

28/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.213 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
PACTE.(S) : PAULO ROGERIO POLLAK
ADV.(A/S) : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC 200053 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E M E N T A: ADVOGADO – CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL – PRISÃO CAUTELAR – RECOLHIMENTO A “SALA DE ESTADO-MAIOR” ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) – INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO “SALA DE ESTADO-MAIOR” – HIPÓTESE EM QUE SE ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO “EM PRISÃO DOMICILIAR” (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, “IN FINE”) – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001 – INAPLICABILIDADE DESSE DIPLOMA LEGISLATIVO AOS ADVOGADOS – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE ANTINOMIA SOLÚVEL – SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CONFLITO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA ADVOCACIA – CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA – PEDIDO DE “HABEAS CORPUS” DEFERIDO.

- O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma não derogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de “não ser recolhido preso (...), senão em sala de Estado-Maior (...) e, na sua falta, em prisão domiciliar” (art. 7º, inciso V).

- Trata-se de prerrogativa de índole profissional – qualificável como

HC 109.213 / SP

direito público subjetivo do Advogado **regularmente** inscrito na OAB – **que não pode ser desrespeitada** pelo Poder Público e por seus agentes, **muito embora cesse com o trânsito em julgado** da condenação penal. **Doutrina. Jurisprudência.**

Essa prerrogativa profissional, *contudo*, **não poderá ser invocada** pelo Advogado, **se cancelada** a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) **ou, então, se suspenso**, *preventivamente*, **o exercício** de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º).

- **A inexistência**, *na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias*, **de estabelecimento adequado** ao recolhimento prisional do Advogado **confere-lhe**, *antes de consumado* o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, **o direito** de beneficiar-se **do regime de prisão domiciliar** (RTJ 169/271-274 – RTJ 184/640), **não lhe sendo aplicável**, *considerado o princípio da especialidade*, **a Lei nº 10.258/2001**.

- **Existe**, *entre* o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (*norma anterior especial*) **e** a Lei nº 10.258/2001 (*norma posterior geral*), **que alterou** o art. 295 do CPP, **situação reveladora de típica antinomia de segundo grau**, **eminentemente** solúvel, *porque superável* pela aplicação do critério da especialidade (“*lex posterior generalis non derogat priori speciali*”), **cuja incidência**, *no caso*, **tem a virtude** de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), **permitindo**, *assim*, **que coexistam**, *de modo harmonioso*, normas em relação de (*aparente*) conflito. **Doutrina. Consequente subsistência**, *na espécie*, **não obstante** o advento da Lei nº 10.258/2001, da norma inscrita **no inciso V** do art. 7º do Estatuto da Advocacia, **ressalvada**, *unicamente*, por inconstitucional (ADI 1.127/DF), **a expressão** “*assim reconhecidas pela OAB*” **constante** de referido preceito normativo.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em deferir** o pedido de "*habeas corpus*", **tornando definitiva** a medida cautelar anteriormente deferida, **em ordem a garantir**, ao ora paciente (Paulo Rogério Pollak), o seu recolhimento (e permanência) em prisão domiciliar (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, "*in fine*"), até o trânsito em julgado da sentença condenatória contra ele proferida nos autos do **Processo-crime** nº 089.01.2010-008435-6/000.000-000 (1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da comarca de Botucatu/SP). O magistrado processante (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da comarca de Botucatu/SP – **Processo-crime** nº 089.01.2010-008435-6/000.000-000, **Controle** nº 734/2010) **deverá determinar** as normas de vigilância e de conduta de Paulo Rogério Pollak, ficando igualmente autorizado a fazer cessar referido recolhimento domiciliar, se e quando se registrar eventual abuso por parte do Advogado em questão, que declarou possuir residência em Botucatu/SP (Rua Antônio Amando de Barros, nº 241, apartamento 44, bloco 03, Jardim Souza Santos, Edifício *Ilhas Gregas*), **nos termos** do voto do Relator.

Brasília, 28 de agosto de 2012.

