

## A IMUNIDADE MATERIAL COMO PRERROGATIVA DO ADVOGADO: FUNDAMENTOS, ABRANGÊNCIA E LIMITES

*MATERIAL IMMUNITY AS A LAWYER'S PREROGATIVE: GROUNDS, SCOPE AND LIMITS*

Isabella Balbé Gonçalves\*

### RESUMO

A imunidade material do advogado é uma prerrogativa profissional constitucionalmente assegurada, decorrente da necessidade de liberdade de expressão, conferida à classe para que seu *munus* seja exercido com autonomia e destemor de desagradar ao magistrado e à parte contrária, de forma que sejam garantidos o exercício do contraditório e da amplitude de defesa no exercício da causa. A imunidade, em síntese, consiste em uma excludente dos delitos de injúria e difamação proferidos em virtude da discussão da causa. Observa-se que a Constituição Federal, em seu artigo 133, dispõe que a prerrogativa não é absoluta, pois é assegurada “nos limites da lei”. Há grande controvérsia em sede doutrinária e jurisprudencial acerca do âmbito de aplicação, bem como dos limites à aplicabilidade da prerrogativa. Diante disso, o presente artigo, em um primeiro momento, analisa o conceito e os fundamentos da imunidade material; em seguida, é feita uma análise acerca dos crimes abrangidos pela prerrogativa, para que, por fim, sejam estudados os limites objetivos, subjetivos, éticos e funcionais acerca de sua aplicabilidade, bem como se há possibilidade de eventual responsabilização penal do advogado pelos excessos que vier a cometer.

### PALAVRAS-CHAVE

Imunidade material. Inviolabilidade penal. Advogado. Prerrogativa. Limites.

### SUMÁRIO

Introdução. 1. A imunidade material como prerrogativa da advocacia. 2. Casos de configuração da imunidade material. 2.1. Injúria e difamação. 2.2 Da (im)possibilidade de aplicação da imunidade material ao crime de calúnia. 3. Limites à imunidade material. 3.1. Limites subjetivos. 3.2. Limites objetivos. 4. Punição penal: quebra do nexo funcional e limites éticos?. Considerações finais. Referências.

**REFERÊNCIA:** GONÇALVES, Isabella Balbé. A imunidade material como prerrogativa do advogado: fundamentos, abrangência e limites. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 2, Porto Alegre, p. 40-65, dez. 2019.

## INTRODUÇÃO

### ABSTRACT

*The material immunity of the lawyer is a constitutionally guaranteed professional prerogative, arising from the need for freedom of expression, which is conferred to the class so that its munus is exercised with autonomy and fearlessness of displeasing both the magistrate and the opposing party, insuring the exertion of the contradictory and the scope of defence. Immunity, in short, consists of the right of the lawyer not to be punished for the offenses of libel and slander uttered resulting from dispute. It is noted that the Federal Constitution, article 133, states that this prerogative is not absolute, since it is guaranteed “within the limits of the law”. There is considerable controversy in doctrinal and jurisprudential matters both to the scope and the limits to the applicability of this prerogative. Thus, the present article firstly analyses the concept and the fundamentals of the material immunity. Then, the crimes covered by this prerogative are analysed to study not only the objective, subjective, ethical and functional limits regarding the applicability of this privilege but also the possibility of any criminal liability the lawyer might face as a result of his conduct.*

### KEYWORDS

*Material immunity. Criminal inviolability. Lawyer. Prerogative. Limits.*

\*Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

Diante da necessidade de liberdade de expressão ao advogado, de modo a evitar que seja ferido o exercício pleno do contraditório e da amplitude de defesa<sup>1-2</sup>, esse não há de temer desagradar ao magistrado ou à parte contrária.<sup>3</sup> É nesse contexto que se encaixa a necessidade da prerrogativa<sup>4</sup> da imunidade profissional: o advogado não responderá por eventuais excessos de linguagem cometidos na condução da causa, não respondendo pelos delitos de difamação e de injúria irrogados na discussão da causa, em juízo ou fora dele, sem prejuízo de sanções disciplinares a serem aplicadas pela Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>5</sup>

O tema em questão encontra previsão constitucional no artigo 133 da Carta Magna<sup>6</sup>, que assegura a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações feitos no exercício da profissão, nos limites da lei. Ainda, há previsão no artigo 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94, e no artigo 142, inciso I, do Código Penal<sup>7</sup>, que têm o condão de limitar a aplicação da prerrogativa. A relevância do tema, portanto, consiste na necessidade de serem entendidos os limites à imunidade material, posto que a lei, por si só, não os deixa claros, o que gera insegurança jurídica.

Há que se destacar que a prerrogativa não é absoluta, havendo grande divergência doutrinária e jurisprudencial relativamente aos limites subjetivos e objetivos acerca do tema, o que o torna atual e relevante, cabendo, por exemplo, os seguintes questionamentos: se houvesse real intenção de atingir a honra por parte do ofensor, a ofensa seria absorvida pela imunidade do advogado caso irrogada no âmbito de discussão da causa? Poderia ser irrogada

---

<sup>1</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975.

<sup>2</sup> AZEVEDO, Flávio Olimpio de. *Comentários ao Estatuto da Advocacia: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, regulamento da advocacia*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

<sup>3</sup> “Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. [...] § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>4</sup> A prerrogativa visa proteger o cliente e o munus público da advocacia, e não o livre arbítrio e a liberdade de expressão propriamente ditos do advogado, motivo pelo qual seria incorreto falar em privilégio. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>5</sup> “Art. 7º. São direitos do advogado: [...] § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>6</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Id. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>7</sup> “Art. 142 – Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador [...]” Id. Palácio do Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

ofensa contra o magistrado? Tais questões são polêmicas e serão objeto de análise neste trabalho.

O presente artigo visa, portanto, analisar as hipóteses de aplicação da prerrogativa da imunidade material do advogado e seus limites. Para tanto, de início, será apresentado o conceito da imunidade material, bem como suas principais características e amparo legal.

Em um segundo momento, será analisado o âmbito de sua aplicação, ou seja, quais crimes são protegidos pela prerrogativa, com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Por fim, serão analisados efetivamente os limites à aplicação da imunidade material. O tópico abrangerá os limites objetivos, subjetivos, funcionais e éticos, de acordo com a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

## 1 A IMUNIDADE MATERIAL COMO PRERROGATIVA DA ADVOCACIA

O A advocacia, como ensina José Afonso da Silva, “[...] não é apenas um pressuposto da formação do Poder Judiciário. É necessária ao seu funcionamento.”<sup>8</sup> O advogado, conforme expresso na Constituição Federal, em seu artigo 133<sup>9</sup>, é indispensável à administração da justiça<sup>10</sup>. Não é surpresa a indispensabilidade do advogado, já que é função privativa desse a postulação a órgão do Poder Judiciário, bem como atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas<sup>11</sup>, com exceção dos casos estabelecidos pelo Poder Legislativo<sup>12</sup>, os quais retiram a indispensabilidade desse profissional em eventuais demandas.

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 603.

<sup>9</sup> “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>10</sup> Além da Constituição Federal, a Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da OAB, em seu artigo 2º, dispõe igualmente acerca da indispensabilidade do advogado. Nestes termos: “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.” Id. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>11</sup> Nesse sentido, o disposto no artigo 1º, da Lei nº 8.906/94: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.” Ibid.

<sup>12</sup> Como exemplo de hipótese de dispensabilidade do advogado, está a impetração de *habeas corpus*, excepcionada pelo artigo 1º, § 1º da Lei nº 8.906/94. “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: [...] § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.” Ibid.

