

FUNDAÇÃO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS DE UBÁ
FACULDADE DE DIREITO
2015

A CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL E AS
PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS

Rander Soares Oliveira – randersoares75@gmail.com
Edna Valéria Gasparoni Gazolla Côbo- evgcobo@gmail.com

RESUMO: Esta pesquisa pretende demonstrar as espécies de prisão, e quais prisões que os advogados cautelarmente podem ser submetidos. Por meio de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais apresentados pelos tribunais superiores demonstra-se a ilegalidade prisional a qual é submetido o advogado. Desse modo, articulamos sobre as prisões cautelares demonstrando aspectos relacionados a cada espécie de cautelar, com ênfase na prisão especial e a forma da qual o advogado é desrespeitado em um direito que lhe é garantido por seu estatuto e saindo em defesa da aplicabilidade deste direito de forma efetiva, sendo observado o disposto em lei, relacionando a forma como são decretadas as prisões dos advogados, e evidenciando a exigência do recolhimento apenas em sala de estado maior e na falta dela em prisão domiciliar, pois se existe uma lei federal que exige estas peculiaridades para com esses profissionais está deve ser respeitada, logo em seguida traçando um paralelo acerca das prerrogativas do advogado.

Palavras-chave: Prisão especial. Prerrogativas dos Advogados. Prisão do advogado.

ABSTRACT: This research aims to show the prison species, and which arrests the lawyers precaution can be submitted. Through doctrinal and jurisprudential positions presented by the superior courts demonstrates to prison illegality which is submitted to the lawyer. Thus articulated on the precautionary arrests demonstrating aspects every kind of precaution, emphasizing the special prison and the way in which the lawyer and disrespected at a right as guaranteed by their status and coming out in defense of the applicability of this right to effectively, and as set forth in law, relating to how they are enacted arrests of lawyers, and showing the demand for payment only in largest state room and the lack of it under house arrest, because if there is a federal law that requires these peculiarities towards these professionals is to be respected, then immediately drawing a parallel about the lawyer's prerogatives.

Keywords: Special Prison. Rights of Lawyers. Lawyer prison.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pretende mostrar genericamente as várias espécies de prisões previstas no Código de Processo Penal, destacando a prisão especial e a detenção do advogado em sala de estado maior, abordando a problemática do cerceamento dos direitos relativo às prisões do advogado no Brasil.

A Constituição Federal de 1988 prevê que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. No entanto esses direitos muitas vezes não são respeitados. Visa a Carta Magna o cumprimento da defesa da dignidade humana, do amplo direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como à obediência ao princípio do devido processo legal, o direito de ter em sua defesa alguém devidamente aparelhado de conhecimentos jurídicos, capaz de buscar uma solução justa em suas demandas.

De acordo com o processo penal brasileiro toda prisão antes do trânsito em julgado deve possuir caráter cautelar, não se considerando definitiva, mas podendo ser decretada por ordem judicial motivada, com a proibição teoricamente da antecipação dos resultados finais do processo, no presente feito é demonstrado, primeiro as espécies de prisões fazendo um abordagem superficial, segundo com mais enfoque na prisão especial e por fim os direitos e as prerrogativas dos advogados. Tendo como base o conteúdo escrito com pesquisas virtuais, jurisprudências qualitativas e conceitos doutrinários. Assim como o cidadão comum deseja poder exigir o seu direito, é justo que na condição de advogado também possua o direito de reclamar de eventuais violações sofridas, objetivo é exatamente a defesa desses direitos.

1. PRISÃO

O legislador, na vontade de garantir o princípio constitucional da presunção de inocência, instituiu no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988, essa garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, garantindo-lhe o direito de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado.

A garantia constitucional da presunção de inocência, prevista no art. 5, LVI da CF/88 não impede a decretação de prisão, por não afastar a constitucionalidade das espécies de prisões provisórias, no entanto, a regra geral do sistema constitucional é que ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

No nosso ordenamento jurídico a privação da liberdade de locomoção é decretada mediante ordem escrita de autoridade competente, nas seguintes hipóteses: decorrente do

flagrante delito que é um prisão precautelar, sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo na formas da prisão temporária e preventiva.

2. ESPÉCIES DE PRISÃO

No nosso ordenamento jurídico a privação da liberdade de locomoção é decretada mediante ordem escrita de autoridade competente, nas seguintes hipóteses: decorrente do flagrante delito, sentença condenatória transitada em julgado ou no curso da investigação ou do processo.

O Código de Processo Penal lista duas formas de prisão, a primeira: é a prisão-pena, é aquela onde se priva a liberdade por fruto de sentença penal condenatória transitada em julgado, com finalidade de executar decisão judicial.

