

# A ADVOCACIA SOB A LENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ATTORNEYS THROUGH THE LENS OF THE PUBLIC PROSECUTION

## Jose Adonis Callou de Araujo Sá

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Subprocurador-Geral da República. Ex-Conselheiro do CNJ. Conselheiro do CSMPE.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7036641782805533>

ORCID: 0000-0003-0303-126X

joseadonis@uol.com.br

**Resumo:** Nos últimos anos, o papel da advocacia criminal mudou com as alterações no sistema de justiça criminal. Contudo, o destemor e a independência sempre foram e continuam sendo condições fundamentais ao exercício da atividade advocatícia criminal. Além disso, o dever ético de estimular a conciliação cresce de importância na medida em que há uma amplitude dos espaços negociais no processo penal.

**Palavras-chave:** Justiça Criminal – Advogado – Independência – Ética.

**Abstract:** In recent years, the role of criminal attorneys has changed with changes in the criminal justice system. However, fearlessness and independence have always been and continue to be fundamental conditions for the exercise of criminal law practice. In addition, the ethical duty to encourage conciliation grows in importance as there is, actually, a wide range of negotiating spaces in criminal proceedings.

**Keywords:** Criminal Justice - Attorney - Independence - Ethic.

Pensando sobre o tema deste artigo, recordei leituras feitas ainda na época do curso de Direito, na década de 80, sobre a atuação de grandes advogados criminalistas. Os casos mencionados em textos da época diziam respeito a processos da competência do Tribunal do Juri ou à defesa de presos políticos. Nesses dois campos, profissionais da advocacia tornaram-se referência, seja pela técnica de atuação, seja pelo destemor com que exerceram a defesa de presos políticos em tempos duros, de graves restrições às liberdades.

Desde a época desses relatos em livros, muitas mudanças ocorreram no sistema de justiça criminal e, por conseguinte, na advocacia criminal. As inovações legislativas, com a criação de novos tipos penais relacionados a condutas da atividade econômica, à proteção do meio ambiente, e ao incremento do enfrentamento à corrupção e ao crime organizado fizeram surgir novas áreas de atuação da advocacia criminal, correspondentes aos novos focos de atuação dos órgãos de persecução penal.

Pode-se dizer que nas últimas décadas houve extensão de áreas e mudança de foco na atuação dos atores do processo penal em razão das inovações legislativas. Em síntese, novos delitos, novos agentes, novos temas de debates. Além disso, com a criação de novos instrumentos de investigação de delitos pelo Ministério Público, polícias ou agências públicas de controle, vieram novos temas de debates processuais, muitas vezes desviados do foco principal, as condutas criminosas imputadas.

O Código de Ética e Disciplina da OAB, publicado no Diário de Justiça, Seção I, do dia 01.03.95, traz as referências necessárias para o bom exercício da advocacia em todas as áreas de atuação. Destaco, dentre os deveres éticos do advogado relacionados no artigo 2º, parágrafo único do referido código:

(...) II - atuar com destemor, independência, honestidade, decoro, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé; (...) V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; VI - estimular

a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; (...) VIII - abster-se de: a) utilizar de influência indevida, em seu benefício ou do cliente; (...) c) vincular o seu nome a empreendimentos de cunho manifestamente duvidoso; (...) d) emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana.

Merecem destaque também, no Código de Ética da OAB, a vedação de exposição deliberadamente falsa dos fatos ou com má-fé (art. 6º), o dever de sigilo profissional (art. 25) e o direito e dever do advogado de assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado (art. 21). A razão da referência ao Código de Ética e dos destaques desses pontos será compreendida no desenvolvimento do texto, com a análise de aspectos da advocacia criminal segundo a visão e experiência de um membro do Ministério Público Federal.

O destemor e a independência são condições fundamentais para o exercício da advocacia criminal, sobretudo considerada a responsabilidade com a defesa do cliente, que enfrenta as situações aflitivas da persecução penal, com a perspectiva de restrição de sua liberdade. A responsabilidade, como assinala **Diogo Malan** (2020), impõe ao advogado “canalizar seu cabedal de conhecimentos jurídicos, empenho pessoal e tempo para assegurar todos os meios éticos e legais indispensáveis à defesa intransigente e vigorosa da liberdade do cliente.”

Como função essencial à administração da justiça (CF art. 133) e tendo dever ético de atuar com decoro, lealdade, dignidade e boa-fé, o advogado criminal deve adotar atitude de respeito recíproco com relação aos demais atores do sistema. Contudo, o advogado jamais deverá ser um adulator de tribunais e de seus membros. A responsabilidade de sua função exige destemor e independência, inclusive para o exercício da crítica às decisões das instâncias judiciais pelas quais transitam os processos. Mas o que se vê, ordinariamente, é a crítica focada exclusivamente no trabalho

do Ministério Público, mesmo quando as teses acusatórias foram acolhidas em três instâncias do sistema judicial.

O dever de contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis exige coerência no discurso jurídico e honestidade na argumentação dos profissionais da advocacia criminal e nas posições de suas entidades de classe. É comum nos discursos de defesa a invocação de uma suposta cultura de punitivismo no Brasil, para a qual contribuiria a atuação do Ministério Público. Todavia, é necessário verificar se há realmente a cultura punitivista e se as afirmações de sua existência estão assentadas em leitura adequada de dados empíricos da criminalidade e da atuação dos órgãos do sistema de justiça.

Considerados os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil (CF artigos 1º, 3º e 5º), é difícil cogitar a proteção de direitos fundamentais sem controle social, inclusive por meio do Direito Penal. Não pode haver civilidade e proteção a direitos fundamentais sem Estado organizado para exercer com exclusividade a faculdade de aplicar sanções, inclusive de natureza penal, tomando-se em conta as condutas que realmente sejam perigosas a determinados bens jurídicos e mereçam a intervenção dessa natureza.

