REVISTA JURÍDICA DA OAB/SC
e-ISSN: 2966-1641
OAB SANTA CATARINA | ESA | CGC | CAASC

A CRIMINALIZAÇÃO DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS DA ADVOCACIA E O DEVER DOS JOVENS ADVOGADOS PARA EVITAR A CONCRETIZAÇÃO DO CARÁTER SIMBÓLICO

Andrey Lyncon Soares Bento[1]

DOI: https://doi.org/10.37497/esa-sc.v3iOAB-SC.5

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de realizar uma análise do papel da jovem advocacia nas ações para que um possível caráter simbólico na criminalização das prerrogativas não se concretize, permitindo a garantia da liberdade profissional no exercício do seu múnus público.

Como teoria de base, será adotada a teoria garantista, pois o que se pretende é que haja o efetivo cumprimento das normativas constitucionais, bem como daqueles princípios que regem o direito repressivo.

Adotar-se-á o método de abordagem dedutivo, pois, a partir de estruturas mais gerais, buscar-se-á abordar aspectos mais específicos, como as prerrogativas que estão protegidas pela criminalização e possíveis atuações para evitar o simbolismo penal.

Os métodos de procedimento serão o descritivo e o argumentativo, visto que, no primeiro, segundo e parte do terceiro capítulo deste trabalho será utilizado o método descritivo, enquanto outra parte do terceiro capítulo será utilizado o método argumentativo, discutindo-se as possíveis ações da jovem advocacia para garantir a legislação de proteção às prerrogativas profissionais.

A temática será desenvolvida através da técnica de documentação indireta, envolvendo pesquisas em fontes bibliográficas e o ordenamento jurídico pátrio, bem como a dialética.

[1] Advogado, sócio do escritório Braga Lyncon Tisato Becker Advocacia, bacharel e mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e em Direito de Execução Penal pelo CEI. Na Ordem dos Advogados, Seccional Santa Catarina, é membro Relator da 1ª Câmara Julgadora, sendo, também, membro das Comissões da Jovem Advocacia, de Direito Penal e Advocacia Criminal, de Assuntos Prisionais, de Investigação Defensiva e Justiça Penal Negociada, e de Sociedades, bem como é membro e pesquisador nos Grupos de Estudo e Pesquisa de Direito Penal Econômico UFSC- Univali e Cautio Criminalis da UFSC. Contatos: andrey@bltb.adv.br; 48-9-9632-8893. Currículo: http://lattes.cnpq.br/7024144349236184

THE GLOBAL GOALS
CC BY

Para atender os seus objetivos, o trabalho será exposto em três capítulos: o primeiro capítulo terá como objetivo discorrer, brevemente, sobre o papel da profissão da advocacia na estrutura social e sua importância na garantia dos direitos e na defesa da Constituição no Estado Democrático de Direito; o segundo capítulo aborda os motivos da utilização do direito penal na garantia das prerrogativas da advocacia e os perigos do simbolismo penal; e o terceiro, e último capítulo, demonstra o papel da jovem advocacia na contribuição para evitar uma possível concretização de um simbolismo penal na tipificação da violação às prerrogativas da advocacia.

1. A ADVOCACIA E A IMPORTÂNCIA DE SUAS PRERROGATIVAS

1.1 O advogado como instrumento indispensável à justiça

A Constituição de 1988 inaugurou era no Brasil, conhecida como Carta Cidadã, modificou a estrutura outrora ditatorial pela democrática e, assim, formando um Estado Democrático de Direito.

A alteração social também foi ponto comum entre os olhares atentos dos constituintes, sendo que, diante das inúmeras violações dos direitos mais fundamentais na era autoritária, decidiu dar enfoque maior a proteção aos mais necessitados, garantindo como princípio da República a dignidade da pessoa humana.

Claramente, uma das últimas garantias ao respeito dos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana está na atribuição do Poder Judiciário, cuja função é fiscalizar a aplicação das normas vigentes e, assim, garantir a efetivação da justiça.

Não obstante, os constituintes observaram que dentre as inúmeras instituições que lutaram pela redemocratização do país estava a Ordem dos Advogados do Brasil que, em inúmeros episódios, foi o salvaguarda dos direitos humanos e o socorro daqueles que já não mais possuíam forças de lutar sozinhos para garantir seus direitos.