A fim de que o advogado possa exercer seu *munus* de forma eficaz, é necessário que lhe seja conferida liberdade de expressão, possibilitando, dessa forma, o exercício do contraditório<sup>13</sup> e da amplitude de defesa<sup>14</sup> ao cidadão. O profissional em análise, portanto, não pode temer desagradar o magistrado e a parte contrária<sup>15</sup>. Nesse sentido, é necessário que lhe seja conferida a proteção, de forma que seja possível o exercício pleno e eficaz da defesa, sem óbices e temores. É nesse contexto que surge a prerrogativa da imunidade material. Nessa senda:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. CALÚNIA E DIFAMAÇÃO. ADVOGADO. IMUNIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DA INEQUÍVOCA INTENÇÃO DOLOSA. CONDUTAS ATÍPICAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.

[...]

4. O ordenamento jurídico garante ao advogado imunidade material, como prerrogativa profissional, em face da essencialidade que assume o exercício da advocacia.  
5. A Constituição Federal erigiu a advocacia à condição jurídica de instituição essencial à atividade jurisdicional do Estado, de órgão imprescindível à formação do Poder Judiciário e, também, de instrumento indispensável à tutela das liberdades públicas (art.133).<sup>16</sup>

A imunidade material do advogado consiste, em síntese, na conjugação de três dispositivos, quais sejam, o artigo 133 da Carta Magna, o artigo 142, inciso II, do Código Penal, e o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94. Com a combinação de tais dispositivos, infere-se que a prerrogativa consiste no direito do advogado de não ser punido pelos delitos de injúria e difamação<sup>17</sup> que possam ser proferidos em virtude da discussão da causa.

Em relação à natureza jurídica do instituto, há dissenso na doutrina: Heleno Fragoso<sup>18</sup> defende tratar-se de exclusão do crime diante da ausência do elemento subjetivo do tipo, qual

<sup>13</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975.

<sup>14</sup> AZEVEDO, Flávio Olímpio de. *Comentários ao Estatuto da Advocacia: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, regulamento da advocacia*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

<sup>15</sup> Nessa senda, dispõe a Lei nº 8.906/94: “Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. [...] § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, op. cit.

<sup>16</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 31.689/SC*. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/08/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485684452/recurso-especial-resp-1567296-se-2015-0295060-3>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>17</sup> A lei trata como abrangidos pela imunidade judiciária os delitos de injúria e de difamação. Acerca da aplicabilidade da prerrogativa em caso de calúnia, há controvérsia doutrinária e jurisprudencial que será posteriormente estudada.

<sup>18</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio; FRAGOSO, Fernando. *Lições de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

seja, o dolo. Nelson Hungria<sup>19</sup>, por seu turno, acredita tratar-se de causa excludente da ilicitude. Celso Delmanto<sup>20</sup>, ainda, defende tratar-se de causa geral de exclusão da antijuridicidade. O presente artigo, no entanto, limitar-se-á a estabelecer os limites à aplicação da imunidade, tratando-a como causa de excludente especial.

É evidente que a prerrogativa não é absoluta, como bem explicita a Constituição<sup>21</sup>, ao condicionar a inviolabilidade do advogado aos limites da lei. A Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) e o Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal) fazem a delimitação do que seria abrangido pela imunidade material. O Código Penal, no artigo 142, inciso I, condiciona a aplicação da imunidade à ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa<sup>22</sup>; a Lei nº 8.906/94, por sua vez, refere que a imunidade abrange as ofensas proferidas pelo advogado no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele.<sup>23</sup> A delimitação que tais leis fazem, no entanto, não deixa claros os limites de aplicação da prerrogativa<sup>24</sup>, o que gera insegurança jurídica em sede doutrinária e jurisprudencial.

O advogado, ao exercer a prerrogativa, não será punido penalmente pelos crimes cometidos, mas esse fato não exclui a possibilidade de punição ético-disciplinar pela Ordem dos Advogados do Brasil, única entidade<sup>25</sup> competente para julgar o excesso cometido pelo profissional por suas manifestações, palavras e atos.<sup>26</sup> A punição ético-disciplinar leva em conta

---

<sup>19</sup> DOTTI, René Ariel; HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao código penal*: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

<sup>20</sup> DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência e súmulas em matéria penal. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>21</sup> O artigo 133 da Constituição, em sua redação, explicita que a inviolabilidade do advogado está condicionada aos limites da lei. Nestes termos: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>22</sup> “Art. 142 – Não constituem injúria ou difamação puníveis: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.” Id. Palácio do Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>23</sup> “Art. 7º São direitos do advogado: [...] § 2º O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.” Id. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>24</sup> Para que sejam efetivamente entendidos os limites à imunidade material, é necessário que o intérprete entenda expressões como “em juízo ou fora dele” e “na discussão da causa”. É necessário, portanto, o estudo aprofundado de tais expressões, de forma que seja possível tornar concretos o âmbito de aplicação da prerrogativa.

<sup>25</sup> A Ordem dos Advogados do Brasil foi definida, pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF, como entidade de natureza jurídica *sui generis*: é uma entidade prestadora de serviço público independente, que não se sujeita aos regimes impostos pela Administração Pública. Id. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.026/DF*. Rel. Ministro Eros Grau, julgada em: 08/06/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

<sup>26</sup> A Ordem dos Advogados do Brasil é única entidade competente para punir o excesso do advogado por suas

o dever de urbanidade do advogado<sup>27</sup>, o qual deve, nos termos do artigo 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB<sup>28</sup>, tratar os colegas de profissão com respeito e consideração recíprocos. Em sendo averiguado, no caso concreto, excesso do advogado, esse poderá sofrer punição ético-disciplinar, nos termos do artigo 32<sup>29</sup> da Lei nº 8.906/94, o que demonstra que o advogado não é impune, no âmbito administrativo, pela ofensa irrogada.

A imunidade é substantiva, ou seja, material<sup>30</sup>, no sentido de que o advogado não será punido penalmente pelos crimes contra a honra proferidos no exercício da profissão, nos limites da lei, assim como constitucionalmente previsto. Outrossim, seus efeitos são considerados permanentes, uma vez que, aplicada a imunidade, não haverá, para sempre, incriminação. Por fim, é classificada como absoluta, posto que, se preenchidos os pressupostos de sua aplicação, obrigatória é sua incidência.<sup>31</sup>

Assim como a advocacia, há diversas funções essenciais à justiça em que é necessária a proteção, por meio de prerrogativas, a fim de que haja melhor exercício do *munus*. Os parlamentares, por exemplo, são protegidos constitucionalmente através do chamado Estatuto dos Congressistas<sup>32</sup>: no Estatuto, há a disciplina de normas reguladoras das imunidades, vedações parlamentares e prerrogativas de foro e processo<sup>33</sup> concedidas à classe para o exercício do

---

manifestações, palavras e atos no exercício da advocacia. Se os fizer, conforme ensina Paulo Lôbo, “[...] o magistrado cometerá abuso de autoridade”. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 67.

<sup>27</sup> O dever de urbanidade, positivado no artigo 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB, consiste na necessidade do advogado em tratar com respeito e consideração recíprocos todos aqueles que fazem parte de sua atuação profissional, seja em suas relações interpessoais, seja em peças escritas ou em manifestações orais. VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB: interpretados artigo por artigo*. São Paulo: LTr, 2016. p. 428.