Para além do respeito às garantias fundamentais das pessoas sujeitas às investigações e aos processos criminais, as agências públicas têm o dever de proteção dos direitos das vítimas da criminalidade (RAMOS, 2018). A proteção do direito à segurança impõe atuação estatal de prevenção da criminalidade, de apuração dos fatos e de aplicação de sanções, quando for o caso. Não há dúvida quanto à realidade de que o sistema de justiça criminal alcança majoritariamente pessoas de estratos sociais desfavorecidos. Também é certo que são esses mesmos grupos sociais que mais sofrem com a criminalidade, submetidos em muitas circunstâncias à opressão exercida por organizações criminosas. Notícias de fatos recentes, registradas em unidades do Ministério Público Federal, dão conta de expulsão de famílias de suas habitações, adquiridas com financiamento público, pela ação violenta de organizações criminosas.

Essas premissas nos levam à conclusão de que a invocação de suposta cultura de punitivismo carece de base empírica ou, pelo menos, de melhor leitura dos dados existentes. Os dados de encarceramento no Brasil não refletem necessariamente uma cultura punitivista, como pretendem algumas análises. É preciso considerar os dados que refletem a criminalidade, as investigações que são feitas e aquelas que efetivamente dão causa aos processos criminais. Os baixos indicadores de elucidação de crimes graves como homicídio apontam elevada criminalidade e deficiente persecução. Em outros termos, há indicadores de elevada criminalidade e de baixa eficácia da persecução.

Ainda quanto à desejável coerência no discurso jurídico, merece ser lembrada a crítica ao expansionismo da intervenção penal, no mesmo passo que movimentos tidos como progressistas pleiteiam a criação de novos tipos penais relativamente a condutas discriminatórias ou para proteção de bens jurídicos postos em evidência. Nesse cenário, merece destaque a criminalização do desrespeito às prerrogativas

da advocacia, defendida e celebrada pela OAB e por advogados criminalistas (ALMEIDA, 2019).

Há outros temas a ensejar perceptível incoerência. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça têm corretamente afirmado a relevância do princípio acusatório no nosso sistema processual, que pressupõe separação das funções, de modo a reconhecer a nulidade da decretação de prisão preventiva e outras medidas cautelares de ofício pelo juiz, sem requerimento do Ministério Público ou representação da Polícia Judiciária. Todavia, poucas vozes da advocacia criminal foram ouvidas a respeito da ilegalidade de inquéritos instaurados de ofício no Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, presididos pelos magistrados, com medidas investigativas sem participação do Ministério Público.

Há de se apontar a mesma incoerência e silêncio em relação à utilização de prova ilícita consistente em arquivos digitais obtidos por criminosos com a invasão de contas de aplicativos de mensagens utilizados por agentes públicos. Apesar da farta jurisprudência do STF e do STJ a respeito da garantia constitucional de inadmissibilidade da prova ilícita, houve tentativas e até mesmo utilização indireta de supostas mensagens obtidas criminosamente, sem qualquer sussurro de crítica no mundo dos profissionais comumente defensores das garantias fundamentais.

Iniciamos o texto abordando as mudanças na atuação dos atores do processo penal, em razão das inovações legislativas que trouxeram novos tipos penais relacionados a condutas da atividade econômica, além de novos instrumentos de apuração e enfrentamento de corrupção e ao crime organizado. Essas mudanças ensejaram as imputações penais contra agentes de outras esferas sociais diversas da clientela tradicional do sistema de justiça. E aqui é inevitável a menção sobre o ranço ideológico há muito detectado por outros estudiosos do tema, como nos lembra **Artur de Brito Gueiros Souza** (2011). Disso resulta a percepção de que as condutas desses agentes não mereceriam reprovação penal e daí a criação de teses que os afastem do sistema punitivo.

O dever ético de estimular a conciliação cresce de importância na advocacia criminal na medida em que se amplia o espaço de justiça consensual, iniciado com a transação penal e suspensão condicional do processo, alargado pelo acordo de colaboração premiada e mais recentemente pela previsão do acordo de não persecução penal – ANPP, com as modificações no Código de Processo Penal. O acordo de não persecução penal realiza a busca de novo modelo de justiça penal, de natureza consensual, com soluções alternativas formuladas pela vontade dos sujeitos processuais. É preciso abertura da advocacia para esse filtro na persecução penal de pequena ou média gravidade.

Essas breves anotações que aqui fazemos resultam da observação em quase trinta anos de atuação como membro do Ministério Público Federal, em todas as instâncias. Não temos a pretensão de dizer o que seria um bom advogado criminal. Mas posso dizer que seria desejável que o profissional advogado criminal estivesse atento aos aspectos referidos.

## Referências

ALMEIDA, Pablo Antônio Cordeiro de. O encarceramento em massa decorre de onda punitivista no Brasil? O que dizem os dados do "Sistema Justiça". *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 5, n. 5, p. 1375-1414, 2019.

MALAN, Diogo. Advocacia criminal e suas responsabilidades. *Conjur*, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/advocacia-criminal-responsabilidades>. Acesso em: 07 jul. 2021.

RAMOS, Patricia Pimentel de Oliveira Chambers. Garantismo versus Punitivismo: o

Equívoco da Contrariedade. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 67, p. 199-223, jan./mar. 2018.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Da criminologia à política criminal: Direito Penal econômico e o novo Direito Penal. In: SOUZA, Artur de Brito Gueiros (org.). *Inovações no Direito Penal Econômico: Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. ESMU: Brasília, 2011. p. 105-146.

Autor convidado