

OS LIMITES DA IMUNIDADE PENAL DOS ADVOGADOS

ADAUTO SUANNES

Para podermos situar melhor o tema de que nos ocuparemos, sugiro que imaginemos as seguintes situações, para efeito de sua classificação jurídico-penal:

a) *A* desfere um murro no rosto de *B*, ferindo-o;

b) *C* afirma, publicamente, que *D* cometeu ato caracterizador de abuso de autoridade, o que se vem a demonstrar ser inverídico;

c) *E* assevera enfaticamente que *F* subtraiu para si determinado objeto, pertencente a outrem, vindo a provar-se, ao fim do processo, que o objeto pertencia efetivamente a *E*;

d) *G* afiança, perante terceiros, que *H* não tem pago os alugueres da casa onde reside, o que é desmentido pelos recibos apresentados pelo imputado;

e) *I*, utilizando-se de um instrumento cortante, decepa o dedo de *J*.

f) *L*, em documento público, assevera que *M* é adúltera, o que vem a ser comprovado não ser verdade.

As descrições acima indicam a presença de algum tipo penal?

Objetivamente falando, a resposta deve ser afirmativa: Na hipótese *a* estaremos diante do crime de lesão corporal dolosa, prevista no art. 129 do CP; na hipótese *b* estaremos diante de um crime de calúnia, de que cuida o art. 138 do mesmo estatuto; na situação descrita sob a letra *c* poderemos falar em denúncia caluniosa, tal como prevista no art. 339 do mesmo CP; o caso narrado sob a letra *d* constituiria difamação, que vem tipificada no art. 139 do CP (ou

injúria — art. 140 —, na melhor das hipóteses); o caso sob a letra *e* caracterizaria lesão corporal grave (art. 129, § 2.º, IV); finalmente, na hipótese *f* também estaremos, no mínimo, diante de uma injúria.

Indagamos, porém:

a) e se o agente na hipótese *a* for alguém participando de uma luta de boxe, disputando o título mundial?

b) se o agente na hipótese *b* for alguém que faz a alegação ao impetrar *habeas corpus* perante o Judiciário?

c) e se o agente na hipótese *c* for um promotor de justiça que faz a afirmação em uma denúncia, instruída com inquérito policial?

d) e se o agente na hipótese *d* for um advogado que faz aquela afirmação na petição inicial de uma ação de despejo por falta de pagamento?

e) ou, na hipótese *e*, for um cirurgião, que assim procede para impedir que um tumor se alastre pelo corpo do paciente?

f) e se, no caso sob a letra *f*, o documento em tela for uma decisão judicial?

Nenhum de nós jamais viu, certamente, um lutador de boxe, um advogado, um médico, um promotor de justiça, um juiz de direito ou um homem comum serem processados em casos tais.

Por quê?

Com relação à conduta médica, a doutrina, inicialmente, chegou a buscar a justificativa para a não-incriminação no chamado estado de necessidade: a intervenção do cirurgião era, naquele

caso, necessária para salvar a vida ou restabelecer a saúde do paciente.

Quando se trata, no entanto, de intervenção para fins meramente estéticos (a chamada operação plástica sem o caráter de buscar-se com ela uma correção dos danos físicos provenientes de acidente ou má-formação decorrente de causa genética, que alguns profissionais já, atrevidamente, denominam esculturação corpórea) esse fundamento parece difícil de ser aceito.

Estaríamos, então, em tais casos, diante do consentimento do ofendido, o que também seria suficiente para excluir a incidência daquela figura penal. Mas, se se tratar de ablação de órgão (o pênis, p. ex.), em tal caso o mero consentimento do portador do incômodo órgão será suficiente para excluir a capitulação criminal? Há precedente jurisprudencial entre nós, envolvendo pessoas de nome amplamente divulgado pela imprensa laica, afirmando que em tal caso estamos diante da produção de lesão corporal de natureza grave. Recordemo-nos, outrossim, que o Código de Ética Médica ainda prevê, no art. 43 (que se casa com o contido no Dec. federal 20.931/32, ainda em vigor) a proibição de certas práticas lesionadoras a que tantos de nós já se submeteu clandestinamente, como a laqueadura de trompas e a vasectomia, sendo, pois, diante da lei, irrelevante a vontade do beneficiário, em muitos casos, tanto quanto na ablação que não seja imprescindível para salvar a vida ou restabelecer a saúde do paciente.