<sup>28</sup> “Art. 27. O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.” OAB. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Resolução n. 02/2015*. DOU, 04.11.2015, S.1, p. 77. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>29</sup> “Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>30</sup> Necessária a diferenciação entre imunidade formal e material. Aquela, aplicada aos parlamentares, por exemplo, no entendimento de Alberto Toron, “[...] apenas subsiste durante a duração do mandato. Vencido este, a ação penal eventualmente sustada poderá prosseguir normalmente se estiverem presentes os pressupostos autorizadores de sua continuidade”, o que significa dizer que a imunidade formal não tem caráter perpétuo. Por fim, a imunidade formal é de caráter relativo, uma vez que há possibilidade de deliberação acerca de sua incidência. TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010. p. 15.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>32</sup> O chamado Estatuto dos Congressistas encontra-se disposto na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no Título IV, Capítulo I, Sessão V e compreende os artigos 53 a 56.

<sup>33</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.072.

mandato, decorrentes da natureza da profissão, que exige debates, e, por consequência, plena liberdade de expressão.

Os magistrados<sup>34</sup> e membros do Ministério Público<sup>35</sup>, por sua vez, têm garantias constitucionalmente previstas<sup>36</sup>, tais como vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade salarial, conferidas, da mesma forma, para o melhor exercício da profissão. Portanto, a prerrogativa não pressupõe um privilégio ao advogado.<sup>37</sup>

Dessa forma, o maior beneficiado com a imunidade material é a própria parte<sup>38</sup>, que terá em sua defesa um profissional que não teme utilizar qualquer meio de defesa plausível e que não tem receio de se expressar de forma firme na discussão da causa.

Ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CONTRA ADVOGADO. TRANCAMENTO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INVIOABILIDADE E IMUNIDADE.

I. A inviolabilidade do advogado, por seus atos e manifestações no exercício da profissão, segundo o artigo 133, da constituição, sujeita-se aos limites legais. Portanto, não se trata de imunidade judicial absoluta. Consequência disso, o artigo 142 do Código Penal foi recepcionado e o alcance previsto no parágrafo 2º, do artigo 7º, do Estatuto da OAB não corresponde ao que se lhe quer emprestar. É intuitivo que a nobre classe dos advogados não há de querer estabelecer privilégios, se tanto luta para extingui-los. A imunidade, nesse caso, deve ser compreendida igualmente àquela conferida ao cidadão comum.

<sup>34</sup> As garantias dos magistrados estão previstas no artigo 95 da Constituição, que dispõe: “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias: I – vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; [...]” BRASIL. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>35</sup> “Art. 128. O Ministério Público abrange: [...] § 5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I – as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I; [...]” BRASIL. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Nessa senda, o entendimento dos autores José Afonso da Silva (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018); Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir (TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010); Gisela Gondin Ramos (RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013); José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013); Ruy Sodré (SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A  tica profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975); Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017).

<sup>38</sup> SILVA, op. cit.

- II. As expressões consideradas ofensivas à honra do magistrado irrogadas pelos advogados, em representação dirigida ao tribunal regional federal pelas peculiaridades que encerram, especialmente no que se refere à necessidade de se aprofundar o exame da prova, impedem se defira o trancamento da ação penal.
- III. Precedentes.<sup>39</sup>

A prerrogativa da imunidade material, portanto, consiste em um direito fundamental assegurado ao advogado, direito esse benéfico à sociedade, que terá em sua defesa um profissional que não temerá desagradar o magistrado ou a parte contrária, uma vez que estará protegido constitucionalmente por eventuais abusos. Assim, o profissional poderá exercer o *munus* da advocacia, papel essencial ao funcionamento da justiça, tendo garantidos o exercício do contraditório e a amplitude de defesa ao cumprir o direito constitucional de petição<sup>40</sup>.

## 2 CASOS DE CONFIGURAÇÃO DA IMUNIDADE MATERIAL

A imunidade material, como bem explicita o artigo 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994, dispõe não constituir injúria ou difamação puníveis qualquer manifestação do advogado, no exercício da atividade, em juízo ou fora dele, pelos excessos que cometer.

A fim de que sejam bem compreendidos os limites à configuração da prerrogativa, necessária a análise preliminar acerca da jurisprudência, bem como da doutrina em relação ao âmbito de aplicação da imunidade.

### 2.1 Injúria e difamação

---

<sup>39</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 4.539/RR*. Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 02/08/1995. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552486/recurso-ordinario-em-habeas-corporus-rhc-4539-rr-1995-0020057-0/inteiro-teor-100322494>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>40</sup> O Direito de Petição, previsto constitucionalmente, no artigo 5º, inciso XXXIV, (“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”) consiste na possibilidade de “busca ou defesa de direitos ou interesses gerais da coletividade”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 446.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial é pacificado no sentido de que as ofensas que em tese configuraríamos os delitos de injúria<sup>41</sup> e de difamação<sup>42</sup>, caso irrogadas nas condições estabelecidas pela lei, detêm proteção através da imunidade material.<sup>43</sup> A prerrogativa, quanto a esses delitos, encontra expressa previsão legal nos artigos 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, e 142, inciso I, do Código Penal, o que não deixa dúvidas acerca da legitimidade de sua aplicação, que decorre da necessidade imperiosa de crítica decorrente da advocacia como profissão de defesa à sociedade.

A excludente em questão é justificada diante da necessidade de que seja assegurada a ampla defesa dos interesses do cidadão, sem que haja temor do advogado acerca de eventual imputação criminal em função do debate, bem como o fato de que, por vezes, o debate pode ensejar imputações consideradas ofensivas à honra, mas que, na verdade, foram proferidas na intenção da defender o cliente, e não de ofender a honra.<sup>44</sup> Dessa forma, o advogado está constitucionalmente protegido em virtude de eventual ofensa irrogada decorrente da defesa de seu cliente, a fim de que possa exercer, com liberdade funcional e de expressão, seu *munus*. Não há defesa mais eficaz do que a liberdade de expressão, assegurada pelo Estado democrático de direito, e a prerrogativa da imunidade material.

---

<sup>41</sup> A injúria, crime tipificado no artigo 140 do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) resumidamente significa a ofensa à dignidade ou ao decoro de terceiro. O crime tutela a honra subjetiva, ou seja, a pretensão de respeito à dignidade humana. É necessária a presença do elemento subjetivo do tipo para que o crime seja caracterizado, qual seja, o *animus injuriandi*, que significa o verdadeiro propósito de injuriar. A injúria, por fim, não admite em hipótese alguma a exceção da verdade. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II.

<sup>42</sup> O crime de difamação, previsto no artigo 139 do Decreto-Lei 2.848/1940 (Código Penal), de forma singela, consiste na imputação a terceiro de fato ofensivo à sua reputação. A honra tutelada na difamação é a objetiva, ou seja, a reputação da vítima perante a sociedade. Ainda, para sua configuração, é necessário que a ofensa chegue ao conhecimento de um terceiro que não seja o ofendido, e que os fatos imputados sejam determinados e objetivos. É necessária, ademais, a presença do elemento subjetivo do tipo, qual seja, o *animus diffamandi*, que consiste no especial fim de difamar. Em relação à possibilidade de exceção da verdade, esta caberá apenas quando a vítima ofendida for funcionária pública ou a imprensa. *Ibid.*

<sup>43</sup> Nessa senda é o entendimento de Hélio Vieira e Zênia Cernov (VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB*: interpretados artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2016); Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II); Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017); Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir (TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010); Ruy de Azevedo Sodré (SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975); Flávio Olímpio de Azevedo (AZEVEDO, Flávio Olímpio de. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, regulamento da advocacia. São Paulo: IOB Thomson, 2006); Gisela Gondin Ramos (RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia*: comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013).

<sup>44</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II.