Nesse contexto, o artigo 133 da Constituição da República foi explícito ao demonstrar a importância do advogado para a consolidação da Justiça:

> 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, 1988)

Desse modo, a doutrina assenta que o artigo introduz o princípio da indispensabilidade e da imunidade do advogado a nova ordem constitucional, a qual colocou a classe da advocacia um importante papel na vida do novo Estado democrático. (MORAES, 2020, p. 697)

Não à toa, que o Código de Ética e Disciplina dos Advogados e o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994) reafirmam o ditame constitucional, respectivamente:

> Art. 2º O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce. (BRASIL)

> 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. (BRASIL, 1994)

O serviço jurídico prestado pelos advogados passa a ser indissociável da sua função social, sendo um múnus público de interesse da sociedade geral, (PUPO, 2014, p. 114) já que não se deve distanciar da busca pela justiça social e pela resolução dos conflitos, e da garantia da igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

Logo, a advocacia se consolida como parte central e essencial para a efetivação da justiça no Brasil, bem como a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual se transmuta de mero órgão de classe à importante defensora da Constituição, do Estado Democrático de Direito, das garantias fundamentais e do aperfeiçoamento das instituições jurídicas.

1.2 A garantia de proteção ao profissional advogado

A concretização da profissão do advogado como verdadeiro múnus público insere responsabilidades sociais para com todos na sociedade e extrapola a ideia de simples atividades jurisdicionais.

Tem-se ciência que a busca pela resolução de conflitos e problemas chegam ao Judiciário como sendo a última fronteira daquele que se vê lesado. Desse modo, esse contrata o advogado que lhe passa a representar ao longo do processo, sendo seus acertos e erros intrínsecos à pessoa do próprio assistido.

Para além dessa gigantesca responsabilidade, as respostas jurídicas emanadas pelo Poder Judiciário poderão refletir na vida dos demais cidadãos, os quais nem mesmo participavam da lide. Isso porque o sistema de precedentes inserido no ordenamento acaba por dar maior importância a perenidade das decisões jurídicas em casos análogos e maior segurança jurídica.

Desse modo, o advogado deve sempre estar apto a realizar um trabalho excelso, o que não significa ganhar sempre, mas sim, dar àqueles que possuem o dever de julgar todos os potenciais ângulos legislacionais para a melhor forma de apreciação da causa, refletindo em um melhor julgamento. Logo, cada atuação jurídica do advogado é, em verdade, uma atuação em prol de toda a sociedade.

Nesse sentido, a advocacia guia-se pela concretização dos direitos dispostos na Constituição e o seu respeito, de forma que esta atuação deve vir paralelamente com a garantia e a liberdade do exercício pleno de sua atividade profissional, do contrário, não conseguiria atuar efetivamente para chegar ao objetivo.

Essas garantias não devem ser entendidas como um privilégio, mas sim, vista através de um norte constitucional que dá condições à advocacia de exercer seu múnus e não ser afligido pelas opressões, estigmas e ilegalidades que combate. (SOUSA, 2018, p. 07)

Assim, as prerrogativas constituem um meio que, se respeitado, é eficaz na garantia da liberdade profissional e, por conseguinte, reflete no respeito do próprio ordenamento jurídico que o advogado se insere e a concretização da própria justiça e da Constituição da República. (BERTLUCI, 2019, p. 91)

Nessa senda, sob autoria do saudoso Deputado Federal Ulysses Guimarães, foi apresentado o Projeto de Lei n. 2.938 de 1992, o qual justificava as prerrogativas na importância da advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil para a consolidação da nova ordem constitucional e do fortalecimento dos direitos fundamentais. (BRASIL, 1994)

Passado o processo legislativo, a aprovação do projeto inseriu a Lei n. 8.906 de 1994, no ordenamento e, com ela, as prerrogativas profissionais do advogado, garantindo, assim, também a proteção infraconstitucional a atividade advocatícia.

1.3 As prerrogativas da advocacia

As prerrogativas são as garantias de proteção da advocacia e que, como dito alhures, não se confundem com privilégios, em verdade, nem mesmo são próximos os

conceitos, pois aquelas são garantias para a devida execução da atribuição profissional e não estão ligadas à pessoa física do advogado.

Nesse sentido, o advogado Marcelo Machado Bertoluci em sua tese afirmou:

> 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. (BERTOLUCI, 2018, p. 95)

Assim, ratificando a emanação da Constituição, a legislação infraconstitucional regulou através dos artigos 6º e 7º, da Lei n. 8.906 de 1994, a proteção da advocacia por meio das prerrogativas.

O artigo 6º do referido Estatuto visou explicitar a igualdade entre os operadores do direito, extirpando qualquer possibilidade de subordinação ou desigualdade, visto que isso poderia incorrer em entrave ao exercício do múnus advocatício:

> 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. (BRASIL, 1994)

Mesmo havendo a determinação expressa da igualdade, infelizmente, por vezes, o poderio estatal inerente às algumas atividades acaba por forjar algumas ideias de suposta superioridade, as quais são incompatíveis com a própria Constituição.