Também se chegou a ver no consentimento do ofendido o fundamento para a não incriminação da luta de boxe. Sucede, no entanto, que os duelos contam com o consentimento de ambos os participantes e, segundo é pacífico, a lesão produzida neles constitui crime, tanto quanto uma luta de boxe entre dois brigadores de rua.

É que “quando estão em jogo direitos inalienáveis, o *mutus consensus* não é

causa excludente ou sequer minorativa da pena”, lecionava o emérito Hungria, esquecido, porém, de nos informar o que seriam esses direitos inalienáveis.¹

Quando alguém atribui ao juiz a prática do crime de abuso de autoridade, ou quando o promotor de justiça ofende a honra do denunciado (nenhuma denúncia contém elogios ao réu, como é curial, sendo os ofensivos termos com que o titular da ação se refere ao acusado caracterizadores de calúnia, caso não venham a ser comprovados, como parece evidente), ou quando o advogado, na esfera civil, atribui ao réu conduta reprovável (raramente se terá uma ação civil em que uma das partes se refira à outra em termos não ofensivos), ou quando o magistrado tece considerações injustas a respeito da conduta de alguém (exemplificando: uma sentença em um processo de separação judicial, com reconvenção, que acolhera a pretensão do autor, vem a ser reformada pelo Tribunal, agasalhando-se, então, a reconvenção, donde se deve concluir serem descabidas as considerações feitas pelo sentenciante à parte que, a final, mostrou ter razão), não poderemos falar em estado de necessidade, como se chegou a aventar em relação à conduta médica.

Em tais casos, mais adequado será falarmos em exercício regular do direito (quando o sistema jurídico, explícita ou implicitamente, assegura tal pretensão subjetiva).

Alguns autores, entretanto, não se conformando com essa visão meramente positivista, sugerem que se vá buscar no seio da sociedade o fundamento para que certas condutas se considerem não-contrárias ao Direito: tratar-se-ia, em tais casos, de condutas social e moralmente esperáveis, por isso que toleráveis ou mesmo necessárias ao convívio entre os homens.

1. Cf. Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, v. I, n. 47.

O que importa é que “não são ilícitas as ações que, não obstante corresponderem formalmente à realização da conduta típica, constituem fatos normais da vida de relação. Assim, por exemplo, não constituem lesões corporais as lesões insignificantes feitas pela manicure ou a circuncisão dos israelitas, nem é corrupção ativa a dádiva de pequeno valor, por ocasião das festas de fim de ano, aos funcionários públicos”, advertia-nos Heleno Fragoso.²

Essa visão mais ampla, se, de um lado, tem em conta todo o espectro ético, apresenta o grave inconveniente de conter elementos normativos de enorme carga subjetiva (fatos normais, pequeno valor, lidos na mencionada lição), podendo ser ela invocada para justificar expressões de intolerância, bastando que conte com o apoio da maioria da população (o preconceito de cor ou de raça, por exemplo, imposto pela maioria da população em detrimento dos componentes da minoria, nem sendo necessário irmos ao sadio espírito do povo alemão, no *III Reich*, para termos ilustração disso, pois ainda agora deu-se a publicação de livro onde, com foros de seriedade, se procura demonstrar que o homem negro é menos inteligente do que o branco, omitindo-se, evidentemente, que os testes de inteligência foram elaborados a partir da cultura da raça branca).

Como quer que seja, o fato é que há situações de aparente perplexidade, onde, em última instância, estaremos diante do velho princípio do mal menor. Para ilustração disso: se a Constituição Federal prevê o instituto do *habeas corpus*, destinado a assegurar o exercício do *jus manendi*, *ambulandi*, *eundi ultro citroque*, remédio que, podendo ser impetrado até por quem não seja advogado, isso torna possível eventual afoiteza

do redator da peça inicial, atribuindo ela indevidamente à chamada autoridade coatora a prática de ato que, na realidade, nada teve de abusivo. A ser assim, falaz seria aquela importantíssima garantia constitucional se o impetrante pudesse vir a ser responsabilizado quando não lograsse demonstrar a veracidade de suas alegações. Entre proteger-se a honra das autoridades acusadas (indevidamente) da prática daquele crime específico, de que cuida a Lei 4.898/45, e assegurar-se a ampla utilização do remédio constitucional, quer por advogados, quer por leigos, aceita-se que o segundo interesse prevaleça sobre o primeiro. Daí a impunidade do impetrante, que jamais foi posta em dúvida, tolerando-se que a honra da autoridade apontada como coatora seja impuneamente atacada (eis o mal menor), mesmo se não demonstrada a imputação, o que, de outro modo, caracterizaria calúnia, como sabemos.

