade nos delitos de calúnia, porque, como sustenta Serrano Neves, o *falsum* é incompatível com a advocacia: “Calúnia é crime de particular gravidade. E, se cometido por advogado, cresce de tomo, pois, como temos dito e repetido, no seu *officium publicum*, o advogado é elemento indispensável à administração da justiça”<sup>19</sup> e o “foro, como dizia Cícero, é um viveiro de honras. Se é verdade que pode suportar (embora com certa tristeza) no advogado, circunstancialmente,

11. Johanes Wessels, *Direito Penal, Parte Geral*, Fabris Editor, 1976, p. 25; Francisco de Assis Toledo, *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1987, p. 109.

12. Anfbal Bruno, *Direito Penal, Parte Especial*, Forense, 1966, p. 331; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, Parte Especial*, Saraiva, 1979, v. 2, p. 224; Paulo José da Costa Júnior, *Comentários*, Saraiva, 1988, v. 2, p. 87; Júlio F. Mirabete, *Manual de Direito Penal*, Ed. Atlas, 1986, v. 2, p. 150.

13. Néelson Hungria, *Comentários*, Forense, 1980, v. VI, p. 116; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, Saraiva, 21.ª ed., v. 2, 1986, p. 150.

14. Romeu de Almeida Salles Júnior, *Inquérito Policial*, 2.ª ed., v. 4, p. 18; José Antonio Paganella Boschi, *Ação Penal, Denúncia, Queixa e Aditamento*, Aide, 1993, p. 47.

15. HC 289.012.205, 2.ª CCrim. — TARS.

16. HC 290.110.873, 4.ª CCrim. — TARS.

17. Ap. Crim. 291.107.522, 4.ª CCrim. — TARS.

18. HC 293.167.839, 1.ª CCrim. — TARS.

19. Ob. cit., p. 54.

explosões de fúria sagrada, não é menos verdade que há de condenar, com revolta, suas arrojadas incursões no pantanal do *falsum*".

Tampouco é o advogado imune ao delito de denúncia caluniosa, sendo que, nesse passo, Serrano Neves entende que, se o causídico dá causa a procedimento disciplinar contra o advogado *ex adverso*, "por atribuir a este, falsamente, fato definido como crime, pode ser processado, criminalmente, pelo crime do art. 339 do CP. A investigação policial ali mencionada corresponde a instrução provisória" e "a expressão investigação policial não pode ter inteligência restrita".<sup>20</sup>

Compreende-se, de fato, que a calúnia não seja admitida como meio de defesa, porque o objetivo do processo é a busca da verdade, sendo inviável aceitar a idéia de que pudesse o advogado, para obter ganho de causa, caluniar e agredir a própria Administração da Justiça.

### 3. Do "animus narrandi" e "animus defendendi"

Felizmente minoritária é a posição que situa o *animus narrandi* ou *animus defendendi* no âmbito da imunidade penal,<sup>21</sup> porque o problema merece ser resolvido no terreno do dolo.<sup>22</sup>

Observa-se que, não raro, o advogado é forçado a narrar um ilícito penal, contra alguém, de modo a obter o direito pleiteado em juízo,<sup>23</sup> e isto deve excluir, via de regra, o conhecimento da "falsidade na imputação", elemento do tipo da calúnia. Evidentemente que não pode o advogado, em conluio com a parte, atribuir, falsamente, crime a terceira pessoa. Daí porque é de boa cautela para o causídico, quando tiver de narrar fatos delituosos, munir-se de expressa menção prévia no instrumento de mandato, de modo a comprovar o *animus narrandi* e excluir, desde logo, justa causa para a ação penal.

Não se pode aceitar é a seguinte situação: o advogado comete uma calúnia e, indagado, sustenta o *animus narrandi*, ao passo que seu cliente sustenta que entregou o caso nas mãos do advogado e não tem responsabilidade por suas afirmações em juízo. A vítima ficaria, nessa hipótese, ao desamparo do Estado, o que é inadmissível.

### 4. Da expressão "em juízo ou fora dele"

Essa expressão significa apenas que a atividade advocatícia não se resume aos pleitos judiciais, acolhendo-se, nesse passo, antiga lição doutrinária,<sup>24</sup> porque a imunidade também alcança as manifestações proferidas em procedimentos administrativos.

Ademais, é certo que o enunciado "em juízo ou fora dele" merece ser interpretado em conjugação com o enunciado "no exercício da atividade".