Não obstante, a inexistência de hierarquia e subordinação entre os operadores jurídicos não deve ser arrimo para atitudes e ações destituídas de urbanidade e desarrazoadas, mas sim, verdadeiro direito dever que deve ser observada também pela advocacia no trato com os demais membros da classe jurídica.

Logo, estando todos prestando múnus público à sociedade e ao Estado Democrático de Direito, devem estar no mesmo patamar e receberem tratamentos idênticos.

De mesmo modo, visa o artigo 7º do Estatuto da Advocacia defender o exercício da advocacia, garantindo inúmeros direitos aqueles que exercem a honrosa profissão, destacando-se:

> Art. 7º São direitos do advogado:
> I - exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional;
> II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia; (BRASIL, 1994)

Os dois primeiros incisos possuem enorme relevância, já que conferem a liberdade a atividade profissional, em consonância constitucional, bem como garantem a inviolabilidade do local e de seus instrumentos de trabalho, possibilitando assim o exercício do múnus público, como assentou o Supremo Tribunal Federal:

> Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos. O exercício do poder-dever de questionar, de fiscalizar, de criticar e de buscar a correção de abusos cometidos por órgãos públicos e por agentes e autoridades do Estado, inclusive magistrados, reflete prerrogativa indisponível do advogado, que não pode, por isso mesmo, ser injustamente cerceado na prática legítima de atos que visem a neutralizar situações configuradoras de arbítrio estatal ou de desrespeito aos direitos daquele em cujo favor atua. O respeito às prerrogativas profissionais do advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais. (BRASIL, 2010)

Este entendimento foi reafirmado pelo Ministro Gilmar Mendes no dia 04.09.2020, o qual, no Habeas Corpus 188.664 de Santa Catarina, concedeu liminar para anular busca e apreensão realizada em endereço profissional e pessoal sem a devida observação das prerrogativas legais, assentando que “[a] advocacia representa, portanto, um munus público, uma função que deve ser respeitada em todas as suas prerrogativas e que não devem ser mitigadas ou relativizadas em nome de anseios punitivistas” (BRASIL, 2020).

Desse modo, por mais explícita a legislação e o tempo de vigência, ainda hoje são verificados os descasos com a determinação legal e a necessidade de a todo momento se reafirmar a prerrogativa, bem como ser reafirmada pelos Tribunais brasileiros.

Os incisos III e XIX, buscam dar azo ao melhor exercício da advocacia, garantindo o sigilo entre o profissional e seu assistido, bem como o direito à comunicação, ainda que esse se encontre preso. Assim, verdadeira guarida aos direitos fundamentais de qualquer cidadão:

> 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;
> [...]
> 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; (BRASIL, 1994)

Os incisos IV e V são respostas às violações de direitos sofridos pela classe dos advogados no regime ditatorial, os quais em diversas vezes tiveram prisões decretadas sem qualquer respeito aos direitos fundamentais:

> IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;
> V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar; (BRASIL, 1994)

Nos incisos VI, VII, VIII, X, XI, XII, XVIII e XX, os direitos inerentes estão ligados a liberdade da profissão, garantindo o pleno exercício do múnus público ao advogado, como também reafirmam a paridade entre os operadores do direito, além de dar ferramenta importante para combate no ato de qualquer ilegalidade verificável pela palavra “pela ordem”:

> VI - ingressar livremente: a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, ofícios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado; d) em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;
> VII - permanecer sentado ou em pé e retirar-se de quaisquer locais indicados no inciso anterior, independentemente de licença;

> VIII - dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada;
> X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas;
> XI - reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento;
> XII - falar, sentado ou em pé, em juízo, tribunal ou órgão de deliberação coletiva da Administração Pública ou do Poder Legislativo;
> [...]
> XVIII - usar os símbolos privativos da profissão de advogado
> [...]
> XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo. (BRASIL, 1994)

Os incisos XIII, XIV, XV, XVI e XXI, garantem o acesso às informações processuais para o bom desempenho da advocacia na sua atividade técnica, sendo permitida a negativa em casos excepcionais, como nos autos em segredo de justiça, quando o requerente não for procurador da parte envolvida.

> XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos;
> XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital;
> XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;
> XVI - retirar autos de processos findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias;
> [...]
> XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: [...] (BRASIL, 1994)

Ademais, entre esses incisos há o fundamento que possibilita ao advogado realizar a investigação defensiva contribuindo para seu assistido, conforme o Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (BRASIL, 2018)

O inciso XVII, traz à classe o direito de "ser publicamente desagravado, quando ofendido no exercício da profissão ou em razão dela", (BRASIL, 1994) sua função "é justamente reconhecer de maneira pública que as ofensas dirigidas aos advogados são falaciosas e não merecem prosperar, retornando-se com esse ato a honra do ofendido" (GONZAGA, 2020, p. 40) e de toda classe advocatícia, inclusive podendo ser realizado de ofício.