Está prevista na Parte Geral do Código Penal art. 32 a 42, e também pela Lei de Execuções penais (Lei nº 7.2010/84). De acordo com Tourinho Filho (2012, p. 434) “é imposta àquele que for reconhecidamente culpado de haver cometido uma infração penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada”.

A segunda espécie é a prisão sem pena ou prisão processual, regulamentada pelos artigos 282 a 318 do Código de Processo Penal, bem como pela Lei nº 7960/89, que trata de prisão decretada quando existe alguma necessidade do aprisionamento cautelar do indivíduo, para assegurar o bom andamento processual, não atrapalhar as investigações criminais, ou impedir que em liberdade o indivíduo cometa outros delitos.

Conforme ensinamentos de Tourinho Filho (2012, p. 448) “nada mais é do que uma execução cautelar de natureza pessoal que se justifica como medida imprescindível para assegurar o império da lei penal.”

Dessa forma, não faz relação à gravidade do delito ou o modo como foi cometido o crime para que seja decretada a prisão, basta apenas preencher os pressupostos estabelecidos em lei.

É também conhecida como prisão cautelar ou provisória, e se trata de medida excepcional, podendo ser decretada apenas quando houver, de forma concreta, a necessidade de sua decretação. No nosso ordenamento jurídico, a regra que prevalece é a de que a prisão deve ser decorrente de uma sentença penal condenatória, da qual não se admita mais nenhum recurso. As prisões cautelares são dotadas de algumas modalidades de prisão como: a prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária. Logo temos a previsão de mais duas espécies de prisão sendo a prisão civil e a prisão especial. Dando ênfase a prisão especial.

2.1. CONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO ESPECIAL

O instituto da prisão especial remonta os idos do Império brasileiro visto que teve sua positivação na Constituição de 1824, em seu artigo 179, inciso XVI que apregoava e normatizava à época “Ficam abolidos todos os Privilégios, que não forem essenciais, e inteiramente ligados aos Cargos, por utilidade pública”. Desprende-se desse artigo o entendimento de que os ocupantes de determinados cargos, ditos de “utilidade pública” gozavam da manutenção de determinados privilégios. (jus navegandi <http://jus.com.br/artigos/36601/prisao-especial>)

Mais recentemente, a prisão especial foi instituída no ordenamento brasileiro pelo Decreto-Lei 3.689/41, de 3 de outubro de 1941, Código de Processo Penal que previu tal instituto em seu artigo 295, traz o rol taxativo dos beneficiários da prisão especial e suas peculiaridades em seus parágrafos. (jus navegandi <http://jus.com.br/artigos/36601/prisao-especial>).

Para Tourinho Filho (2012, p. 474) "não se trata de um privilégio, mas uma homenagem em razão da função que certas pessoas desempenham no cenário jurídico-político da nossa terra, inclusive o grau de escolaridade".

No mesmo entendimento expõe Ari Franco:

Apesar de o preceito constitucional estabelecer que todos “são iguais perante a lei”, o legislador processual penal, por considerações de ordens várias criou certo privilégio para a pessoa que enumera, determinando que sejam recolhidas a quartéis ou a prisão especial a disposição da autoridade competente quando sujeitas à prisão antes da condenação definitiva. (FRANCO, 1943 p.308)

Há alguns grupos de pessoas que em virtude de suas atividades, sejam elas públicas ou privadas, são garantidos durante o tempo da prisão provisória, direito a serem recolhidos a quartéis ou prisão especial, sendo importante salientar que sua concessão tem caráter provisório, apenas até a condenação transitar em julgado, ou seja a prisão especial em geral, cabe apenas para o indiciado e ao réu, jamais, via de regra podendo ser aplicada ao condenado.

Por fim, a redação dada pela Lei 12.403/2011, trouxe expressamente no art. 300 do CPP, que "as pessoas presas provisoriamente ficarão separadas das que já estiverem definitivamente condenadas, nos termos da lei de execução penal."

Apontou Nucci (2013, p. 640), sabiamente, sobre a separação dos presos provisórios dos condenados em definitivo, da seguinte forma: "trata-se de uma obrigação do Estado, evitando-se a promiscuidade nefasta dos presídios e amenizando-se o trauma daquele que, não sendo ainda considerado culpado, merece ser afastado dos presos já sentenciados com trânsito em julgado".