20. Ob. cit., p. 56.

21. Ap. Crim. 291.107.522, 4.ª CCrim. — TARS.

22. Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal, Parte Especial*, Forense, 6.ª ed., 1981, p. 204.

23. RSE 290.010.776, 2.ª CCrim. — TARS.

24. Serrano Neves, ob. cit., p. 58.

Isto porque a imunidade penal não se direciona no sentido de conferir um privilégio pessoal aos advogados, mas sim uma efetiva garantia que, eventualmente, possa ser necessária ao perfeito exercício do direito de plena defesa dos membros da coletividade organizada.

Não se pode aceitar, portanto, a eventual idéia de que pudessem os advogados, através dos meios de comunicação, da imprensa em geral, agredir a honra alheia e ofender, expressando menosprezo, o princípio da autoridade. Salienta-se, a propósito, que não se insere no âmbito do exercício da advocacia *stricto sensu* o privilégio de proferir discursos ofensivos através dos meios de comunicação, salvo nas hipóteses estritas do direito de resposta e do direito de retorsão.

Aliás, a *praxis* forense, não raro, demonstra tristes exemplos de uma aparente e ilegal “reconvenção criminal”, consistindo esta hipótese no fato de que debates processuais, em linguagem desnecessária e inadequada, são transportados para jornais, revistas, rádio e televisão. Nessas oportunidades, é comum ver-se o órgão oficial da acusação ou o órgão jurisdicional submetidos a infundados ataques pessoais promovidos pelos réus ou seus defensores. Isto significa uma clara tentativa de inverter os pólos processuais, buscando-se colocar o acusador oficial e o julgador, perante a opinião pública, no banco dos réus. Mas isto, *data venia*, não é exercício da plena defesa, e tampouco se insere dentro das atribuições de uma advocacia ética e “indispensável à administração da justiça” (art. 133 da CR).

É o princípio da responsabilidade que deve nortear as manifestações dos advogados e de quaisquer outros membros da coletividade nos meios de comunicação, porque “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” (art. 5.º, IV, da CR) e “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art. 5.º, X, da CR), bem como, havendo ofensas, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem” (art. 5.º, V, da CR).

Destarte, esses direitos fundamentais não podem ser violados por discursos irresponsáveis, levianos e ofensivos, porque “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5.º, XLI, da CR) e constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3.º, I, da CF) e “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5.º, *caput*, da CF).

Por isso, é de se concluir que o enunciado “em juízo ou fora dele” não alargou o âmbito da imunidade penal dos advogados, porque a garantia permanece atrelada à necessidade da eventual prática de injúria, difamação ou desacato para o efetivo, ético e jurídico direito de plena defesa, e isto somente ocorre quando houver o exercício postulatório dos direitos perante autoridade competente.

## **5. Das ofensas irrogadas ao Juiz e ao membro do Ministério Público**

O entendimento dominante, à luz da legislação anterior, apontava impossibilidade de as ofensas atingirem os Magistrados ou os membros do

Ministério Público,<sup>25</sup> porque estes estariam no desempenho de função pública. Mas, se houvesse necessidade, para a discussão da causa, admitia-se pudesse o advogado, excepcionalmente, atingir a honra dos Magistrados ou Promotores de Justiça, especialmente porque a lei anterior não tinha previsão restritiva expressa.

Fora de dúvida que a atual legislação admite, como alvo das manifestações dos advogados, as autoridades públicas, porque admite, inclusive, o delito de desacato, cujo sujeito passivo é a própria Administração Pública.

O importante é verificar, no caso concreto, se houve necessidade de o advogado ofender o Juiz, o membro do Ministério Público, terceiros ou a parte contrária. O núcleo da imunidade aí reside: a necessidade das ofensas para o desempenho das funções.

## 6. Da expressão “no exercício da atividade”

Eis aí a chave do instituto da imunidade penal: proteção ao exercício da atividade advocatícia, considerada de grande relevância ao meio comunitário.