Com grande superação, as Advogadas conquistaram direitos específicos para as gestantes, lactantes e adotantes, os quais positivados no artigo 7º-A pela Lei n. 13.363 de 2016:

> Art. 7º-A. São direitos da advogada:
> I - gestante:
> a) entrada em tribunais sem ser submetida a detectores de metais e aparelhos de raios X;
> b) reserva de vaga em garagens dos fóruns dos tribunais;
> II - lactante, adotante ou que der à luz, acesso a creche, onde houver, ou a local adequado ao atendimento das necessidades do bebê;
> III - gestante, lactante, adotante ou que der à luz, preferência na ordem das sustentações orais e das audiências a serem realizadas a cada dia, mediante comprovação de sua condição;
> IV - adotante ou que der à luz, suspensão de prazos processuais quando for a única patrona da causa, desde que haja notificação por escrito ao cliente. (BRASIL, 1994)

A verdade é que "sem independência, a advocacia fenece. Sem dignidade, ela se amesquinha" (LOBO, 2020, p. 72) e, dessa forma, as prerrogativas devem ser objeto de vigilância e de proteção constante de toda classe advocatícia e de toda sociedade, já que as prerrogativas são verdadeiramente uma garantia a todos os cidadãos e ao próprio Estado Democrático de Direito.

2. A UTILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL NA PROTEÇÃO DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA

2.1 A necessária proteção penal às prerrogativas da advocacia

O Direito Penal é a *ultima ratio* do sistema jurídico na busca pela sua efetividade e a do próprio contrato social. Assim, o direito de punir estatal acaba, sob viés de uma teoria humanista e garantista, devendo ser utilizado segundo balizas principiológicas, para não ser usado como primeira medida, nem para a resolução de qualquer problema.

Da mesma maneira, Miguel Reale Júnior (2020, p. 15) dispõem que o primeiro limite ao direito penal é o material, cujo conteúdo da norma incriminadora deve estar adstrito à proteção de valores fundamentais à convivência social e afastados de convicções morais.

Além disso, a observância aos princípios da fragmentariedade, lesividade e subsidiariedade integram essa lista de observação para quando caso de uma possível proposição da utilização do instrumento repressivo estatal.

Porém, a ideia de última ferramenta para o controle estatal vem sendo utilizada de forma primária e como emergencial, havendo uma verdadeira hipertrofia das normativas penais, gerando inegável dano à sociedade na medida que se flexibilizam as balizas delimitadoras. (SILVA SÁNCHEZ, 2006, p. 82)

Sabe-se que o "Direito Penal não é o único instrumento que o Estado dispõe para exercer o controle social" devendo utilizar preteritamente todos "os outros meios de controle que a sociedade (representada ou não pelo Estado) dispõe, e apenas quando todos se mostrarem de eficácia insuficiente, o uso do Direito Penal se torna legítimo" (EISELE, 2018, p. 59).

Logo, para a legítima criminalização da violação das prerrogativas da advocacia, deve-se partir dos pontos acima mencionados por um norte sistêmico constitucional.

Nesse sentido, repisa-se a importância das prerrogativas da advocacia para com toda a sociedade e seu estabelecimento como forma de propiciar ao profissional a liberdade necessária para o exercício do seu múnus público, não podendo ser confundida com um privilégio pessoal, visto que este serve, em verdade, a toda a sociedade com o seu trabalho.

Ademais, firme na ausência de hierarquia com os demais operadores do direito, vê-se que todos possuem garantias, inclusive penais,[2] para o bom desempenho dos seus labores. Portanto, nada mais justo e, em cumprimento a legislação, que propiciar à classe dos advogados os mesmos direitos visto o desempenho de funções de mesma importância.

Além disso, infelizmente, as violações às prerrogativas são constantes por partes de agentes do Estado,[3] que se utilizam de sua função com suposta superioridade e

[2]Como exemplo os crimes de resistência, desobediência e desacato dos artigos 329, 330 e 331 do Código Penal, respectivamente.

[3] Deixa-se de fundamentar a afirmação, visto que tais fatos são notórios, seja na própria vivência diária dos operadores do direito, como nos inúmeros casos verificados através das redes sociais por colegas advogados e páginas de defesas das prerrogativas. A título exemplificativo, tomar-se-á como base a violência sofrida

cometendo diversos entraves ao advogado que, consequentemente, acabam por refletir nos direitos do seu assistido e de toda sociedade, visto a importância do seu mister.