Alguns autores falam em um *favor rei*, para significar que, entre o poder do Estado e a situação aflitiva de quem está sob julgamento, deve-se pender para a parte mais fraca, o que, no limite, seria expresso no velho e revelho *in dubio pro reo*.

Isso, contudo, não explica porque, em certas situações, como na revisão criminal e no encerramento da primeira fase dos processos a serem submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, prevalece o *in dubio pro societate*. A amplitude da tese do mal menor é que, a nosso ver, explicaria esse aparente paradoxo: cristalizada a situação jurídica com a *res judicata*, seria um mal (ao ver dessa corrente) pôr-se em dúvida a eficiência e seriedade do Poder Judiciário, permitindo-se que o processo fosse reaberto a todo momento, sob a mera arguição de má apreciação da prova. Como seria (segundo essa corrente) contrário à decantada soberania do tribunal popular que de seu julgamento

2. Cf. *Lições de Direito Penal, Parte Geral*, n. 160.

fossem excluídos aqueles processos onde haja uma nesga que seja de elemento para ensejar uma condenação (até porque nesses casos não incidiria o contido no art. 93, IX, da CF, mas a norma especial do art. 5.º, XXXVIII, da mesma Carta). Entre os dois males (a condenação de um inocente e o respeito à coisa julgada, no primeiro caso, ou à soberania do Júri, no segundo), prefere-se o mal menor, que, nesses casos, nada tem a ver com o *favor rei*.

Vem a talho de foice interessante e recente Julgado do Eg. STJ, de que foi relator o insigne Min. Vicente Cernicchiaro, onde aquele Eg. Tribunal toma posição diante de uma conhecida e intrigante questão: se a lei penal mais benéfica for julgada inconstitucional, como ficam seus efeitos, de que cogita o art. 5.º, XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”)? Segundo aquela A. Corte, o *favor rei* impõe que, mesmo inconstitucional a *lex nova*, deve ela ser aplicada pelo Poder Judiciário.³ O mal menor, no caso, é o respeito ao princípio da retroatividade *in bonam partem*, o que, ao ver dos mais formalistas, pressuporia que a *lex nova* fosse material e formalmente apta a produzir efeitos jurídicos, o que não pareceria, à primeira vista, dar-se com aquela que se reconhece inconstitucional (e, pois, expungível do ordenamento jurídico nacional: *quod nullum est nullum effectum producit*).

O mesmo fundamento do mal menor justifica a impunidade do promotor de justiça que, louvando-se em elementos de convicção objetivos, se ponha a ferir a honra alheia, propondo uma ação penal, sem conseguir, na dilação probatória, comprovar cabalmente a autoria que atribui ao denunciado, ou mesmo a existência do apontado crime. Sendo a mera inclusão do nome de alguém no distribuidor criminal, como indiciado (isto é, há indícios de que ele

praticou determinado fato, tido como criminoso), fato altamente desmoralizante, com graves implicações sobre sua vida, quer sob o ponto de vista psicológico, quer considerando-se sua vida de relação no ambiente onde atua, todos estamos de acordo com que a atuação investigativa da autoridade policial, que preside o inquérito policial, tanto quanto à atuação do Ministério Público, quando oferece denúncia contra alguém, se incluem no chamado mal menor, preferível à opção que seria a impunidade dos criminosos ou a paralisação das investigações policiais, ainda que se saibam dos abusos que são costumeiramente praticados em tal ensejo.

Por fim, sendo quase que pressuposto da Advocacia a existência do litígio (a tal lide, caracterizada por uma pretensão resistida, de que falam os processualistas), é de considerar-se tolerável que o profissional dessa área, *peritus artis dicendi ac probandi*, se utilize, no calor da argumentação, de expressões que, em condições diversas, caracterizariam crime contra a honra (recorde-se, para exemplificar isso, a avaliação da prova testemunhal feita pelo advogado, onde, não poucas vezes, pessoas honradas, com enorme prestígio social, têm seu depoimento impugnado, sob a alegação de que fugiram a verdade; ou a exceção de suspeição apresentada contra a figura do juiz, do promotor ou do perito, quando são afirmados fatos que nem sempre logram ser comprovados).