Assim, a imputação de fato ofensivo à reputação ou de conceitos ofensivos à dignidade ou decoro da parte contrária pelo advogado, dentro dos limites legais, é protegida pela prerrogativa de imunidade material, haja vista as hipóteses em que ao exercício da ampla defesa do cliente seja necessário debate caloroso e intenso entre as partes, ou até mesmo entre parte e magistrado, salvo nos casos de excesso, que serão a seguir estudados. Relevante citar o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. EXPRESSÕES INJURIOSAS PROFERIDAS POR ADVOGADO NA DISCUSSÃO DA CAUSA. IMUNIDADE MATERIAL.

1. O artigo 7º, § 2º da Lei n. 8.906/2004, deu concreção ao preceito veiculado pelo artigo 133 da Constituição do Brasil, assegurando ao advogado a inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

2. No caso concreto, é fora de dúvida que as expressões tidas por injuriosas foram proferidas no estrito âmbito de discussão da causa, em petição de alegações finais pela qual o paciente manifestou indignação com o procedimento judicial praticado à margem da lei. Ordem concedida.<sup>45</sup>

Ainda, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CALÚNIA, INJÚRIA E DIFAMAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRECIADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMUNIDADE. ART. 133 DA CF, ART. 142, I, DO CP, ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 8.906/94. COMPETÊNCIA. ART. 73 DO CPP.

[...]

IV – Quanto à suposta ocorrência de injúria e difamação, as expressões tidas por ofensivas, e que serviram como supedâneo à pretensão punitiva, foram irrogadas em juízo e estão, inquestionavelmente, relacionadas com a causa em discussão, encontrando-se, assim, amparadas pela imunidade judiciária.

[...]

Writ parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente deferido.<sup>46</sup>

Nota-se que os Tribunais Superiores têm entendimento no sentido de que, caso as ofensas sejam irrogadas em consonância com a discussão da causa e, portanto, sejam necessárias à defesa, é indiscutível a incidência da imunidade material, o que demonstra a importância da liberdade profissional do advogado como meio de defesa à sociedade.

Observa-se, portanto, que, aos crimes de injúria e de difamação –diferentemente da calúnia, em que há grande controvérsia – quando proferidos em virtude da discussão da causa, é aplicada a imunidade material, no sentido de que o advogado não será punido penalmente pela ofensa. Importante referir, contudo, que não é excluída a hipótese de punição

<sup>45</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.451/RS*. Rel. Ministro Eros Grau, julgado em: 14/02/2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761904/habeas-corpus-hc-87451-rs>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 25.204/SP*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 27/05/2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7420858/habeas-corpus-hc-25204-sp-2002-0143908-0-stj/relatorio-e-voto-13070734>>. Acesso em: 06 out. 2018.

ao advogado tanto ético-disciplinarmente, pela Ordem dos Advogados do Brasil, quanto penalmente, em virtude de excesso do profissional, o que será estudado posteriormente no presente artigo.

## 2.2 Da (im)possibilidade de aplicação da imunidade material ao crime de calúnia

Importante discussão doutrinária e jurisprudencial diz respeito à possibilidade de a imunidade material ser aplicada ao crime de calúnia.<sup>47</sup>

A doutrina majoritária defende que esse crime não seria protegido pela prerrogativa, uma vez que há interesse no Estado em investigar o crime imputado e punir seu autor.<sup>48</sup> A jurisprudência dos Tribunais Superiores, de forma majoritária, vai ao encontro dessa corrente. Nesse sentido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA PRATICADO POR ADVOGADO. CALÚNIA. SUPOSTAS OFENSAS DIRIGIDAS A MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM PEÇA DE CONTESTAÇÃO. IMUNIDADE JUDICIÁRIA. NÃO ABRANGÊNCIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL E COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ATIPICIDADE. ADVOCACIA ADMINISTRATIVA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INCORRÊNCIA.

[...]

III – A imunidade prevista no art. 133 da Lex Maxima, no art. 142, I, do Código Penal e no art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94 não abrange o crime de calúnia. (Precedentes do STF e do STJ).<sup>49</sup>

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INJÚRIA E DESACATO. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ADVOGADO. CALÚNIA. AUSÊNCIA DE IMUNIDADE. CRIME DE PREVARICAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ATIPICIDADE. DECLARAÇÕES QUE NÃO INDICAM NO QUE CONSISTIRIA A SATISFAÇÃO DO INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL. ABUSO DE AUTORIDADE. ATIPICIDADE NÃO VERIFICADA DE PLANO. AUSÊNCIA DE INQUÉRITO POLICIAL. DESNECESSIDADE.

<sup>47</sup> O crime de calúnia, positivado no artigo 138 do Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal), resumidamente, consiste na imputação falsa a terceiro de fato definido como crime. O crime tem como objeto de tutela a honra objetiva, isto é, a reputação do ofendido. Tem como requisitos de aplicação: (a) a imputação de fato determinado como crime, (b) a falsidade da imputação, e (c) o *animus caluniandi*, que significa o propósito de caluniar. Para que seja aplicada, ainda, é necessário que um terceiro tome conhecimento acerca da ofensa. A calúnia, por fim, admite a exceção da verdade. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II

<sup>48</sup> A corrente é defendida por Cezar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, op. cit.); Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017); Ruy de Azevedo Sodré (SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975).

<sup>49</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 25.204/SP*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 27/05/2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7420858/habeas-corpus-hc-25204-sp-2002-0143908-0-stj/relatorio-e-voto-13070734>>. Acesso em: 06 out. 2018.

[...]

IV – A imunidade prevista no art. 142, inciso I, do Código Penal não abrange a ofensa caracterizada como calúnia (HC 84.107, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 18/06/2004).<sup>50</sup>

TRANCAMENTO DE AÇÃO CRIMINAL. INÉPCIA DA INICIAL NÃO CARACTERIZADA. DELITO NÃO CONTEMPLADO PELA IMUNIDADE PREVISTA NO ESTATUTO DA OAB.

[...]

4. Esta Corte Superior, em uníssono com a jurisprudência do Pretório Excelso, vem entendendo que a imunidade conferida aos advogados, no exercício profissional, pelo art. 7º, § 2º, da Lei n. 8.906/1994 não contempla o crime de calúnia.

5. Recurso desprovido.<sup>51</sup>

Parte da doutrina, por sua vez, entende cabível a aplicação da imunidade material em relação ao delito de calúnia, desde que a imputação do crime esteja relacionada com o exercício da advocacia.<sup>52</sup> Ora, estando a ofensa em consonância com a discussão da causa, inexistiria *animus caluniandi*, uma vez que o objetivo do advogado é o de defender os direitos do constituinte, e não de ofender.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 854.452/RS, entendeu que a inviolabilidade é, em regra, situada no campo da injúria e da difamação, não alcançando o crime de calúnia, mas que essa regra não é absoluta e que, portanto, eventualmente, poderá ser aplicada a prerrogativa à calúnia. Nessa senda:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IMPUTAÇÃO, EM PEÇA PROCESUAL, DOS CRIMES DE PREVARICAÇÃO E ABUSO DE AUTORIDADE AO JUIZ. ADVOGADO. INVOLABILIDADE. LIMITES.

- O advogado goza de uma situação jurídica de liberdade, necessária à sua função combativa contra quem quer que viole o ordenamento jurídico, inclusive quando age em detrimento das decisões e normas emanadas do próprio Estado, sem que seja legítima ou legal qualquer possibilidade de perseguição, tanto na esfera penal quanto na civil.

- Esta inviolabilidade, contudo, não é absoluta. O art. 133 da CF recepcionou e incorporou o art. 142, I, do CP, e, de conseqüência, situou a inviolabilidade no campo da injúria e da difamação, não alcançando a calúnia.