Destaca-se que algumas categorias, tais como advogados, juízes, membros do Ministério Público, dentre outros, tem garantido por legislação específica não serem recolhidos, em caso de prisão, senão em sala de Estado Maior ou em prisão especial conforme o texto da lei. A alternativa quanto a não disponibilidade de ambiente físico para o recolhimento do preso provisório especial é estabelecida conforme a Lei 5.256/67 que diz que na falta de estabelecimento adequado para receber o preso especial o juiz, considerando a particularidades e ouvido o Ministério Público poderá autorizar a prisão do réu em prisão domiciliar de onde não poderá se afastar, exceto por decisão judicial.

O fato é que no Brasil, praticamente não existem salas de Estado-Maior e, sendo esta a nossa realidade, diante a prisão cautelar de advogado, o correto é o reconhecimento à prisão domiciliar. No que diz respeito a este direito do advogado onde o este deverá ser recolhido apenas em sala do Estado Maior, ou, em sua falta, em prisão domiciliar, assim se pronuncia a jurisprudência do STF:

RECLAMAÇÃO. ADVOGADO. PRERROGATIVA PROFISSIONAL DE RECOLHIMENTO EM SALA DE ESTADO MAIOR. AFRONTA AO DECIDIDO NO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.127. 1. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.127, este Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), declarando, apenas, a inconstitucionalidade da expressão "assim reconhecidas pela OAB". 2. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de que há de ser deferida a prisão domiciliar aos advogados onde não exista na localidade sala com as características daquela prevista no art. 7º, inc. V, da Lei n. 8.906/94, enquanto não transitada em julgado a sentença penal condenatória. Precedentes. 3. Reclamação julgada procedente. (Rcl 5212, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2008, DJe-097 DIVULG 29-05-2008 PUBLIC 30-05-2008 EMENT VOL-0 2321-01 PP-00054 LEXSTF v. 30, n. 355, 2008, p. 243-253).

PROCESSUAL PENAL. RECLAMAÇÃO. PRISÃO CAUTELAR. ADVOGADO. SALA DE ESTADO MAIOR. ESTATUTO DA ADVOCACIA. ART. 7, V, DA LEI 8.906/94. GARANTIA DA AUTORIDADE DAS DECISÕES DESTA SUPREMA CORTE. PROCEDÊNCIA. I - É garantia dos advogados, enquanto não transitada em julgado a decisão condenatória, a permanência em estabelecimento que possua Sala de Estado Maior. II - Ofende a Autoridade das decisões desta Suprema Corte a negativa de transferência de advogado para Sala de Estado Maior ou, na sua ausência, para a prisão domiciliar. III - Reclamação julgada procedente. (Rcl 5161, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-036 DIVULG 28-02-2008 PUBLIC 29-02-2008 EMENT VOL-02309-01 PP-00114 RTJ VOL-00204-01 PP-00243 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 518-524)

3. DAS PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS RELACIONADAS À PRISÃO DO ADVOGADO.

O Estatuto da Ordem da Advocacia e da OAB é uma Lei Federal, que vem essencialmente tratar da regulamentação da carreira advocatícia.

Pode-se dizer que se trata de uma lei especial e que por força do princípio da especialidade afastaria a incidência de qualquer norma geral que lhe fosse contrária “*lex specialis derogat generali*”.

Nesse sentido:

“O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto os outros exigem um confronto em concreto das leis que descrevem o mesmo fato.”

A Constituição Federal de 1988, no art. 133, disciplina que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei".

Inicialmente, demonstrar-se-á que a Lei 8.906/94, Estatuto da OAB, em seu art. 7º inciso V, disciplina que é direito dos advogados: não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar".

Observa-se que o Estatuto foi expresso ao demonstrar que a prerrogativa do advogado se limita até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, na prisão provisória é previsto o tratamento diferenciado, no entanto, o cumprimento de pena se dará de forma comum.

Trata-se de prerrogativa funcional e observa-se que a literalidade do estatuto em dizer “advogados”, pois este instituto visa preservar a integridade física e moral destes profissionais de pessoas descontentes com atos praticados por estes no decorrer de suas atividades.

Assim, trata-se apenas dos advogados regularmente inscritos na OAB, não podendo ser invocado tal prerrogativa se cancelada a inscrição do profissional, disposto no art. 11, ou se suspenso, preventivamente, pelo Tribunal de Ética e Disciplina do Conselho onde o acusado tenha inscrição principal, art. 70 §3º do Estatuto da Advocacia.

Destaca-se que:

O status adquirido pela classe dos advogados na chamada Constituição Cidadã, longe de representar algum tipo de odioso privilégio, é, na verdade, resultado conquistado pela luta diuturna e

incessante desses profissionais na defesa dos cidadãos — sejam estes os mais humildes, ou o mais incauto figurão da República — contra desmandos não raramente praticados por nosso Poder Público (Legislativo, Executivo ou Judiciário) no exercício de suas atividades persecutórias e/ou fiscalizadoras. (Massud e Sarcedo, 2005).