Entre a restrição a exercício da Advocacia e a impunibilidade do atentado contra a honra do colega ou da parte contrária, ou mesmo das autoridades que atuam no processo (eis o mal menor), opta o Direito por assegurar a plenitude do exercício da Advocacia, pois “o advogado é indispensável à administração da justiça”, donde ser ele “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (CF, art. 133).

3. RHC 3.337-1, in DJU 31.10.94, p. 525.

Em todos esses casos, estamos, segundo parece pacífico na doutrina, diante do exercício regular de um direito, contemplado no art. 23 do CP: “não há crime quando o agente pratica o fato: a) em estado de necessidade; b) em legítima defesa; c) no estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito.

Observe-se, em primeiro lugar, que o legislador afirma que não há crime, mesmo porque seria um rematado absurdo que uma conduta não animada pelo dolo ou pela culpa viesse a caracterizar infração penal, com afronta do que prevê o próprio Código (cf. art. 18). “Excluem a antijuridicidade da ação certas situações nas quais a lei permite a realização da conduta típica que é, pois, lícita”.⁴

“Vale notar que o legislador de 84 preferiu utilizar-se da palavra ilicitude, ao invés da expressão criminalidade, empregada na parte geral do Código de 40. Ao manifestar tal opção, agiu, sem dúvida, com acerto: o termo ilicitude possui maior rigor técnico”, adverte-nos o ilustre Des. Silva Franco.⁵

Essas causas de justificação estão previstas principalmente na lei penal, podendo, contudo, virem contempladas em norma de outra natureza, dentro do ordenamento jurídico, como se dá com o contido no art. 502 do CC, destaca Fragoso.⁶ É que, “enquanto a tipicidade e a culpabilidade são categorias próprias da teoria do crime, a ilicitude, como contradição com o direito, constitui um conceito à parte, válido em relação à ordem jurídica em seu sentido global, possuindo, por tal motivo, um inequívoco caráter unitário”.⁷ Ou, como leciona-

va Basileu Garcia, “se o Direito, em qualquer de seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar a norma permissiva e considerar punível o acontecimento”.⁸

Bem por isso, entendeu o E. Tribunal de Alçada Criminal, de modo, a nosso ver, irrepreensível, sendo relator o eminente Juiz Benedicto Camargo, que “na hipótese de ser oposta exceção de suspeição, o magistrado tem posição equivalente à da parte e o advogado age sob a excludente da ilicitude do art. 23, III, do CP. Quando a lei processual admite a exceção de suspeição, implicitamente tolera que o excipiente formule um juízo desfavorável, que implica, certamente, e no mínimo, em uma afirmação de parcialidade consciente do magistrado, envolvendo uma acusação, em tese, da prática do crime de prevaricação. Se a lei permite que o advogado levante a suspeição, formulando um juízo ofensivo ou criminoso, como se poderá entender que o mesmo fato, prescrito por uma lei, se torne infringente de outra?”⁹

Por outro lado, dado o caráter absolutamente excepcional da autorização legal, em todos esses casos estaremos diante de conduta criminal se o agente não observar a moderação, a necessária proporção entre o mal causado e o bem dele decorrente, ou o mal evitado, como adverte o parágrafo do mencionado art. 23.

Em face disso, se em barco que está à deriva, prestes a afundar, onde há várias pessoas, a eliminação de uma delas for suficiente para que os demais sejam salvos, não faz sentido a eliminação de número superior, pena de ficar afastado o estado necessário para ter-

4. Fragoso, ob. cit., n. 161.

5. Cf. *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial*, 4.ª ed., ref. ao art. 23, nota 1.00.

6. Ob. e loc. cit.

7. Silva Franco, ob. e loc. cit.

8. Cf. *Instituições de Direito Penal*, t. I, p. 352.

9. Cit. por Silva Franco in ob. e loc. cit., n. 5.50.

mos, então, como caracterizado o homicídio.

No sempre citado exemplo do agente que, para se defender de um importuno, dá-lhe um solteiro e certo tiro no pé, teremos a legítima defesa presente. Sendo maior o número de disparos ou sendo escolhida parte nobre do corpo do alvejado, poderá caracterizar-se homicídio (tentado ou consumado).

O cumprimento do dever legal deve ser estrito, ressalva a lei até porque o excesso de exação constitui crime específico,¹⁰ tanto quanto qualquer outro excesso cometido quando do cumprimento do dever legal.