- Porém, também esta regra não é absoluta. Se as alegações imputadas de caluniosas estiverem no contexto da defesa dos interesses e direitos do constituinte em juízo,

<sup>50</sup> Id. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 71.407/SP*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 02/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000069421&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>51</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *HC 34.076/SP*. Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 01/09/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368313165/habeas-corpus-hc-352390-df-2016-0080303-8/inteiro-teor-368313174>>. Acesso em: 06 out. 2018.

<sup>52</sup> Vão de encontro ao entendimento dessa corrente os autores Alberto Zacharias Toron e Alexandra Lebelson Szafir (TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010); Hélio Vieira e Zênia Cernov (VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB*: interpretados artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2016); José Joaquim Gomes Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

havendo boa-fé, evidencia-se a ausência de dolo, razão pela qual não há crime, tampouco responsabilidade civil por danos morais.

- Na espécie, constata-se que inexistiu imputação direta de crime ao Juiz. As afirmações surgiram no encadeamento de idéias da peça recursal, com o claro intuito de reforçar a alegação de que o Juiz vinha desrespeitando decisão do Tribunal, fato esse que, se confirmado, implicaria inclusive no provimento do recurso.

Tratou-se, se tanto, de forma impolida de expressão, mas que constitui excesso admissível no cotidiano forense.

Recurso conhecido e provido.<sup>53</sup>

Outrossim, ao encontro com a referida corrente, relevante citar:

RHC. CRIME CONTRA HONRA. CONFIGURAÇÃO. ADVOGADO. IMUNIDADE. CALÚNIA. EXTENSÃO.

1. A configuração dos delitos contra a honra não se perfaz apenas com palavras aptas a ofender, mas que sejam elas proferidas com esta finalidade.

2. O eventual excesso de linguagem do advogado na discussão da causa está acobertado pela imunidade profissional que não é restrita à difamação e à injúria, mas se estende também à calúnia por força do art. 133 da Constituição Federal.

3. "IN CASU" à pretensa imputação de conduta criminoso ao Presidente do Tribunal de Justiça sobreveio imediato pedido de desentranhamento da petição, com escusas, em função da ulterior ciência de como os fatos realmente ocorreram.

4. RHC provido.<sup>54</sup>

Em relação à aplicação da imunidade do advogado ao crime de calúnia, portanto, a doutrina e a jurisprudência se dividem: a primeira corrente entende que o advogado deve responder penalmente, pois é do interesse do Estado apurar o crime e punir seu autor; a segunda, por sua vez, entende que, nos casos em que a imputação do crime ocorrer no exercício de defesa do cliente, é possível que, assim como nos casos de injúria e de difamação, a excludente se aplique à calúnia.

### 3 LIMITES À IMUNIDADE MATERIAL

#### 3.1 Limites subjetivos

Os limites subjetivos da imunidade material dizem respeito a quem poderá ser o sujeito ativo e passivo da ofensa protegida pela prerrogativa.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 854.452/RS*. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em: 26/06/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789785/recurso-especial-resp-854452/inteiro-teor-12799383?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 out. 2018.).

<sup>54</sup> Id. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº 7.653/MA*. Julgado em: 19/10/1998. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19748945/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7653-ma-1998-0036067-0>>. Acesso em: 06 out. 2018).

<sup>55</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II.

Em relação ao sujeito ativo, o Código Penal estipula que a ofensa poderá ser irrogada pela parte ou por seu procurador.<sup>56</sup> Para este trabalho, entretanto, o sujeito ativo em foco é o advogado, motivo pelo qual não se faz necessário o aprofundamento acerca do significado de “parte” no processo; deverá ser entendido como o sujeito ativo protegido pela imunidade material o advogado da parte, ou seja, seu representante legal. Há controvérsia, em relação ao sujeito passivo, quanto à possibilidade de haver restrições em razão da autoridade a quem é proferida a ofensa e se a mesma poderia ser proferida contra pessoas estranhas à relação processual.

A lei não traz limitação: os artigos 133 da Constituição Federal; 142, inciso I, do Decreto-Lei nº 8.248/1940 (Código Penal). e 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB) nada dizem a respeito de ser possível haver restrições em razão da vítima da ofensa proferida pelo advogado.

Seguindo o raciocínio legal, a ofensa acobertada pela imunidade material abrangeria como sujeito passivo toda e qualquer pessoa que guarde nexos com a discussão da causa.

A lei, como supracitado, não delimita o sujeito passivo da ofensa. Assim, deve ser entendido que pessoas estranhas à relação processual, tais como testemunhas ou peritos, por exemplo, não são excluídas do âmbito de aplicação da imunidade material.<sup>57</sup> Dessa forma, ofender o perito, o escrivão ou a testemunha, desde que a ofensa possua relação com a discussão da causa, não é considerado crime e a ofensa deverá ser protegida pela imunidade material.<sup>58</sup>

Importante discussão, contudo, diz respeito à aplicação da imunidade material quando o sujeito passivo for o magistrado. A doutrina e a jurisprudência são divididas por duas correntes: a primeira, no sentido de que a imunidade não isenta o advogado em relação à ofensa proferida contra o juiz, pois esse não é parte da relação processual e é isento perante a causa<sup>59</sup>; a segunda, no sentido de que a imunidade protege o advogado em relação à eventual ofensa contra o magistrado, uma vez que a lei não faz qualquer restrição.<sup>60</sup>

---

<sup>56</sup> “Art. 142 – Não constituem injúria ou difamação punível: I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador [...]” BRASIL. Palácio do Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>57</sup> BITENCOURT, op. cit.

<sup>58</sup> RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

<sup>59</sup> HUNGRIA, Nelson apud SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975, p. 424.

<sup>60</sup> Nesse sentido, os entendimentos de Paulo Lôbo (LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017), Gondin (RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários*

Rafael Magalhães, ao posicionar-se sobre o tema, defende que “[...] *seria uma tirania exigir que o vencido se referisse com meiguice e doçura ao ato judiciário e à pessoa do julgador que lhe desconheceu o direito.*”<sup>61</sup> De fato, o magistrado, assim como qualquer funcionário público, está sujeito a críticas, e o advogado, a fim de desempenhar seu *munus*, necessita de liberdade para apontar erros ou injustiças a que seu cliente foi submetido. O advogado não pode temer ser processado pelos crimes contra a honra, sob pena de desrespeito ao exercício da ampla defesa: supondo que o juiz cometa o crime de prevaricação<sup>62</sup> no processo de seu cliente, por exemplo, não poderia o mesmo deixar de procurar a autoridade competente com medo de ser processado por calúnia.<sup>63</sup>

A necessidade de criticar, como meio de defesa do acusado, não pode sofrer represálias a ponto de restringir o sujeito passivo da ofensa. É necessário ao desempenho da advocacia liberdade de expressão, o que não pode ser confundido com o mero intuito do representante de ofender a honra.

Relevante, a respeito das controvertidas correntes, ressaltar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores traz precedentes que hora consideram a ofensa ao magistrado como abrangida pela excludente da imunidade, hora como não abrangida:

HABEAS-CORPUS. PENAL. DIFAMAÇÃO. OFENSA IRROGADA A JUIZ DE DIREITO. CRIME EM TESE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA: IMPROCEDÊNCIA. ADVOGADO. INVIOABILIDADE. 1. Constitui crime, em tese, a imputação, dissociada da discussão da causa, dirigida a juiz de direito que determinou a extração de peças para a instrução de inquérito policial visando apurar ilícito penal. 2. Não é absoluta a inviolabilidade do advogado por atos e manifestações no exercício da profissão, prevista no artigo 133 da Constituição Federal. 3. **A imunidade de que trata o artigo 142, I, do Código Penal, não abrange as ofensas irrogadas ao juiz do processo.** 4. O reconhecimento de justa causa para o trancamento da ação penal, por atipicidade do fato imputado, requer o exame da matéria fático-probatória, providência inviável em habeas-corpus. 5. Precedentes. Habeas-corpus indeferido.<sup>64</sup> [Grifo nosso].