O dispositivo legal anterior tinha previsão do enunciado: “na discussão da causa”. “Causa”, no dizer do eminente Serrano Neves, “é o interesse defendido por advogado, no exercício de seu ministério, perante autoridade pública incumbida de decidir, seja por força de função específica, seja em face de parcelamento de função jurisdicional”.<sup>26</sup> Exigia-se, entre a manifestação dita criminosa, e o objeto do litígio, um nexo lógico,<sup>27</sup> não se admitindo expressões desnecessárias<sup>28</sup> ou ofensas que espelhassem extravasamento de animosidade pessoal, destinadas a produzir humilhação e desprezo.<sup>29</sup>

A supressão do enunciado “na discussão da causa” talvez objetivasse um maior alcance à imunidade penal do advogado, porque seria natural que aquela nobre categoria buscasse o alargamento de suas garantias e prerrogativas, sendo oportuna a palavra de Mezger, citado por Karl English: “O Direito enquanto norma valoradora é um necessário pressuposto lógico do Direito como norma determinativa. Pois quem pretende determinar algo a fazer tem de previamente conhecer aquilo a que o quer determinar: ele tem de valorar aquele algo num sentido positivo”.<sup>30</sup>

Ocorre que diversos são os momentos de valoração da norma jurídica, sendo o seu surgimento, no Poder Legislativo, bastante exposto às pressões políticas e corporativas, sucedendo exatamente o contrário no momento de sua aplicação ao caso concreto, dadas as garantias de independência conferidas aos membros do Poder Judiciário. Daí porque o estudo histórico da vontade do legislador não prevalece em detrimento da vontade objetivada na lei, parecendo pertinente a advertência de Carlos Maximiliano: “Houve exageros no apreço aos trabalhos preparatórios, a ponto de se lhes atribuir

25. Néelson Hungria, *Comentários*, v. VI, Forense, 1980, pp. 129-130.

26. Ob. cit., p. 59.

27. HC 292.040.870, 1.ª CCrim. — TARS.

28. Ap. Crim. 292.153.772, 2.ª CCrim. — TARS.

29. Ap. Crim. 291.089.563, 3.ª CCrim. — TARS.

30. Karl English, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.ª ed., Fundação Calouste

o valor de interpretação autêntica, o que era rematado absurdo. Não parece defensável o equiparar a uma exegese oficial, compulsória, irretorquível, um processo espontâneo e menos eficiente e recomendável que o sistemático, o teleológico, o baseado na jurisprudência”.<sup>31</sup>

Na aplicação do instituto da imunidade, consubstanciado em norma penal, o operador judiciário deve, de início, como observa Juan Bustos Ramírez, no tocante às leis penais, atentar para o conteúdo material da Constituição Federal,<sup>32</sup> devendo a norma jurídica ser interpretada em conformidade com os ditames constitucionais, dentro do princípio da “conservação dos valores jurídicos”, no dizer de Garcia de Enterría.<sup>33</sup>

A imunidade, portanto, no excepcionar a aplicação da lei penal, deve levar em conta os direitos que igualmente podem ser violados pela conduta daquele que está acobertado pelo instituto excludente do apenamento.

Assim, p. ex., não é demais lembrar que “a honra se inclui entre os direitos de personalidade”, inscrita no art. 5.º, X, da CR, incluindo-se entre aqueles bens jurídicos de natureza pessoal, conforme a correta afirmação de Luiz Luisi,<sup>34</sup> e que o direito a reputação, no dizer de Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, se insere na esfera individual tutelada pelo Direito Penal, garantindo-se a individualidade contra os abusos.<sup>35</sup>

A honra, pois, se inclui no capítulo dos Direitos Fundamentais, na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em outubro de 1988.

O princípio da autoridade, por seu turno, como proclamou decisão judicial, não se confunde com autoritarismo e é razão de ser o fundamento de toda a Administração Pública,<sup>36</sup> porque esta é “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas”, sendo o poder aquela “energia capaz de coordenar e impor decisões visando à realização de determinados fins”,<sup>37</sup> e eis o poder político, que é expressão da soberania do Estado, inscrita no art. 1.º da CR.

O princípio do respeito à autoridade dos agentes políticos, o dever de obediência dos administrados, seguramente decorrem do Poder de Império consubstanciado na soberania estatal, e não se pode admitir, sem uma justa causa, que os administrados possam expressar menosprezo, descaso, desrespeito pela função pública, eis que esses valores também encontram proteção constitucional.

A imunidade do advogado, portanto, deve compatibilizar-se com os demais valores constitucionais existentes.

Gubbenkian, Lisboa, pp. 46-47.

31. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 11.ª ed., Forense, p. 141.

32. Juan Bustos Ramires, *Manual de Derecho Penal Español, Parte General*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984, p. 83.

33. Garcia de Enterría, *La costituzione come norma giuridica. La Costituzione spagnola del 1978*, Milano, 1982, pp. 119 e ss.

34. Luiz Luisi, *Os Princípios Constitucionais Penais*, Fabris, 1991, p. 48.

35. Luiz Vicente Cernicchiaro e Paulo José da Costa Júnior, *Direito Penal na Constituição*, RT, 2.ª ed., p. 199.

36. HC 289.107.807, CCrim. de Férias — TARS.

37. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9.ª ed., pp. 97-98 e 559.