Com a proficiência habitual e em glosa a exemplos do pranteado Celso Delmanto, ensina-nos Silva Franco, forte na lição do sempre lembrado prof. Manoel Pedro Pimentel, que o sistema adotado com a reforma de 1984 previu duas situações inconfundíveis, ao cogitar do excesso doloso: o excesso intensivo (onde o agente “sobrepasa os limites impostos pela necessidade ou pela proporcionalidade”) e o excesso extensivo, onde, a rigor, estaremos diante de fato novo, ocorrido logo em seguida ao fato legalmente autorizado. Ou, como diz elegantemente o mesmo autor: “no excesso extensivo, a agressão ilícita desapareceu, a situação de perigo passou, o dever legal foi cumprido e o direito foi regularmente exercido”.¹¹

Como se vê da lição acima trazida, a lei, quando alude a exercício regular do direito, não deixa dúvida: ou estamos diante do exercício de pretensão assegurada pelo ordenamento jurídico e exercitada na conformidade com o previsto na norma permissiva, ou estaremos diante do abuso de um direito, do uso irregular desse direito, de mero pretexto para a prática de fato novo, sob o pretendido manto da garantia legal.

Enquanto no primeiro caso o agente atua conforme o permitido pelo Direito, *secundum jus*, no segundo caso estaremos diante de mera encenação, diante de uma conduta reprovável de alguém que, sob mero pretexto de estar legalmente amparado, aproveita o ensejo inicialmente válido para causar dano desnecessário a interesse juridicamente relevante.

A primeira vez que entre nós se cuidou de incluir a atividade do advogado em norma legal foi em 1930, quando o art. 17 do Dec. 19.408 criava a Ordem dos Advogados do Brasil, “órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados”. Daí em diante novas leis trataram do assunto, a última das quais a 8.906/94.

Sendo o exercício da Advocacia, como o da Medicina, atividade legalmente admitida e expressamente disciplinada, com previsão dos direitos e deveres dos profissionais dessas áreas, cabe, em primeiro lugar, conferir na lei específica quais os direitos que possui esse profissional, comparando tal atividade a outras tão socialmente relevantes. Se é verdade que o advogado cuida de interesses nada desprezíveis, como a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas, verdade menor não é que o médico cuida da saúde e, portanto, da vida dos seus pacientes, o bem maior a ser protegido. Não resta dúvida de que são todos eles interesses relevantes, cuja defesa exige que tais profissionais tenham, por vezes, conduta que, em um outro quadro referencial, caracterizaria crime. Forçoso é reconhecer, entretanto, que, também aqui, pode ocorrer de o agente ter de sacrificar bem patrimonial ou mesmo a liberdade de alguém para salvar um bem maior. Basta pensar na hipótese da requisição de um veículo particular (mal menor) para o transporte de um ferido, cuja vida se busca salvar (bem maior) ou no recolhimento compulsório de portador de moléstia infecto-

10. Cf. CP, art. 316, § 1.º.

11. Ob. e loc. cit., nota n. 7.00.

contagiosa (mal menor) que está, pela promiscuidade, pondo em risco a saúde de terceiros, que deve ser preservada (bem maior).

A par com esses institutos, ao lado da imunidade penal, a ciência penal contempla a imunidade diplomática e a imunidade parlamentar, de inquestionável origem política (no sentido estrito do termo), para significar a existência de pessoas que, em razão do cargo que ocupam, devam estar a salvo de processo criminal, mesmo se praticarem atos que venham a ofender interesses relevantes de terceiros.

“O Direito público interno oferece, no capítulo dos privilégios funcionais em matéria penal, as imunidades parlamentares, com que a lei procura assegurar aos membros do Congresso Nacional a necessária independência e segurança no desempenho do seu mandato”, ensinava Aníbal Bruno, ao cuidar do instituto referido por último.¹²

Digno de notar, em primeiro lugar, que se trata de uma exceção ao princípio constitucional da isonomia e que, por isso, somente poderia ser prevista em regra constitucional, que, expressamente, dá ao mandato eletivo “o caráter de verdadeira causa pessoal (funcional) de isenção de pena. O membro do Congresso Nacional é inviolável no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”.¹³

Em segundo lugar, trata-se de preceito insuscetível de aplicação analógica, como exceção que é a responsabilização criminal de todo aquele que pratica fato criminalmente típico.