---

e jurisprudência selecionada. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013), Bitencourt (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II), Sodré (SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975).

<sup>61</sup> MAGALHÃES, Rafael apud SODRÉ, op. cit, p. 425.

<sup>62</sup> Prevaricação é um crime disposto no artigo 319 do Código penal, que consiste em “[...] retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal”. BRASIL. Palácio do Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

<sup>63</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010. p. 25.

<sup>64</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 8.088*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 05 jun. 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777397/habeas-corpus-hc-80881-sp-inteiro-teor-100493545>>. Acesso em: 20 maio 2018.

RECURSO ORDINÁRIO EM "HABEAS CORPUS". COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO PRATICADO APÓS O EXERCÍCIO FUNCIONAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. AUTOR: PROMOTOR DE JUSTIÇA APOSENTADO, NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. VÍTIMA: MAGISTRADA DO TRABALHO. IMUNIDADE PENAL JUDICIÁRIA. IMUNIDADE PROFISSIONAL. "ANIMUS DEFENDENDI". (...) **A imunidade do advogado não é limitada subjetivamente quanto à ofensa irrogada contra magistrado, porque inexistente no ordenamento jurídico tal restrição, entendimento que, com maior rigor, deve prevalecer após a nova ordem constitucional que instituiu a imunidade profissional, mais abrangente que a imunidade judiciária. Embora excessiva, desnecessária e censurável a manifestação do advogado em face da conduta do magistrado, se verificada no contexto da discussão da causa e mediante provocação do juiz do feito quanto à sua atuação, impõe-se o reconhecimento da inviolabilidade profissional.** Recurso provido, ordem concedida para trancar a ação penal.<sup>65</sup> [Grifo nosso].

O fato de a lei não trazer restrição ao sujeito passivo da ofensa guarda relação com o princípio da igualdade dos figurantes da administração pública<sup>66</sup>, disposto no artigo 6º, da Lei nº 8.906/94.<sup>67</sup> Segundo esse princípio, não deve haver subordinação ou hierarquia entre os advogados e as demais autoridades, colocando o magistrado e o advogado no mesmo nível hierárquico, ou seja, ambos profissionais que exercem serviço público<sup>68</sup>, o que corrobora com a segunda corrente.

Nesse sentido, o acertado entendimento de Ruy Sodré:

É imaterial saber se o sujeito passivo da ofensa é a parte, seu procurador, o Ministério Público, o serventuário da justiça, um terceiro, o perito, uma testemunha ou o próprio juiz – a injúria ou difamação, irrogada contra qualquer deles, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador, não constitui crime.<sup>69</sup>

Dessa forma, o sujeito passivo deve ser entendido como todo aquele que tenha relação com a discussão da causa, direta ou indiretamente.<sup>70</sup> Não deve haver restrições em relação à autoridade vítima da ofensa, uma vez que a lei não estabelece nenhuma limitação ao advogado e a interpretação deve ser *ex lege*.

### 3.2 Limites objetivos

<sup>65</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 14.166 RJ 2003/0034757-6*. Rel. Min. Paulo Medina. Julgado em: 20 nov. 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/167435/recurso-ordinario-em-habeas-corporum-rhc-14166-rj-2003-0034757-6>>. Acesso em: 30 maio 2018.

<sup>66</sup> LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>67</sup> “Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos.” BRASIL. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

<sup>68</sup> LÔBO, op. cit.

<sup>69</sup> SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975. Pgs. 423-424.

<sup>70</sup> NEVES, Serrano apud RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 100.

Os limites objetivos dizem respeito ao âmbito de aplicação da imunidade material. O § 2º, do artigo 7º, da Lei nº 8.906/94, determina que será protegida pela prerrogativa a ofensa irrogada pelo advogado “*no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele.*” O Código Penal, por seu turno, sujeita a aplicação da imunidade à “*discussão da causa.*” Neste tópico, será estudado o sentido de tais expressões.

Em relação às expressões “*no exercício de sua atividade*”, disposta no artigo 7º, § 2º, do Estatuto da OAB, e “*na discussão da causa*”, disposta no artigo 142, inciso I, do Código Penal, há divergência entre duas correntes: a primeira, no sentido de não exigir que seja estabelecido vínculo entre a defesa do cliente e a ofensa, uma vez que o vínculo está na própria atuação do profissional, posição defendida pelo Ministro Evandro Lins em sede jurisprudencial.<sup>71</sup> A segunda, a despeito de ser necessário nexos, ainda que remoto, com o objeto da demanda.<sup>72</sup> Nessa senda:

RHC – CONSTITUCIONAL – PENAL – ADVOGADO – IMUNIDADE – ILICITUDE – EXCLUSÃO – [...] O art. 142, I do Código Penal, coerente com o sistema, deixa expresso não constituir injúria, ou difamação. I – a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. **Causa, aqui, guarda os limites da divergência levada a juízo, ou seja, da divergência entre a causa de pedir e a contestação. Não se confunde, por isso, com oportunidade consentida para agressões pessoais. Na discussão da causa, normativamente exterioriza o limite: desde que necessário para evidenciar as teses opostas. Não enseja, por isso, ocasião para ofensas pessoais, desnecessárias para a decisão judicial.**<sup>73</sup> [Grifo nosso].

Importante referir, entretanto, que a imunidade tem caráter funcional, o que vai ao encontro do entendimento a respeito da necessidade de que a ofensa guarde pertinência com a discussão da causa para que seja protegida. A essa “pertinência” dá-se o nome de nexos funcional: necessitando o advogado, no âmbito da discussão da causa, proferir ofensa para melhor atender à defesa de seu cliente, e guardando a ofensa nexos com a demanda, essa estará protegida pela prerrogativa; estando a ofensa desvinculada do exercício profissional, sendo imperitante à discussão da causa, entretanto, não há se falar em imunidade material.<sup>74</sup> Relevante citar:

<sup>71</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 45.904. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 48, t.1, p. 36-40, abr. 1969. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/048\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/048_1.pdf)>. Acesso: 10 maio 2018.

<sup>72</sup> SODRÉ, op. cit.

<sup>73</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 7.637/SP*. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: B 04 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=7637&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 maio 2018.

<sup>74</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed.

De fato, não há razão para que, fora da necessidade funcional, que ampara e valida a desequiparação de tratamento entre os cidadãos, como de resto se verifica em relação aos advogados, exista qualquer tipo de diferenciação entre o povo em geral de um lado e os advogados, promotores de justiça e parlamentares de outro. Admitir o contrário significa romper, às escâncaras, com a garantia da isonomia, o que não parece sustentável num Estado Democrático de Direito.<sup>75</sup>

Embora haja divergência em relação à necessidade de vínculo entre a ofensa e a demanda, dessa forma, deve ser entendido que, diante do caráter funcional da prerrogativa, deve existir nexo funcional entre a ofensa proferida pelo advogado e a causa.

A imunidade, ainda, absorve a ofensa proferida “em juízo ou fora dele.” Deve ser entendido que a prerrogativa alcança tanto atos praticados em órgãos do Poder Judiciário, quanto atos praticados perante autoridades extrajudiciais<sup>76</sup>, tais como autoridades policiais, administrativas e legislativas. Assim, estando o advogado exercendo seu *munus*, esse deve ser protegido através da imunidade material<sup>77</sup>. Para ilustrar a problemática, a ofensa irrogada contra o Delegado de Polícia que nega os autos do inquérito policial ao advogado, contrariando o entendimento da Súmula Vinculante nº 14<sup>78</sup> e dificultando a defesa de seu cliente, portanto, deverá obrigatoriamente ser protegida pela imunidade material.