Uma interpretação teleológica, destarte, da norma do art. 7.º, § 2.º, da Lei 8.906/94, no que se refere ao seu alcance, merece levar em linha de conta a necessária conexão que deve existir entre a manifestação criminosa e o exercício da atividade.

Isto significa que deve haver um vínculo de indispensabilidade entre a ofensa à honra, o desacato e o exercício da função advocatícia. Disso resulta a seguinte questão: bastaria a mera conexão formal entre a ofensa e a atividade advocatícia? A resposta é negativa, porque o advogado pode elaborar razões de recurso e, nelas, expressar seu desprezo, seu desrespeito e animosidade pessoal contra o julgador. Pode o advogado, no Tribunal do Júri, no exercício formal das funções, atingir a honra do membro do Ministério Público, de forma desnecessária e ilógica. Pode ocorrer que o advogado, na imprensa, a pretexto de defender interesse da classe, ofenda a honra de terceiras pessoas, adjetivando-as, rotulando-as, e, por cento, a nobre qualidade de advogado não retirará o ofensor das malhas da lei penal.

O exercício da atividade advocatícia, através do uso da linguagem, não pressupõe, como regra, o cometimento de crimes contra a honra, porque a normalidade recomenda o uso moderado, mesmo que vivaz, do vernáculo. A advertência de Carlos Maximiliano parece sempre oportuna: “A ironia leva a palma ao vitupério” e “o que impressiona bem (saibam os novos, mais ardorosos e menos experientes) é a abundância e solidez dos argumentos, aliados à perfeita cortezia, linguagem ponderada e modéstia habitual”.<sup>38</sup>

Seria possível que um cidadão, somente por ostentar a nobre qualidade de advogado, pudesse menosprezar, a todo e qualquer momento, a função pública? Será admissível que tivesse o advogado, por essa qualidade, o direito de, no exercício formal da profissão, ofender a honra alheia? Poderia o advogado, insatisfeito com os rumos do voto daquele que está julgando o seu processo, no recinto da Câmara, acusá-lo de incompetente, vagabundo, imbecil? São expressões caracterizadoras da injúria...

Realmente, a ordem constitucional não confere a garantia da imunidade para o exercício formal das funções advocatícias, mas para o efetivo desempenho destas funções, as quais, excepcionalmente, exigem uso de linguagem mais dura, crítica, vivaz, porque o advogado, em certas situações “não pode, na verdade, deixar de ser caloroso, ativo, vertical e febril. Por vezes, até mesmo um tanto desabrido na discussão e por necessidade decorrente da situação da causa em debate” e aí, adverte Serrano Neves, o foro pode ser uma “complicada cozinha de melindres, maledicências e incompreensões”,<sup>39</sup> fazendo-se imperiosa a imunidade penal do advogado.

O instituto da imunidade, porém, pode constituir ofensa ao princípio isonômico, e isto ocorreria, sem dúvida, no caso de se interpretar a norma do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, de modo a beneficiar, injustificadamente, a nobre categoria de profissionais da advocacia, erigindo uma profissão como transporte seguro para o cometimento de crimes contra a honra e prática de desacato.

38. Ob. cit., p. 277.

39. Ob. cit., p. 5.

Com efeito, se todos têm direito à honra e todos devem obediência ao princípio da autoridade, é, no dizer de Francisco Campos, a igualdade que rege os demais direitos individuais, possuindo o sentido de evitar e proibir que em relação a cada indivíduo possa variar o tratamento que a Carta Constitucional dispensa aos seus direitos e garantias.<sup>40</sup>

É certo que, como observa Dennis Lloyd, a igualdade “consiste num julgamento deliberado de valores, segundo o qual certas diferenças entre seres humanos não constituem fundamento adequado para a discriminação”,<sup>41</sup> mostrando-se necessário indagar da validade das diferenças escolhidas pelo legislador e aplicador da norma jurídica.