Assim mostra Lobo (2013, p. 79) que "os dispositivos legais visam resguardar a dignidade profissional e a liberdade física do advogado, evitando, se possível, a iniquidade e a torpeza de atuações injustas, encomendadas, forjadas ou ilegais".

As prerrogativas profissionais do advogado, longe de se reduzirem a uma série de privilégios concedidos à classe, são instrumentos necessários ao desempenho de nossa função, que é de natureza pública, porque essencial à manutenção da ordem jurídica e do Estado Democrático de Direito, conforme tem ressaltado o Dr. Alberto de Paula Machado, presidente da seccional paranaense da OAB. (Andrade Colle, 2009 atualizado 2013).

Como já demonstrado, o advogado é indispensável à administração da justiça sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, como prevê a CF/88 em seu art. 133.

A garantia constitucional é assegurada até este exposto limite de legalidade deste exercício profissional, que não pode ser agredida enquanto efetiva e legalmente exercida, decorrendo esta inviolabilidade das garantias que asseguram a existência e a permanência do próprio Estado Democrático de Direito.

O Estatuto da Advocacia e da OAB em seu art. 7º § 3º que o advogado somente poderá ser preso em flagrante, por motivo de exercício da profissão, em caso de crime inafiançável, observado o disposto no inciso IV deste artigo. Diante dessa previsão percebemos que apenas em situações muito graves deve ser realizada a prisão.

Assim:

Por definir “crime afiançável”, verifica-se que, a teor dos arts. 322 e 323 do CPP, são, em regra, afiançáveis não só todos os crimes e contravenções penais apenados com detenção ou prisão simples, cuja atribuição para arbitrar fiança é da autoridade policial, mas também aqueles crimes punidos com reclusão em que a pena mínima cominada não seja superior a dois anos, caso em que a competência para arbitramento de fiança é do Poder Judiciário. Conclui-se que a norma legal sob análise impede a prisão em flagrante delito do advogado que, “por motivo da profissão”, venha a cometer um delito apenado com prisão simples, detenção, ou reclusão, desde que, neste caso, a pena mínima cominada não seja superior a dois anos. (Massud e Sarcedo, 2005).

Percebe-se, que não poderá haver prisão em flagrante quando o crime ligado a profissão do advogado for afiançável.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, nos incisos XLII a XLIV, considera cinco hipóteses de crimes como inafiançáveis:

Racismo (inciso XLII); prática de tortura (inciso XLIII); tráfico de entorpecentes e drogas afins (inciso XLIII); crimes hediondos (inciso XLIII); terrorismo (inciso XLIII); ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o estado democrático (inciso XLIV). Atesta a letra da lei que respondem por tais penalidades os mandantes, os executores e os que, podendo evitar a execução dos crimes, se omitam. Importante citar que a lei 8072 de 1990, conhecida como “lei dos crimes hediondos” traz detalhes sobre esta classificação especial de crimes inafiançáveis. De acordo com seu artigo 1º, são considerados crimes hediondos: homicídio, quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado, latrocínio, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro e na forma qualificada, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com resultado morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. (/Santiago, infoescola)

É de conhecimento de todos que em algumas circunstâncias no âmbito do exercício da profissão os ânimos se elevam, e tanto o advogado como os agentes públicos estão sujeitos a cometer excessos, no entanto nada justifica sobrepor vontades pessoais a legislação vigente.

O Estatuto da Advocacia no Capítulo II, dos direitos do advogado o art. 6º, mostra que:

Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Parágrafo único. As autoridades, os servidores públicos e os serventuários da justiça devem dispensar ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho.

Diante disso, OAB vem acolhendo representações formuladas por advogados, concedendo pedido de desagravo público, e repudiando os comportamentos arbitrários ilegais, como as prisões de advogados por desacato, calúnia ou qualquer crime afiançável por entender que infringe normas constantes do Estatuto da Advocacia e da OAB.

A observância do inciso IV do art. 7º demonstra a atuação fundamental da OAB nos casos de prisão do advogado.

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB.

De suma importância este inciso, é vasto o conhecimento que os advogados sofrem diariamente com violações de suas prerrogativas e este dispositivo tenta garantir o exercício da profissão, para o que o advogado não atue com receio de ser preso por um cometimento de um possível crime segundo a autoridade, por exemplo quando são retirados preso do fórum por desacato, injúria.

Entende-se ainda, pela leitura do inciso IV do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da OAB, que seria requisito de validade a presença obrigatória de um representante da seccional para acompanhar a lavratura do auto de prisão em flagrante sob pena de nulidade, no entanto, pelo julgamento da ADI nº 1.127, entendeu o STF que se a OAB não enviar um representante em tempo hábil, será válida a prisão.