Apesar da Ordem dos Advogados do Brasil e suas Seccionais sempre buscarem o diálogo e as regras administrativas para a correção e não repetição das violações, o caminho é tortuoso, demorado e, na maioria, ineficaz, visto que os problemas voltam a assolar a classe diuturnamente, quando não as ilegalidades são ratificadas pelo órgão do agente infrator[4].

Portanto, o uso do Direito Penal como forma de solidificar e conquistar o direito às prerrogativas da advocacia não é simples hipertrofia penal, mas sim última maneira de buscar garantir a toda a sociedade que necessitando do trabalho advocatício terá um profissional com garantia plena de executar seu múnus público e, assim, garantir os direitos mais elementares ao seu assistido, bem como executar sua função sem temer ou se afligir com o receio de ter violado os seus direitos profissionais.

2.2 As Prerrogativas da Advocacia Protegidas Pela Legislação Penal

Com base nesses fatos antidemocráticos acima elencados, foi que uma série de Advogados e Advogadas iniciaram um movimento pela criminalização da violação às prerrogativas profissionais da advocacia.

Deste movimento então surgem inúmeros Projetos de Lei (PL) apresentados as casas legiferantes nacional, como o PL n. 5.762/05, o PL n. 7.847/14, o PL n. 1.321/15, e o PL n. 8.327/17; todos objetivando a proteção das prerrogativas através do Direito Penal.

Não obstante, foi apenas através do PL 7.596/17, que a violação das prerrogativas da advocacia foi tipificada quando da promulgação da Lei n. 13.869 de 2019.

pela advogada Tatiana Pereira de Castro e demonstrada no vídeo institucional da OAB/SC "Você defende a advocacia. Nós defendemos você!", disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=-0fTEgOeo9M.

[4]A esse respeito, toma-se como exemplo os fatos discutidos no Recurso em Mandado de Segurança n. 18.296 no Superior Tribunal de Justiça, no qual tratava de recurso interposto pela OAB/SC contra ato coator emanado pelo Juiz de Direito da Vara da Família do Foro Regional do Continente Florianópolis que editara portaria limitando o horário de atendimento no seu gabinete a uma hora diária. Mesmo recorrendo ao Tribunal Catarinense, não houve qualquer modificação da atuação ilegal do magistrado, mas sim, a ratificação da suposta ausência de ilegalidade e de prejudicialidade a atuação dos advogados das partes. Felizmente, a situação foi revertida no Superior Tribunal de Justiça, onde a Ministra Denise Arruda proveu o recurso e concedeu a segurança para sustar os efeitos da portaria destacando as prerrogativas profissionais da advocacia, bem como o serviço relevante prestado pela classe, conforme a Constituição dispôs.

É bem verdade, que o ponto em comento foi objeto de veto presidencial, o qual foi derrubado em sessão do Congresso Nacional, na qual inúmeros parlamentares reafirmaram o importante papel da advocacia para com o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, a Lei n. 13.869 de 2019, em seu artigo 43, estabeleceu:

> Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:
> Art. 7º-B Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:
> Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (BRASIL, 2019)

Como pode ser verificado, não foram todas as prerrogativas abarcadas pela repressividade penal, mas sim apenas os incisos II, III, IV e V do Estatuto da Advocacia:

> II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;
> 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;
> IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;
> V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar; (BRASIL, 1994)

Dessa forma, a criminalização atentou-se a possíveis abusos inerentes a restrição do advogado como forma de impedir a boa execução de sua função pública, bem como da violação do sigilo profissional com o seu assistido, o que impactaria diretamente no direito constitucional da ampla defesa.

Logo, apesar de tímida, a inclusão da tipificação da violação de algumas prerrogativas da advocacia é um grande passo para com a classe, a defesa do livre exercício do seu múnus e uma garantia para toda a sociedade que poderá contar com o serviço efetivo da advocacia na defesa dos direitos fundamentais e do próprio Estado Democrático de Direito.

2.3 O simbolismo penal e seus perigos

A tipificação penal não é sinônimo de efetividade no combate daquilo que ela se destina. Em outras palavras, no caso ora em comento, a mera tipificação penal nem sempre é o bastante para acabar com a violação das prerrogativas.

Infelizmente, no Brasil vigora um certo desprezo a estrutura democrática do Estado, sendo existente algumas leis que "não pegam", o que contraria a lógica sistêmica de um ordenamento, pois a cada um é dado um papel e, se a legislação passou pelo processo legislativo devido, deveria ser cumprida, independente de gostos ou moralidade, havendo ferramentas de direito para se contestar possíveis leis abusivas.