Mais importante, acentua-se, é o aplicador da lei escolher o caminho hermenêutico capaz de revelar o tratamento isonômico da norma aos jurisdicionados, porque a lei, logo que surge na existência, conforme bem ilustra Karl Engisch, insere-se num campo de força social do qual, de agora em diante, ela vai retirar a nova configuração de seu conteúdo.<sup>42</sup>

O mais triste, no direito penal, é sua denominação como direito dos pobres,<sup>43</sup> razão pela qual não se pode pactuar, na prática, com a constatação de Luiz Alberto Machado de que quanto mais se desce na escala social, mais as redes da malha penal apertam-se, afinam-se, “de forma a impedir que os desviantes da classe baixa, da outra sociedade, logrem a mesma facilidade de escapar da punição que têm aqueles do colarinho branco ou da gravata preta, isto é, das classes média e alta”.<sup>44</sup>

Qual o critério adequado, para usar a expressão de Dennis Lloyd, que deve reger a diferenciação de tratamento, perante a lei penal, que se faz ao advogado, em razão da imunidade consubstanciada no art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB?

Parece lógico que, traçando, uma vez mais, um rápido paralelo com a imunidade parlamentar, cujo fundamento histórico reside na sua vinculação às funções parlamentares, como garantia funcional,<sup>45</sup> jamais pessoal, deve a imunidade do advogado assegurar a esse profissional uma prerrogativa contra o arbítrio, o autoritarismo, incidindo sempre que, para a defesa do direito violado, necessárias e indispensáveis mostrem-se a injúria, a difamação ou, até mesmo, o desacato.

Mas não será a imunidade o manto protetor dos criminosos, aquela minoria que, subvertendo o instituto, não raro, no bojo de aparente exercício profissional, geralmente pela palavra, oral ou escrita, deseja produzir a humilhação, o desrespeito, o ataque infundado à honra alheia.

40. Francisco Campos, *Direito Constitucional*, v. II, Freitas Bastos, 1956, p. 12.

41. Dennis Lloyd, *A Idéia de Lei*, Martins Fontes, 1985, p. 102.

42. Karl Engisch, ob. cit., p. 173.

43. Eduardo Novoa Monreal, *O Direito Como Obstáculo à Transformação Social*, Fabris Editor, 1988, p. 121.

44. Luiz Alberto Machado, “O Princípio Constitucional da Isonomia Jurídica e o Direito Criminal e Processual Criminal”, in Rubens Prestes Barra, *Estudos Jurídicos em Homenagem a Manuel Pedro Pimentel*, S. Paulo, RT, 1992, p. 245.

45. Gerard Soulier, *L'inviolabilité Parlementaire en Droit Français*, Paris, LGDJ, 1966, p. 13.

Se assim fosse, já não existiria atendimento ao princípio isonômico, fundando-se a discriminação na classe profissional das pessoas, vale dizer, na própria origem, porque, como acentua José Afonso da Silva, proibem-se discriminações de “pessoas de origem social humilde”,<sup>46</sup> o que equivale a dizer, analogicamente, que também é proibido o ato discriminatório fundado na abstrata origem profissional do indivíduo, no *status* de advogado, pois a categoria profissional das pessoas é socialmente seletiva no campo cultural e econômico.

Com efeito, oportuna é a advertência de Pinto Ferreira: “o princípio da igualdade é norma constitucional básica, chamada também de princípio da isonomia, consistindo na igualdade jurídico-formal de todos diante da lei. O seu objetivo é extinguir privilégios (...)”. O princípio “proíbe o arbítrio diante de diferenciações fundamentadas em qualidades pessoais do indivíduo, tais como raça, riqueza, sexo, profissão, classe etc.”.<sup>47</sup>

Interessante, a propósito do princípio isonômico, nesse aspecto das discriminações, a observação de Dennis Lloyd: “Um cínico Juiz inglês, da era vitoriana, comentou, certa vez, que a lei, como o Hotel Ritz, está franqueada aos ricos e aos pobres, indistintamente”.<sup>48</sup>

Mas a quebra da isonomia, se houvesse injustificada elasticidade ao art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, sem dúvida alguma seria o suporte para o enfraquecimento do direito à honra (art. 5.º, X, da CR) e do princípio da autoridade (art. 1.º da CR), implicando perigosa e infundada fragilização de importantes garantias do meio comunitário.

Mais ainda: o direito constitucional de expressão do pensamento, o chamado direito de opinião, ficaria outorgado de modo desigual a uma determinada categoria de profissionais, sem necessária conexão material com o efetivo desempenho das funções que, repita-se, não têm por pressuposto o cometimento permanente de ilícitos penais contra a honra ou Administração Pública.