Art. 7º São direitos do advogado:

IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB. O Plenário julgou constitucional o dispositivo acima, mantendo a necessidade de representante da OAB para a prisão em flagrante de advogado por motivo relacionado ao exercício da advocacia. O ministro Marco Aurélio, relator da ADI, ressaltou que se a OAB não enviar um representante em tempo hábil mantém-se a validade da prisão em flagrante.

Da mesma forma entende Lobo (2013, p. 80) quanto à necessidade de representante da OAB: “A presença necessária do representante da OAB não é simbólica, porque tem ele o direito e dever de participar da atuação, assinando-o como fiscal de legalidade do ato.”

Conclui-se que o advogado preso em flagrante delito, exercendo a função profissional, só deveria existir se o crime fosse inafiançável, e com a presença de representante da OAB para lavrar o Auto de Prisão em Flagrante. No entanto, se o crime não tiver relação com exercício profissional, seja por crimes afiançáveis ou inafiançáveis a prerrogativa consiste na comunicação expressa da prisão provisória à Seccional, não sendo obrigatória a presença do representante da OAB.

A prisão, desde que provisória, e que não tenha nexos de causalidade entre o delito e a profissão, é concedido o direito ao advogado requerer um representante da OAB, podendo exigir da autoridade policial que lhe seja comunicado o fato, no entanto a lavratura do auto não está condicionado a presença como já demonstrado.

Já o art. 7º inciso V, na sua redação original previa a seguinte expressão: não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e na sua falta, em prisão domiciliar. Entretanto por força da ADIN nº 1.127, na qual declarou a constitucionalidade do

inciso V, excluiu-se apenas o trecho destacado acima por se considerar que administração de estabelecimentos prisionais constitui prerrogativa indelegável do Estado, conforme ADI 1105/DF e ADI 1127/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, rel. p/ o acórdão Min. Ricardo Lewandowski, 17.5.2006.

Nesse sentido o Ministro Ricardo Lewandowski expõe que: (reclamação STF, pag. 04).

Pelo meu voto, eu estaria julgando procedente a ação para declarar inconstitucional a expressão “assim reconhecidas pela OAB”, porque, realmente, no caso do advogado ser detido em instalações não condignas, a OAB, com toda certeza, recorrerá ao judiciário, que corrigirá a situação. Essa garantia já constante do corpo deste dispositivo é suficiente para garantir que o advogado fique detido em condições compatíveis com seu múnus público.

Se reconheceu a validade constitucional da norma que assegura aos advogados o direito de ser recolhido, antes do trânsito em julgado, em sala de Estado Maior e na sua falta, em prisão domiciliar.

De suma importância foi o julgamento da Reclamação nº 4.535 onde o Ministro do STF, Sepúlveda Pertence especificou as características da Sala de Estado Maior, pois ainda não havia um posicionamento sólido acerca do tema, o que gerava entre doutrinadores e juristas o pensamento equivocado da equivalência da sala de Estado Maior com a Prisão Especial prevista no art. 295 do CPP.

“I. Reclamação: alegação de afronta à autoridade da decisão plenária da ADIn 1127, 17.05.06, red. p/acórdão Ministro Ricardo Lewandowski: procedência. 1. Reputa-se declaratória de inconstitucionalidade a decisão que- embora sem o explicitar - afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição. 2. A decisão reclamada, fundada na inconstitucionalidade do art. 7, V, do Estatuto dos Advogados, indeferiu a transferência do reclamante - Advogado, preso preventivamente em cela da Polícia Federal, para sala de Estado Maior e, na falta desta, a concessão de prisão domiciliar. 3. No ponto, dissentiu do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn 1127 (17.05.06, red. p/acórdão Ricardo Lewandowski), quando se julgou constitucional o art. 7, V, do Estatuto dos Advogados, na parte em que determina o recolhimento dos advogados em sala de Estado Maior e, na sua falta, em prisão domiciliar. 4. Reclamação julgada procedente para que o reclamante seja recolhido em prisão domiciliar - cujo local deverá ser especificado pelo Juízo reclamado -, salvo eventual transferência para sala de Estado Maior. II. ‘Sala de Estado-Maior’ (L. 8.906, art. 7º, V): caracterização. Precedente: HC 81.632 (2ª T., 20.08.02, Velloso, RTJ 184/640).