Ademais, a utilização do direito repressivo sem a devida fiscalização e instrumentalização para sua efetividade, acaba por acrescer outro obstáculo, qual seja a edição de legislação repressora que nascem com carga altamente simbólica e sem qualquer eficácia.

Logo, essa "mera veiculação de normas mediante a edição de leis sem a implementação dos meios do sistema penal necessários para a obtenção de sua eficácia material" (EISELE, 2018, p. 59) acarreta uma verdadeira intervenção aparente ou simulada.

Em outras palavras, a junção dos pontos acima elencados concretiza o caráter simbólico do direito penal, uma verdadeira legislação para acalmar os ânimos da população, classe ou grupo que pressiona, mas em realidade, acabam por não ter o efeito esperado, nem haver mudança verdadeira na sociedade diante do caráter aparente da legislação.[5]

Desse modo, o perigo do simbolismo para com a criminalização das prerrogativas é sua existência apenas no ordenamento, sem qualquer eficácia na vida real e a continuidade das violações. Assim, constante deve ser a luta pela defesa das prerrogativas e a cobrança para a efetivação da norma conquistada pela sociedade.

3. A JOVEM ADVOCACIA E A NECESSÁRIA PROTEÇÃO DAS PRERROGATIVAS

3.1 A importância da jovem advocacia no cenário institucional, político e na defesa das prerrogativas

[5]Como exemplo, pode-se destacar os constantes aumentos exorbitantes de penas que são justificadas na inverídica diminuição da criminalidade quando colocadas em prática. Porém, a realidade é que penas exorbitantes não diminuem a violência, mas sim a certeza da punição. (BECCARIA, 2015, p. 67) (FUZIGER, 2014, p. 175)

O número de advogados regulares no Brasil passa de 1,2 milhão, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil, vindo a cada ano crescendo ainda mais, haja vista que são mais de 1.755, cursos de Direito que todos os anos formam milhares de bacharéis (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2020), número além da soma dos cursos no resto do mundo.

Apesar das inúmeras críticas que se pode elaborar a este descontrole, esse não é o objetivo deste artigo, servindo a informação para arrimo quanto de que a classe da jovem advocacia acaba por todos os anos aumentando. Assim, a jovem advocacia é parcela relevante no número total de advogados brasileiros.

Verificando as inúmeras dificuldades dos jovens profissionais - pouca ou ausência de experiência, mercado saturado, dificuldades financeiras, ausência de conhecimento em gestão e marketing ético - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em fevereiro de 2015, instituiu o Plano Nacional de Apoio ao Jovem Advogado Brasileiro no Provimento n. 162/2015 (BRASIL, 2015).

No Provimento, o § 2º do artigo 1º conceitua como jovem advogado todos que tenham até 5 anos de inscrição nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Ademais, trouxe o artigo 2º do respectivo provimento, inúmeras diretrizes a serem observadas:

> I - A educação jurídica com o objetivo de incentivar e proporcionar a inserção do jovem advogado no mercado de trabalho;
> II - a defesa das prerrogativas dos jovens advogados;
> III - a política de anuidades diferenciadas e desconto para os jovens advogados, desde que não oriundos de outras carreiras jurídicas;
> IV - a criação do piso de remuneração mínima para os advogados contratados;
> V - o apoio e a ampla participação dos jovens advogados nas decisões das Seccionais e Subseções;
> VI - a institucionalização das OAB Jovens nas Seccionais e Subseções como órgãos de defesa, apoio e valorização do jovem advogado;
> VII - a promoção do empreendedorismo e a incorporação de novas tecnologias objetivando proporcionar ao jovem advogado crescente qualificação e incentivo para estabelecer o primeiro escritório, conferindo-lhe noções práticas sobre gerenciamento, administração e o plano de trabalho correspondente;
> VIII - condições diferenciadas nos serviços prestados pelas Caixas de Assistência dos Advogados. (BRASIL, 2015)

Veja-se que, um dos grandes problemas da educação jurídica é a formação deficitária do bacharel, que muitas vezes não possui a tecnicidade necessária ao desempenho da importante função social. Logo, segundo o inciso I, a ala educacional da

classe deve propiciar e incentivar a realização de cursos que auxiliem os jovens profissionais.

Do mesmo modo, outro problema tratado no Provimento é a violação das prerrogativas. Nesse sentido, o inciso II, impõe a defesa das prerrogativas dos jovens advogados. Certo é, que a prerrogativa de todos deve ser defendidas, contudo, mais certo ainda, é que a inexperiência pode dar azo às violações com maior facilidade aos jovens advogados. Dessa forma, importante a fiscalização e orientação aos jovens advogados e advogadas que possuem suas prerrogativas violadas.