Pontes de Miranda, nos últimos comentários constitucionais que nos deixou, enfatizada que tal imunidade deve acobertar “só os atos praticados no exercício da função de deputado ou senador, escapando eles, por esta única

razão, dos princípios que regem a criminalidade”.¹⁴

Nelson Hungria também assim lecionava, ao referir-se à norma constitucional consagrada da imunidade parlamentar: “este dispositivo, como é bem de ver, não importa imunidade penal quanto aos atos praticados pelo parlamentar com traição do mandato e em detrimento do interesse nacional, ainda que tais atos se venham a ligar a suas opiniões, palavras ou votos. Ninguém poderá duvidar, por exemplo, que comete o crime de corrupção passiva o deputado ou senador que mercadeja o próprio voto. O que a Constituição quer dizer é que nas opiniões, palavras ou votos dos mencionados representantes do povo jamais se poderá identificar qualquer dos chamados crimes de opinião ou crimes da palavra (crimes contra a honra, incitamento a crime, apologia de criminoso, propaganda subversiva da ordem político-social, preconceito de ódio entre classes, vilipêndio oral a culto religioso etc.). Fora daí, não há imunidade alguma”.¹⁵

Feitas essas considerações, cabe-nos, finalmente, ler o contido no art. 7.º § 2.º, da Lei 8.906/94, que assim está redigido: “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”.

Sendo a lei uma relação necessária que decorre da natureza das coisas e, portanto, estando implícito no exercício da Advocacia que os seus exercentes devem, quase sempre, empregar argumentação candente, com afirmações que não se revestem do propósito de exaltar

12. Cf. *Direito Penal*, 2.ª ed., Cap. IX, n. 9.

13. Id., ib.

14. *Comentários à Constituição de 1967*, t. III, p. 10.

15. Ob. cit., n. 42.

quem não seja o seu patrocinador, e, mais do que isso, havendo lei que assegura ao advogado o direito de, no exercício de sua atividade, usar de expressões que, em tese, caracterizariam injúria (afirmar que a testemunha está depondo com parcialidade, v.g.), difamação (relatar fatos que caracterizariam suspeição do juiz, p. ex.) ou desacato (a saber, usar de veemência para com a autoridade policial, em defesa do cliente, se abusiva a conduta daquela autoridade), está sua conduta justificada sempre que isso se mostre o exercício regular de tal direito. Até aí, *nullum novum*. Está no Estatuto da Advocacia aquilo que a ciência do Direito jamais havia posto em dúvida.

Surpreendente é que o Estatuto não tenha incluído a figura da calúnia, que, objetivamente considerada, pode configurar-se frequentemente (se o advogado afirma ser falso o documento trazido pela parte contrária, está atribuindo a esta a prática de um crime: uso de documento falso). Para o eminente Serrano Neves, “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”.¹⁶ O que faz supor que o ilustre profissional jamais impetrou um *habeas corpus*. Se considerarmos que na legítima defesa, tanto quanto no estado de necessidade, o bem sacrificado pode ser a vida, o bem maior que todos temos, ver-se-á que a gravidade do mal necessário causado é irrelevante. De outra parte, na difamação, tanto quanto na calúnia, pode estar presente o *falsum* (a lei até admite a exceção da verdade em determinados casos), donde cair o segundo argumento do ilustre jurista.

Para verificarmos a insustentabilidade de alguns dispositivos do novel estatuto,

recordemos que “os advogados, outrora, usufruíam verdadeiras regalias. No regime das Ordenações, gozavam de imunidades: não podiam ser presos nem infamados, a não ser quando cometessem crimes para os quais era aplicada a pena de morte. Nos demais casos, a sua prisão se fazia sempre sob palavra, isto é, em suas residências. Quando condenados à morte, não eram enforcados como qualquer plebeu, e sim mortos a espada. A força era considerada punição vilíssima. Suas residências não podiam ser requisitadas para alojamento de soldados. Não se lhes aplicavam tormentos e, como testemunhas, ficavam dispensados de comparecer às audiências, sendo ouvidos em suas residências. Tinham o privilégio de obter para seus filhos, com preferência a estranhos, honrarias e cargos públicos. Seus escritos, finalmente, mereciam fé pública”.¹⁷

Alguém sustentaria que tais privilégios sejam compatíveis com uma sociedade que se pretende democrática? Certamente não. Donde dizer o mesmo autor, escrevendo há 50 anos atrás, que “hoje, porém, a profissão de advogado vale o que valem as demais profissões”.¹⁸