Assim sendo, ‘sala de Estado-Maior’ é o compartimento de qualquer unidade militar que, ainda que potencialmente, possa por eles ser utilizado para exercer suas funções. A distinção que se deve fazer é

que, enquanto uma 'cela' tem como finalidade típica o aprisionamento de alguém – e, por isso, de regra, contém grades –, uma 'sala' apenas ocasionalmente é destinada para esse fim. De outro lado, deve o local oferecer 'instalações e comodidades condignas', ou seja, condições adequadas de higiene e segurança." (Rcl 4.535, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 7-5-2007, Plenário, *DJ* de 15-6-2007.) No mesmo sentido: (HC 96.539, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 13-4-2010, Primeira Turma, *DJE* de 7-5-2010; HC 95.332, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 31-3-2009, Primeira Turma, *DJE* de 30-4-2009; Rcl 5.212, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-03-2008, Plenário, *DJE* de 30-5-2008). (www.sitedodireito.com.br/2012/02/sala-de-estado-maior-como-funciona.html).

Primeiramente, entende-se como Estado Maior o grupo de oficiais encarregados de assistir o chefe militar no exercício do comando, assim se estabelece que a sala de Estado Maior é um compartimento de unidade militar que, possa ser utilizada pelo grupo de Oficiais que assessoram o Comandante da organização militar, se define por sua qualidade mesmo de sala não cela ou cadeia e o local deve oferecer instalações e comodidades condignas, ressaltando ainda as condições de higiene e de segurança.

Sabidamente se distinguiu a sala de Estado Maior da prisão Especial pois, com a alteração que trouxe a Lei 10.258/01, que modificou o texto do art. 295 do CPP, estabeleceu-se que a prisão especial consistia em prisão em estabelecimento diferenciado do preso comum, ou, no caso de ausência desta, seria recolhido em cela distinta, no entanto, quanto a estrutura física do estabelecimento se mostrava idêntica à do preso comum, ou seja, uma cela comum. Embora o direito a prisão especial seja um tratamento diferenciado, se destacando o preso especial do preso comum, estas não se confundem com a prerrogativa do advogado, pois como bem explica o Ministro Ricardo Lewandowski “nem mesmo a hipótese de cela isolada contempla a previsão legal que determina que o advogado tenha de ser recolhido em sala de Estado Maior antes da condenação definitiva”.

Assim, mesmo que a cela observe todas as condições de higiene como cama, banheiro privativo e cozinha, esta não estará apta a atender os requisitos de Sala de Estado Maior. Ressalta-se que o STF decidiu no sentido de que a sala de Estado Maior é diferente de celas análogas a salas de Estado Maior, mesmo que sendo individuais, uma vez que a primeira sequer prevê a existência de grades.

Deste modo, percebe-se que no julgamento da Reclamação - 4535/ES, no sentido de que sala de Estado Maior definir-se-ia pela sua qualidade mesma de sala e não de cela ou cadeia, constituindo assim um tipo heterodoxo de prisão, pois destituída de grades ou portas fechadas pelo lado de fora. Sabidamente as expressões foram colocadas, pelo Estatuto da OAB, com

intuito real de diferenciar sala e cela, por entender que o processado em Sala de Estado Maior se distingue do trancafiado em cela especial.

O art. 7º, inciso V, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, disciplina que "são direitos do advogado: "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e na sua falta, em prisão domiciliar". O dispositivo sob comento, que foi elaborado pelo Congresso Nacional, promulgado pelo Presidente da República, que poderia ter vetado o inciso, estando em conformidade com o Texto Constitucional, tendo eficácia e vigência, em nenhum momento falou em cela, Delegacia de Polícia, seja ela pertencente a Polícia Civil ou Federal, ou qualquer outro lugar, mas em sala de Estado Maior. (Rodrigues Rosa; www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2001/pthadeu/advogadoesuprisao.htm).

Deve-se considerar a finalidade dos dois institutos, enquanto uma cela tem como finalidade o aprisionamento, devendo ter grades, uma sala apenas ocasionalmente é destinada para esse fim.

Infelizmente percebemos que algumas sentenças tem ido contra a legislação e contra o julgamento da ADIN nº 1.127, decidindo em casos concretos pelo encarceramento em prisão especial, ou apenas em cárcere separado dos demais presos, devido à ausência de sala de Estado Maior na maioria das comarcas.

A Ministra do STF, Rosa Weber, em decisão recente indeferiu o pedido de liminar na Reclamação (RCL) 18023, em que a seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB-SP) pedia que a prisão preventiva do advogado, fosse transformada em prisão domiciliar. Entendeu a Ministra que na inexistência de Sala de Estado-Maior em São Paulo, e por não considerar recomendável, neste momento, a prisão domiciliar admite-se a possibilidade de acomodação de acusado em cárcere separado dos demais presos, quando não for recomendável a prisão domiciliar e não existir sala de Estado Maior na localidade. Citou, ainda, decisões do STF como a Reclamação 4733.