Os incisos III, IV e VIII do Provimento anteveem a situação financeira do jovem profissional, seja perante a instituição de anuidades diferenciadas, manutenção de uma remuneração condigna e condições diferenciadas nos serviços das Caixas de Assistência.

Observada também a necessária inclusão política, o Conselho Federal estimulou a participação da jovem advocacia na tomada de decisões nos Conselhos das Seccionais e das Subseções, bem como a institucionalização da comissão temática, conforme os incisos V e VI do Provimento.

Quanto a ausência de experiência profissional na área advocatícia, o Provimento no inciso VII, norteia para ser promovido o empreendedorismo e a incorporação de tecnologias para incentivar e qualificar a jovem advocacia na conquista do seu escritório.

Dessa forma, importante foi a aprovação do Provimento n. 162/2015 pelo Conselho Federal, visto que o objetivo claramente é de diminuir diferenças e propiciar à jovem advocacia os meios necessários a seu aperfeiçoamento técnico e o livre exercício do múnus público, em uma visão realista do início da carreira jurídica.

Não obstante, a aprovação do Provimento não traz automaticamente a sua execução, nem encerra ou põe fim aos inúmeros problemas encontrados pelo jovem advogado quando escolhe e inicia a carreira jurídica.

O grupo da jovem advocacia deve sempre estar atuando em prol da promoção das diretrizes estabelecidas no Provimento, como também buscar melhorar as ferramentas disponíveis visando diminuir as dificuldades e dando voz ao grupo.

Nesse mesmo sentido, também se observa a importância da representação política na instituição e o preenchimento de espaços a fim de demonstrar sua essencialidade no sistema da Ordem dos Advogados do Brasil.

Em verdade, apesar da jovem advocacia ter conquistado nos últimos anos importantes vitórias - redução da cláusula de barreira, inclusão permanente da Comissão

Nacional da Advocacia Jovem, sendo presidida por um jovem advogado -, faz-se necessária sempre buscar demonstrar sua importância e relembrar as diretrizes do Provimento n. 162/2015.

Hoje, a jovem advocacia não deve mais estar adstrita simplesmente ao exercício profissional, mas também estar conectada aos inúmeros problemas sociais, bem como internalizar a importante função que sua profissão possui para a concretização do Estado Democrático de Direito e as violações aos seus direitos profissionais.

Em outras palavras, a jovem advocacia vem passando de mera expectadora política para tomar um papel de relevância no cenário político e institucional do sistema OAB.

3.2 As possíveis ações da jovem advocacia para impedir o simbolismo penal do crime de violação de prerrogativas

A jovem advocacia ao tomar um papel de relevância não pode se isentar de também incorporar uma posição ativa na defesa da advocacia no cenário atual, no qual movimentos tentam enfraquecer as instituições democráticas e manchar as atividades dos advogados na tentativa de criminalização destes profissionais.

Nesse sentido, cabe aos jovens profissionais encabeçar ações a fim de expungir os ataques ao Estado Democrático de Direito e as prerrogativas dos advogados, visto que inerentes a estes estão os direitos e garantias fundamentais de todos os cidadãos.

Desse modo, com foco nas prerrogativas e na recente legislação que a protege penalmente, deve a jovem advocacia buscar evitar o simbolismo penal e mostrar a importância dessas garantias tanto aos colegas, como a toda sociedade.

Como primeira proposta, um dos pontos trazidos para o simbolismo penal pela doutrina é a ausência de informação e educação dos destinatários da norma sobre o tema. (EISELE, 2018, p. 59)

Nesse sentido, cabe à advocacia jovem promover eventos informativos visando demonstrar a importância da profissão exercida e as consequências das violações das prerrogativas.

Em outras palavras, deve explicitar de forma didática que as prerrogativas não são privilégios pessoais, mas sim uma defesa ao livre exercício profissional do advogado, já que seus serviços estão intimamente ligados a direitos fundamentais de qualquer cidadão.

Ademais, como a jovem advocacia é formada na maioria por advogados com faixa etária jovem, estes podem facilmente se aproximar às universidades e as escolas de ensino médio, os quais são ambientes propícios ao debate e a formação de uma nova cultura para que se encare novamente a advocacia com a verdadeira importância que possui, já que em toda sua atuação a advocacia defende a observância e o respeito às leis e a Constituição.

Logo, qualquer privação ou empecilho ao exercício livre do seu múnus público em verdade é uma violação dos direitos fundamentais e, portanto, um ataque ao Estado Democrático de Direito e a própria Constituição.