Destarte, no que concerne aos limites objetivos da prerrogativa em análise, entende-se que a imunidade material será aplicada ao advogado quando a ofensa irrogada guardar nexo funcional entre a necessidade de defesa do cliente e a discussão da causa. Outrossim, a prerrogativa alcança tanto atos praticados junto aos Órgãos do Poder Judiciário quanto às autoridades extrajudiciais.

#### 4 PUNIÇÃO PENAL: QUEBRA DO NEXO FUNCIONAL E LIMITES ÉTICOS?

Neste tópico, será estudada a possibilidade de responsabilização penal do advogado em virtude de excessos e os casos em que a responsabilização ocorreria.

---

Brasília: OAB, 2010.

<sup>75</sup> TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010. p. 21.

<sup>76</sup> LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>77</sup> VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB*: interpretados artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2016.

<sup>78</sup> Súmula Vinculante n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante nº 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 20 out 2018.

Afirmou-se que a prerrogativa é aplicada ao advogado quando a ofensa irrogada – contra pessoa que guarde relação direta ou indireta com a causa e praticada em órgãos do Poder Judiciário ou autoridades extrajudiciais – guarda nexos com o objeto da demanda e é necessária ao deslinde da controvérsia, dado o caráter funcional da imunidade material. Há, portanto, proteção, quando a ofensa é irrogada nessas circunstâncias. Não havendo relação entre a ofensa e a discussão da causa e sendo a mesma gratuita, entretanto, não haveria porque o advogado ser protegido pela imunidade.

Se a proteção ao advogado fosse possível em caso de quebra do nexos funcional, a prerrogativa se tornaria um privilégio profissional. A imunidade material, conforme visto anteriormente, é conferida ao profissional para o melhor exercício do direito de defesa do cliente, e não para permitir que sejam proferidas ofensas que em nada colaborem com esse direito. Havendo, portanto, quebra do nexos funcional, além de processo ético-disciplinar pela Ordem dos Advogados do Brasil, nada obsta que o advogado sofra processo penal, tal como sofreria um cidadão comum, uma vez que a ofensa não estaria vinculada ao exercício do *munus* que lhe é conferido, mas sim irrogada de forma gratuita e desvinculada ao deslinde do direito de defesa.

Além disso, advogado deve se pautar, em sua atuação, nos ditames do Código de Ética da OAB, que prevê a observância ao dever de urbanidade com os colegas de profissão na sua atuação.<sup>79</sup> O dever de urbanidade estipula a obrigação do advogado em tratar os colegas de profissão com consideração e respeito, o que significa dizer que a ofensa desvinculada da lide e a utilização de agressões morais, expressões grosseiras e excessos<sup>80</sup> vai contra o dever em tela. Assim, a ofensa desvinculada da causa, além da quebra do nexos funcional da prerrogativa, quebra os limites éticos da advocacia, mais propriamente o dever de urbanidade. Nessa senda:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS-CORPUS. CRIME CONTRA A HONRA. INQUÉRITO POLICIAL. ADVOGADO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. IMPROPRIEDADE. – Não consubstancia constrangimento ilegal a requisição, pelo Ministério Público, de instauração de inquérito policial para a apuração de fato que, em tese, constitui crime. – O mero expediente de requisição para que se proceda uma investigação policial não deve obrigatoriamente revestir-se de formalidades, pois não constitui a peça inaugural da ação penal. – **A garantia de inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da**

<sup>79</sup> “Art. 27. O advogado observará, nas suas relações com os colegas de profissão, agentes políticos, autoridades, servidores públicos e terceiros em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará seus direitos e prerrogativas, devendo exigir igual tratamento de todos com quem se relacione.” OAB. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Resolução n. 02/2015*. DOU, 04.11.2015, S.1, p. 77. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

<sup>80</sup> VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB*: interpretados artigo por artigo. São Paulo: LTr, 2016.

**profissão prevista no art. 133 da Carta Magna, sofre as limitações da lei e, por isso, não se reveste de valor absoluto, nem lhe confere um bill of indemnity para a prática de abusos atentatórios à dignidade da profissão.**<sup>81</sup> [Grifo nosso].

O advogado, portanto, poderá ser penalmente responsabilizado em duas situações: quando o nexu funcional entre a ofensa e a defesa da causa for quebrado e com a quebra dos limites éticos estipulados no Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil.

A ofensa irrogada nas circunstâncias supracitadas vai contra a dignidade da advocacia, que prevê o ofício de um profissional digno e polido, e não de um profissional ofensivo e que não cumpra com seu dever de urbanidade e probidade.

Não vai de acordo com o *munus* conferido ao advogado, portanto, a real intenção de atingir a honra, e a prerrogativa da imunidade material não tem o condão de proteger o profissional em casos de ofensas que em nada tenham a ver com o deslinde da controvérsia, motivo pelo qual, deixando a ofensa de cumprir o papel da prerrogativa, qual seja, o melhor exercício do direito de defesa, o advogado deverá responder penalmente como qualquer pessoa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por objetivo analisar a imunidade profissional atribuída ao advogado. Para isso, foram estudados o conceito, âmbito de aplicação e limites da prerrogativa, e realizada uma análise sobre a possibilidade ou não de responsabilidade penal em casos de excesso do advogado, de acordo com a doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores.

No momento inicial do trabalho, foi feita uma análise acerca do conceito e fundamento legal da imunidade material, demonstrando que a prerrogativa consiste em uma forma de proteção ao advogado – o qual não poderá ser punido pelos delitos de injúria, difamação e, de forma controvertida, calúnia, que possam ser proferidos durante a discussão da causa, sem prejuízo de punição ético-disciplinar pela Ordem dos Advogados do Brasil – a fim de que esse possa exercer seu *munus* de forma eficaz e destemida. Foi exposto, ainda, que a imunidade não constitui um privilégio ao advogado e que, assim como na advocacia, há outras funções indispensáveis à justiça em que a proteção através de prerrogativas profissionais é necessária, tratando-se, portanto, de prerrogativa de caráter funcional.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 7.829/SP*. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 06 mai. 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800600736&dt\\_publicacao=07-06-1999&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800600736&dt_publicacao=07-06-1999&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 18 maio 2018.

Posteriormente, foram examinados os casos de configuração da imunidade material, ou seja, em relação a quais delitos a mesma é aplicável. Verificou-se que, em relação aos crimes de difamação e de injúria, o é pacificado o entendimento de que o advogado, dentro dos limites legais, detém a proteção da prerrogativa. Em relação à calúnia, no entanto, há dissenso doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de aplicação, havendo entendimento no sentido de que não é possível que a calúnia seja protegida, pois trata-se de crime cujo Estado tem interesse em apurar e punir, e de que, nos casos em que a calúnia decorrer do exercício de defesa, possível seria a aplicação da excludente.

Em seguida, foram analisados efetivamente os limites à imunidade. Em relação aos limites subjetivos, ou seja, o sujeito passivo da ofensa, constatou-se que há controvérsia acerca da possibilidade ou não de haver restrições em razão da autoridade a quem é proferida a ofensa, bem como se a mesma poderia ser irrogada contra pessoas estranhas à relação processual. Apesar da controvérsia doutrinária e jurisprudencial, entendeu-se que o sujeito passivo da ofensa deve ser entendido como todo aquele que tenha relação com a discussão da causa de forma direta ou indireta, uma vez que a lei não oferece limitações. Sobre os limites objetivos, foi examinado o sentido das expressões “*no exercício de sua atividade*”, “*em juízo ou fora dele*” e “*na discussão da causa*”, chegando-se à conclusão acerca do caráter funcional da prerrogativa. Assim, para que seja aplicada, a ofensa deve guardar nexos com o objeto da demanda. Sobre a expressão “*em juízo ou fora dele*”, que dispõe sobre o alcance da prerrogativa, essa deve abranger tanto atos praticados em órgãos do Poder Judiciário, quanto atos perante autoridades administrativas.