Ao contrário da Ministra, em decisão datada de 18 de julho de 2014, o Ministro Ricardo Lewandowski concedeu liminar no Habeas Corpus (HC) 123391 para que um advogado responda à processo em prisão domiciliar, devido à falta de sala de Estado-Maior em Minas Gerais. Com a decretação da prisão preventiva, o advogado deveria ter sido recolhido em sala de Estado-Maior, conforme determina a Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia). Desta forma, a liminar foi concedida para que o advogado, ante a ausência de 'sala de Estado-Maior', seja recolhido em prisão domiciliar.

Entende-se que as divergências jurisprudências geram um retrocesso às vitórias conseguidas com tanta luta pela defesa das prerrogativas dos advogados.

Se esclarece, que as decisões que deneguem a prerrogativa do advogado a permanência ou transferência a sala de Estado Maior, ou na sua falta prisão domiciliar, podem ser atacadas por reclamação por ser hipóteses cabíveis de recurso. É possível a interposição de Reclamação quando outros órgãos proferem decisões contraditórias ou conflitantes com o que decidido pelas Cortes Superiores, ou ainda, executem ou interpretem de modo diferente do que foi estabelecido anteriormente.

De acordo com a Dra. Colle:

De qualquer forma, em havendo violação à prerrogativa relacionada ao local e às condições da prisão processual de Advogado, o mecanismo mais célere e seguro de se restabelecê-la, é através da interposição de Reclamação perante o STF, devidamente instruída da decisão que violou a prerrogativa (ainda que proferida pelo juiz de primeiro grau) e do relatório do representante da OAB dando conta de que o local não configura Sala de Estado-Maior. (Andrade Colle, 2009, <http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/361690>)

Também é cabível o Habeas, Corpus como demonstra o Dr. Rosa, “Em tese a prisão decorrente da atividade profissional não deveria existir, mas ocorrendo deve-se observar o disposto no art. 7º, V, sob pena de constrangimento ilegal sanável por Habeas Corpus”. Nos mesmos fundamentos para aplicação de prisão, prevista nos moldes do artigo art. 7º inciso V do Estatuto da OAB, o STJ vem concedendo a prisão domiciliar de advogados que tenham contra si decretada prisão civil por inadimplemento de pensão alimentícia.

4ª Turma do STJ A regra contida no art. 7º, V, da Lei n.º 8.906/94 também se aplica para os casos de prisão civil de advogado. O legislador, ao disciplinar os direitos do advogado, entendeu incluir entre eles o de ser recolhido em sala especial, não devendo o Poder Judiciário restringir esse direito apenas aos processos penais. “Se quando é malferido um bem tutelado pelo direito penal, permite-se ao acusado, se advogado for, o recolhimento em sala de estado maior, a lógica adotada no ordenamento jurídico impõe seja estendido igual direito àquele que infringe uma norma civil, porquanto, na linha do regramento lógico, quem pode o mais, pode o menos” O Ministro do STJ, Raul Araújo, relator do processo HC 271.256-MS, afirma em seu voto que o recolhimento em sala de Estado Maior é prerrogativa do advogado em condenações na esfera penal, portanto, o deveria ser também em causas da esfera civil. “Ainda que as prisões tenham finalidades distintas, não se mostra razoável negar esse direito o infrator de obrigação cível, por mais relevante que seja, uma vez que, na escala de bens tutelados pelo Estado, os abrangidos pela lei penal são os mais relevantes à sociedade” (Min. Raul Araújo;

<http://www.dizerodireito.com.br/2014/02/se-o-advogado-for-presopor-divida-de.html>)

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. ALIMENTOS. ADVOGADO ALIMENTANTE. RECOLHIMENTO EM CELA SEPARADA DE DELEGACIA DE POLÍCIA. INEXISTÊNCIA DE SALA DE ESTADO MAIOR. PRISÃO DOMICILIAR. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Se o ordenamento jurídico garante a advogado supostamente infrator da lei penal o recolhimento em sala de Estado Maior, razão não há que justifique recolhimento em cela comum de delegacia de polícia de causídico devedor de alimentos, porque um ilícito civil não pode justificar tratamento mais gravoso do que o previsto para aquele que pretensamente viola a norma penal. 2. Aplica-se à prisão civil de advogado a regra contida no artigo 7º, V, da Lei 8.906/94 (EOAB), segundo a qual constitui direito do advogado "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas e, na sua falta, em prisão domiciliar". 3. Ordem de habeas corpus concedida. (STJ - HC: 271256 MS 2013/0169494-3, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2014)

O entendimento é que, se penalmente é reconhecido a garantia do advogado a sala de Estado Maior, não seria plausível que decorrente de uma prisão civil venha se ferir essa prerrogativa. Entende-se que a infração civil seria menos grave que a que a infração penal, assim, de acordo com o voto do Relator, na linha do regramento lógico "quem pode o mais, pode o menos", fazendo jus a permanência ou transferência a sala de Estado Maior, ou na falta dessa, prisão domiciliar.