Não obstante, inegável que os novos advogados que adentram aos quadros da Ordem devem também ser munidos dessas informações com a realização de eventos que tratem sobre o tema, o recebimento de cartilhas explicativas, como também orientações de como se portar e as ações a serem tomadas no caso de violação às suas prerrogativas.

Seguidamente, observa-se que a ausência de instrumentalização e de estruturas para a fiscalização do cumprimento da norma é outro ponto relevante na doutrina (EISELE, 2018, p. 59), isso porque a falta dessas ferramentas gera a ausência da eficácia da norma e, consequentemente, o simbolismo.

Nesse sentido, a segunda proposição se aglutina a uma ação mais institucionalizada no âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil, com a participação da jovem advocacia nas ações de combate às violações das prerrogativas e a busca pelo processamento das denúncias pelas autoridades competentes.

Assim, o grupo jovem deve buscar na própria instituição fiscalizar o efetivo andamento dessas denúncias e das ações que a Ordem dos Advogados do Brasil toma para concretizar e defender as prerrogativas de toda sua classe com fim de evitar o simbolismo penal.

Por fim, importa ressaltar que, é de extrema importância desde cedo o jovem advogado participar dos Conselhos Seccionais e das Comissões de Prerrogativas, mesmo que de forma extraoficial, de forma a efetivar o inciso V, do Provimento 162/2015.

CONCLUSÃO

Do exposto no presente trabalho é possível a observação e conclusão de que o trabalho desenvolvido pelos advogados extrapola a lide, e a própria relação com seu cliente, visto que o serviço advocatício é múnus público com ampla função social, visto

que defende o próprio Estado Democrático de Direito e a Constituição ao defender a obediência do ordenamento jurídico.

Dessa forma, é mister que para o desempenho da função advocatícia seja dada toda garantia e liberdade plena e, nesse sentido, foram previstas as prerrogativas profissionais, que não se pode confundir com privilégios, mas com própria defesa da liberdade profissional dos advogados.

Nesse sentido, apesar de garantidas no ordenamento, as prerrogativas eram diuturnamente violadas, sendo então objeto de tutela pelo Estado através do Direito Penal. Contudo, a simples tipificação não é o bastante para a eficácia da norma repressiva e a não concretização de um caráter simbólico.

Assim, seguidamente, adentrou-se a importância da jovem advocacia, bem como as possíveis ações que esta pode realizar na busca pela efetivação das prerrogativas funcionais e na busca por demonstrar a sua importância, como também para rechaçar qualquer caráter simbólico da tutela penal que visa garanti-las.

REFERÊNCIA

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. - 2.ed. - São Paulo : Edipro, 2015.

BERTOLUCI, Marcelo Machado. **A imunidade material do advogado como corolário dos direitos da cidadania**. 2019. 252 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Cap. 3. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8546. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Exposição de Motivos do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Disponível em: http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29MAI1992.pdf#page=182. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm#:~:text=Art.,que%20lhe%20tenha%20sido%20atribu%C3%ADdo.. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994. Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 01 ago. 2020.

BRASIL. Plano Nacional de Apoio ao Jovem Advogado Brasileiro. Provimento n. 162/2015. Disponível em: https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/162-2015?search=jovem&resolucoes=True&provimentos=True&Normativas=True. Acesso em 01 ago. 2020.

BRASIL. Provimento n. 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98.237. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 15.12.2009. Publicado Diário da Justiça de 06.08.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 188.664. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes. Publicado Diário da Justiça de 01.09.2020.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Petição Inicial. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 682. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5906412. Acesso em: 01 ago. 2020.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Quadro de Inscritos. Disponível em: https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados. Acesso em: 08 set. 2020.

EISELE, Andreas. **Direito penal**: teoria do delito. - Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

FUZIGER, Rodrigo José. **As faces de Jano**: o simbolismo no direito. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Estatuto da Advocacia e Novo Código de Ética e Disciplina da OAB** - Comentados. - 6. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020.

LOBO, Paulo. **Comentários ao Estado da Advocacia e da OAB**. - 13. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

PUPO, Sérgio Tadeu. **O papel do advogado na sociedade contemporânea**: a gestão do conflito. São Paulo: Sérgio Perse, 2014.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Fundamentos do direito penal**. - 5. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. - 2. ed. - Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SOUSA, Robson Sabino de. A constitucionalização das prerrogativas dos advogados e a atuação da OAB na valorização da advocacia e no combate ao abuso de autoridade. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 32-47, jul. 2018. Semestral. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/revistapoliticiajudiciaria/article/view/4841/pdf. Acesso em: 01 ago. 2020.