Isso implicaria retrocesso, pelos abusos, pela desigualdade, do próprio direito constitucional de opinião, porque, como adverte Norberto Bobbio, “os direitos de liberdade evoluem paralelamente ao princípio do tratamento igual. O mesmo vale para a liberdade de opinião. Com relação aos direitos de liberdade, vale o princípio de que os homens são iguais” (...), “onde por igualdade se entende que são iguais no gozo da liberdade, no sentido de que nenhum indivíduo pode ter mais liberdade do que outro”, eis que “os homens têm igual direito à liberdade e os homens têm direito a uma igual liberdade”.<sup>49</sup>

Com isso, ficaria sujeito ao tratamento desigual o direito inscrito no art. 5.º, IV, da CR.

Assim, a imunidade penal do advogado somente pode ser reconhecida quando as ofensas, em estreita conexão com o direito de plena defesa (art.

46. Ob. cit., p. 205.

47. Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, Saraiva, v. 1, 1989, p. 62.

48. Ob. cit., p. 99.

49. Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, Ed. Campus, 1992, p. 70.

5.º, LV, da CR), se apresentem necessárias e mesmo indispensáveis ao exercício da atividade.

Finalisticamente, seria possível concluir que a imunidade penal do advogado incide sempre que as ofensas, as manifestações de injúria, difamação ou desacato, se mostrem indispensáveis à “administração da justiça” (art. 133 da CR), porque é essa a destinação constitucional do exercício da advocacia.

E somente o exame das provas, no caso concreto, pode revelar, com segurança, os pressupostos de incidência da imunidade, quais sejam: a ocorrência da injúria, difamação ou desacato e seu vínculo de indispensabilidade concreta com o exercício do direito de plena defesa de um interesse.

A linguagem é rica e variada, não sendo possível outorgar ao advogado o direito de, em suas manifestações formais, investir, sem justa causa e sem necessidade, contra valores constitucionalmente protegidos.

A linguagem cumpre uma função que, no dizer do filósofo Julian Mariás, aludindo à teoria de Bühler, “é tríplice: expressão, apelo e representação. A linguagem em todas as suas formas expressa mais ou menos a interioridade daquele que fala ou escreve; em segundo lugar faz apelo ao ouvinte ou receptor para provocar ou desencadear nele certa repercussão que consiste, por último, em remetê-lo, de um modo ou de outro, às coisas acerca das quais se fala”. “Isto significa”, prossegue o autor, “que a linguagem se dá sempre num contexto extralingüístico, em vista do qual adquire sua significação para a vida dos interlocutores”.<sup>50</sup>

Disso resulta óbvio que o exame da linguagem, caracterizadora de menosprezo à honra alheia e ao princípio da autoridade, somente pode ser feito à luz de um determinado contexto probatório, em vista do qual merece ser analisada a conexão, efetiva e concreta, da ofensa com o nobre exercício das funções advocatícias.

Necessário, pois, enquadrar o art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, no espírito democrático da Constituição Federal, principalmente no que tange ao princípio isonômico, valendo referir, nesse passo, a inesquecível lição de Mauro Cappelletti: “A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à Justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes acentuadamente criativa, e, porque tal, suscetível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio valor. Na verdade, na concepção moderna, a norma constitucional outra coisa não é senão a tentativa — talvez impossível, talvez “faustiana”, mas profundamente humana — de transformar em direito escrito os supremos valores”.<sup>51</sup>

É o regime democrático que recomenda, portanto, cautela na aplicação do art. 7.º, § 2.º, do Estatuto da OAB, visto como não seria a relevância da atividade advocatícia, e tampouco seu papel histórico de combate ao arbítrio, que outorgaria aos advogados, como prêmio, um privilégio pessoal e discriminatório, um *bill* de impunidade para os delitos contra a honra e contra a Administração Pública. Não é através dos crimes contra a honra

50. Julian Mariás, *Introdução à Filosofia*, 4.ª ed., 1985, pp. 252-253.

51. Mauro Cappelletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, Fabris Editor, 1984, Porto Alegre, p. 130.

e do desacato que o advogado conquistaria a reparação dos direitos violados. Não é esse o caminho indicado pela ordem constitucional e não é esse o caminho que um grande advogado recomenda a seus colegas, como o faz Calamandrei, ao afirmar que “hoje, todos sabem que um processo, mesmo cível, não é uma competição atlética, mas a mais ciosa e elevada função do Estado. As escaramuças já não são admissíveis nas audiências judiciárias. Os advogados não são palhaços de circo, nem conferencistas mundanos, e a justiça é uma coisa séria”.<sup>52</sup>

52. Pietro Calamandrei, *Eles, os Juizes, Vistos por Nós, os Advogados*, Livraria Clássica Ed., 7.ª ed., pp. 35-36.