Por fim, foi analisada a possibilidade de responsabilização penal do advogado em virtude de excesso e os casos em que a responsabilidade seria possível. Constatou-se que o advogado poderá ser responsabilizado penalmente se houver a quebra do nexos funcional, ou seja, se a ofensa irrogada pelo mesmo acontecer sem conexão com a discussão da causa, de forma gratuita, dado o caráter funcional da prerrogativa: não teria razão para o advogado, utilizando-se de um instituto conferido unicamente para que fosse possibilitada a amplitude de defesa ao cliente, ser protegido por proferir ofensas que em nada tenham conexão com o conteúdo da demanda. Ademais, poderia haver responsabilidade nos casos de quebra dos limites éticos, qual seja, do dever de urbanidade, pelo qual, segundo o Código de Ética da OAB, o advogado deve se pautar. Ora, não teria motivo para o advogado deixar de tratar seus colegas de profissão sem consideração e respeito, de forma gratuita e desvinculada com a causa. Portanto, em casos de quebra do nexos funcional e dos limites éticos da advocacia, o profissional

poderia deixar de ser protegido pela imunidade material e sofrer, além de processo ético-disciplinar pela Ordem dos Advogados do Brasil, punição penal.

Constatou-se que o advogado – assim como os magistrados e membros do Ministério Público – é essencial ao funcionamento da justiça e ao exercício da democracia, motivo pelo qual é necessário o exercício destemido do seu *munus*. A prerrogativa da imunidade material é, portanto, necessária ao exercício do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, o advogado não pode, baseando-se na imunidade, ofender de forma gratuita e desvinculada com a causa, rompendo o nexo funcional, sob pena de ser punido, além de ético-disciplinarmente, penalmente.

Dessa forma, dado o caráter funcional da imunidade material, é de se entender que o advogado deverá ser protegido quando a ofensa for de acordo com a discussão da causa e a ela necessária. Perderá o caráter funcional, e, portanto, a proteção, a ofensa gratuita e desvinculada com a causa, dada a quebra do nexo funcional e dos limites éticos, que devem sempre ser objeto de observação pelo profissional.

#### REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Flávio Olímpio de. *Comentários ao Estatuto da Advocacia: jurisprudência da OAB, Código de Ética e Disciplina, regulamento da advocacia*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

BATÓCHIO, José Roberto. A inviolabilidade do advogado em face da Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 688, p. 401-407, fev. 1993.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte especial. São Paulo: Saraiva, 2018. v. II.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito penal*. Parte geral. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Palácio do Planalto. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. *Decreto-Lei nº 2.848*, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 20 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto. *Lei nº 8.906*, de 4 de julho de 1994. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 25.204/SP*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 27/05/2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7420858/habeas-corpus-hc-25204-sp-2002-0143908-0-stj/relatorio-e-voto-13070734>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC 34.076/SP*. Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 01/09/2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/368313165/habeas-corpus-hc-352390-df-2016-0080303-8/inteiro-teor-368313174>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n° 31.689/SC*. Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 27/08/2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485684452/recurso-especial-resp-1567296-se-2015-0295060-3>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n° 4.539/RR*. Rel. Ministro Jesus Costa Lima, Quinta Turma, julgado em 02/08/1995. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/552486/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-4539-rr-1995-0020057-0/inteiro-teor-100322494>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n° 7.653/MA*. Julgado em: 19/10/1998. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19748945/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-7653-ma-1998-0036067-0>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n° 854.452/RS*. Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em: 26/06/2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/789785/recurso-especial-resp-854452/inteiro-teor-12799383?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *RHC 14.166 RJ 2003/0034757-6*. Rel. Min. Paulo Medina. Julgado em: 20 nov. 2003. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/167435/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-14166-rj-2003-0034757-6>>. Acesso em: 30 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.026/DF*. Rel. Ministro Eros Grau, julgada em: 08/06/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n° 45.904. Rel. Min. Evandro Lins e Silva. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 48, t.1, p. 36-40, abr. 1969. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/048\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/048_1.pdf)>. Acesso: 10 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 71.407/SP*. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em: 02/10/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000069421&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 8.088*. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgado em: 05 jun. 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/777397/habeas-corpus-hc-80881-sp/inteiro-teor-100493545>>. Acesso em: 20 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 87.451/RS*. Rel. Ministro Eros Grau, julgado em: 14/02/2006. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761904/habeas-corpus-hc-87451-rs>>. Acesso em: 06 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC 7.637/SP*. Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em: 04 ago. 1998. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=7637&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *RHC 7.829/SP*. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em: 06 mai. 1999. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199800600736&dt\\_publicacao=07-06-1999&cod\\_tipo\\_documento=&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199800600736&dt_publicacao=07-06-1999&cod_tipo_documento=&formato=PDF)>. Acesso em: 18 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n° 14*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acesso em: 20 out 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência e súmulas em matéria penal*. 9. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

DINIZ, Carlos Roberto Faleiros. Considerações sobre as prerrogativas do advogado. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*. p. 35-54. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=67424](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=67424)>. Acesso em: 17 out. 2018.

DOTTI, René Ariel; HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao código penal: Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984*. Rio de Janeiro: GZ, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. Imunidade penal do advogado: Constituição, doutrina, jurisprudência. *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 4, n. 3, p. 23-42, jul./set. 1991. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=52251](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=52251)>. Acesso em: 17 out. 2018.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Na defesa das prerrogativas do advogado. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 93, p. 66-70, set. 2007. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=66016](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=66016)>. Acesso em: 17 out. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio; FRAGOSO, Fernando. *Lições de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LIVIANU, Roberto. Reflexões acerca da ética e das prerrogativas dos advogados. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 27, n. 93, p. 82-85, set. 2007. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=66022](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=66022)>. Acesso em: 17 out. 2018.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARQUES, Jader. Prerrogativa do advogado: uma garantia da sociedade [Jurisprudência comentada]. *Revista Síntese de direito penal e processual penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 28, p. 70-75, out./nov. 2004. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=49351](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=49351)>. Acesso em: 17 out. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 6. ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OAB. *Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – Resolução n. 02/2015*. DOU, 04.11.2015, S.1, p. 77. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/>>. Acesso em: 10 out. 2018.

OSÓRIO, Fabio Medina. A imunidade penal do advogado na Lei 8906, de 4.7.94 – Estatuto da OAB. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 3, n. 9, p. 93-103, jan./mar. 1995. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=12989](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=12989)>. Acesso em: 17 out. 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral e parte especial*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 6. ed rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2017

SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. A reforma do Código de Processo Penal e as prerrogativas dos advogados. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 31, n. 113, p. 126-134, set. 2011. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=88713](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=88713)>. Acesso em: 17 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 41. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. *A ética profissional e o estatuto do advogado*. São Paulo: LTr, 1975.

TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 89-132, jan./fev. 2012. Disponível em: <[http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=91367](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=91367)>. Acesso em: 17 out. 2018.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. 3. ed. Brasília: OAB, 2010.

VIEIRA, Hélio; CERNOV, Zênia. *Estatuto, regulamento geral e Código de Ética da OAB: interpretados artigo por artigo*. São Paulo: LTr, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

**Recebido em:** 27/08/2019

**Aceito em:** 30/09/2019