Importante destacar que a prisão domiciliar não deve ser considerada como colocação em liberdade, mesmo que de difícil verificação e monitoramento do preso, o Estado não pode suprimir direitos por sua própria ineficiência fiscalizatória.

Assim:

Se o legislador, ao disciplinar os direito do advogado, entendeu incluir no rol onde "não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e na sua falta, em prisão domiciliar", não cabe ao Judiciário restringi-lo somente aos processos penais, sob pena de violar-se uma garantia que tem assento constitucional, na exata medida em que "as prerrogativas profissionais dos Advogados não existem em função de si mesmas. Elas traduzem, na realidade, emanções da própria Constituição da República, pois, ainda que definidas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/64), foram concebidas com o só propósito de viabilizar a defesa da integridade das liberdades públicas dos cidadãos, tais como proclamadas em nosso ordenamento constitucional" (trecho retirado do voto condutor

do acórdão proferido no HC 88.702, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 19/9/2006, DJ de 24/11/2006)

Dessa forma, os advogados que tenham contra si decretada prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentícia têm direito a prisão domiciliar nos termos do art. 7º, V, da Lei 8.906/94, na falta de sala de Estado Maior.

CONCLUSÃO

Por fim, é importante frisar que o Estatuto da OAB é uma Lei Federal que merece o respeito necessário, não só por parte das autoridades judiciárias, bem como de todos os agentes públicos. Os advogados tem sua função social disposta no texto da Carta Magna que trata como indispensáveis para o funcionamento da justiça, mas não apenas a justiça que depende dessa nobre profissão e sim todo estado democrático de direito. Ressalta-se que a previsão legal no estatuto da OAB não prevê privilégios. As prerrogativas e direitos dos advogados são garantias da liberdade de atuação do advogado no exercício de sua profissão, pois sem essas, as barreiras e abusos contra advogado tornaria impossível o exercício da advocacia.

Cabe a OAB, entidade representante dos advogados, repudiar todo ato ilícito praticado contra advogados, principalmente quanto a restrição da liberdade por se tratar de um direito fundamental, assim deve promover a responsabilização daqueles que obstruem ilegalmente o bom exercício laboral.

É de suma importância que o Poder Judiciário sedimente entendimento favorável nos casos de prisões cautelares de advogados, concedendo a eles prisão em sala de Estado Maior e na falta de tal instituto, prisão domiciliar, levando em consideração os julgamentos já proferidos e fazendo valer a legislação vigente, sob pena de violação da harmonia e equilíbrio entre os poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. 1 vol. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLLE, Juliana de Andrade. Conselheira fala sobre prerrogativas relacionadas à prisão dos advogados. Disponível em: <<http://oab-pr.jusbrasil.com.br/noticias/958205/conselheira-fala-sobre-prerrogativas-relacionadas-a-prisao-dos-advogados>>

GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Haidar, Rodrigo. Prisão Especial, Advogado deve ser preso em sala de Estado Maior
Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-27/stf-reforca-direito-advogado-presos-sala-estado-maior#author>>.

<http://www.sitedodireito.com.br/2012/02/sala-de-estado-maior-como-funciona.html>

LENZA, Pedro. Direito Processo Penal Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1. ed., v.4. Campinas:Millennium, 2009.

MASSUD, Leonardo, SARCEDO, Leandro. Da Proibição da Prisão em Flagrante Delito do Advogado. Boletim Ibccrim nº 157. Dez, 2005.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de Processo Penal Interpretado. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional, revista, atualizada e ampliada, 3ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado, 12ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RAMOS, Gisela Gondin. Estatuto da Advocacia, Comentários e Jurisprudência Seleccionada. 6ª.ed. Belo Horizonte, Fórum, 2013.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. O advogado e a sua prisão. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 29, 1 mar. 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/300>>.

SANTIAGO, Emerson. Crime inafiançável. Disponível em:
<(http://www.infoescola.com/direito/crime-inafiancavel/)>.

Supremo Tribunal Federal. ADI-1105, ADI-1127, Disponível em:
<(http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.aspxid=2666186&tipoApp=RTF)>.

TÁVORA, Nestor, Curso de Direito Processual Penal. 8ª. ed., Salvador: JusPODIVM, 2013).

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.