A Lei 8.906/94, portanto, a nosso ver, por um lado, disse menos do que poderia dizer, ao pretender explicitar aquilo que todos os cultores do Direito já sabiam. Ocorrem, no entanto, que o legislador, ao cuidar do excesso doloso, desconhecendo aquilo que todos os cultores do Direito já sabiam, tentou excluir em tais casos a incidência do contido no parágrafo único do art. 23 do CP, considerando como mera infração administrativa o chamado excesso punível, quando o agente for advogado, no exercício de sua atividade profissional, tentando restaurar princípios que se

17. Cf. Gabriel de Rezende Filho, *Curso de Direito Processual Civil*, v. I, n. 285.

18. Ob. e loc. cit.

16. *Imunidade Penal*, p. 54.

sepultaram com o fim das Ordenações imperiais. Atentou, a nosso ver, contra o princípio constitucional da isonomia (CF, art. 5.º, *caput*), ao dispor-se a dar aos membros de uma determinada atividade profissional um odioso e descaído privilégio, que nada, absolutamente nada pode justificar, além de afrontar também o constitucional princípio da inafastabilidade do controle do Judiciário (CF, art. 5.º, XXV) tanto quanto o da titularidade do Ministério Público para promover a ação penal (CF, art. 129, I). Se o excesso extensivo constitui crime, como acabamos de ver, cabe ao Ministério Público submeter essa conduta ao julgamento do Poder Judiciário e não à Ordem dos Advogados do Brasil.

De fato, quando o médico, por dolo ou culpa, vem a causar dano ao paciente e esse *plus* caracteriza crime, não é o Conselho de Medicina que vai puni-lo. Ainda bem. Mas não está afastada a hipótese de se incluir um dispositivo no Estatuto dos Médicos que venha a dispor, desnecessariamente (tal como se dá com o contido no Estatuto dos Advogados), que não constitui crime de lesão corporal as consequências das incisões feitas pelo cirurgião no corpo do paciente, “no exercício de sua atividade profissional”, com a ressalva de que estará ele sujeito a sanções disciplinares, a serem impostas pelo CRM, “pelos excessos que cometer” (um dos quais podendo ser a produção da morte do paciente, por dolo, negligência ou imperícia).

Se o promotor de justiça está a salvo de responsabilização criminal quando lastreie sua denúncia em peças onde se achem indícios de autoria e comprovação da prática atribuída ao denunciado, alguém sustentaria que essa imunidade o torne cavaleiro de uma ação penal se, em uma *petitio nuda*, assacar contra alguém a prática de fatos criminosos?

Ninguém nega a necessidade de os membros do Judiciário contarem com imunidade que os protejam em face dos termos que devem utilizar ao decidir as questões que lhes sejam submetidas, da mesma forma como se deve reconhecer a eles o direito de tomar as decisões que entendam adequadas ao caso, tanto que fundamentem suas decisões (CF, art. 93, IX), mandando até prender ou soltar pessoas. Entretanto, se ele “deixar de ordenar o relaxamento de prisão ou detenção que lhe seja comunicada”, ou se praticar “ato lesivo da honra ou do patrimônio de pessoa natural ou jurídica”, quando o fizer “com abuso ou desvio de poder ou sem competência legal”, praticará crime por esse excesso, que extrapola do exercício regular de seu direito.¹⁹

E por que deve ser assim?

Simplesmente porque, como vimos, esse excesso faz surgir, com todos seus elementos e sem a proteção do Direito, figura criminal típica, tanto quando o agente seja um parlamentar, como quando seja um médico, como um promotor de justiça, um juiz ou um advogado.

Se é verdade, como nos ensinaram os romanos, que *ubi eadem ratio ibi idem jus*, e diante dos princípios que regem o tema, como se viu acima, nenhum fundamento jurídico pode levar alguém a defender, com seriedade científica, que o advogado, tão-só por sê-lo, deva merecer tratamento mais privilegiado do que todos aqueles aos quais o Direito assegura o exercício regular de um direito, tal como ocorreu no passado, ao tempo das sepultas Ordenações, que não tinham compromisso algum com a isonomia.

Concluindo, a Lei 8.906/94, no § 2.º do art. 7.º disse o que não precisava dizer, disse menos do que poderia dizer e disse mais do que deveria dizer.

19. Cf. Lei 4.898/65, art. 4.º, *d e h*.