CELSO DE MELLO – RELATOR

28/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.213 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : PAULO ROGERIO POLLAK
ADV.(A/S) : GUILHERME GIBERTONI ANSELMO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC 200053 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): O Ministério Público Federal, **em parecer** da lavra do ilustre Subprocurador-Geral da República Dr. EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA, **assim resumiu e apreciou** a presente impetração:

“1. O paciente, preso em flagrante no dia 14.07.2010, foi denunciado pela prática dos crimes descritos nos arts. 33, ‘caput’, 35 e 40, V, todos da Lei 11.343/06. A defesa impetrou habeas corpus objetivando a revogação da custódia cautelar, mas a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo denegou a ordem. Posteriormente, impetrou-se o HC nº 200053/SP no Superior Tribunal de Justiça, cuja liminar foi indeferida. O mérito do ‘writ’ ainda não foi julgado.

2. Por isso o presente ‘writ’, no qual sustenta o impetrante/paciente a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que é advogado e não foi colocado em Sala de Estado-Maior, conforme determina o artigo 7º da Lei nº 8.906/2004. Assim, busca, com o afastamento da Súmula nº 691/STF, a concessão da ordem para que lhe seja assegurado o direito de na ausência de Sala de Estado-Maior, ser transferido para prisão domiciliar.

3. O pedido de liminar foi deferido.

4. Penso que a excepcionalidade do caso, patente constrangimento ilegal, permite a atuação dessa Suprema Corte.

5. *Essa Suprema Corte tem decidido que, na falta de estabelecimento adequado, deve ser concedida a prisão domiciliar ao beneficiário da prisão especial (HC nº 90.707/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.06.2007; HC nº 95.332/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 30.04.2009; HC nº 96.539/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 07.05.2010).*

6. *Importante registrar que, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 815 (oitocentos e quinze) dias-multa, por infração ao artigo 33, 'caput', c.c. artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº. 11.343/06, garantindo-se a prisão domiciliar até o trânsito em julgado da condenação, por falta de Sala de Estado-Maior, conforme determinado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.*

7. *Isso posto, opino pela concessão da ordem." (grifei)*

É o relatório.

28/08/2012

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 109.213 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de “*habeas corpus*” **impetrado** contra decisão **emanada** de eminente Ministro de Tribunal Superior da União que, **em sede de outra ação** de “*habeas corpus*” **ainda em curso** no Superior Tribunal de Justiça (HC 200.053/SP), **denegou medida liminar** que lhe havia sido requerida **em favor** do ora paciente.

Busca-se, na presente impetração, **seja garantido**, ao ora paciente, advogado militante (OAB/MS 10.028), **a prerrogativa** que lhe assegura o art. 7º, **inciso V**, “*in fine*”, da Lei nº 8.906/94 (*Estatuto da Advocacia*), **que assim dispõe**:

“Art. 7º São direitos do advogado:

.....
V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas (...), e, na sua falta, em prisão domiciliar.” (grifei)

A natureza da matéria **impõe** algumas breves observações **que faço**, desde logo, **em caráter introdutório**.

Não se pode perder de perspectiva, **quando examinada** a questão **pertinente** às prerrogativas profissionais dos Advogados, **um aspecto que assume** relevo indiscutível. **Há que se reconhecer**, na abordagem desse tema, **a íntima conexão** que existe **entre as prerrogativas profissionais** dos Advogados, **de um lado, e a declaração constitucional** de direitos e garantias dos cidadãos, **de outro**.

É que as prerrogativas profissionais dos Advogados não existem em função de si mesmas. Elas traduzem, *na realidade*, emanações da própria Constituição da República, **pois**, ainda que definidas no Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), **foram concebidas** com o só propósito **de viabilizar** a defesa da integridade das liberdades públicas dos cidadãos, **tais como proclamadas** em nosso ordenamento constitucional.

As prerrogativas profissionais de que se acham investidos os Advogados, *portanto*, **mais** do que poderes jurídicos que lhes são inerentes, **traduzem**, *em sua precípua destinação*, **meios essenciais** vocacionados a ensejar a proteção e a tutela dos direitos e garantias que o sistema de direito constitucional **reconhece** às pessoas em geral.

As prerrogativas profissionais, *por isso mesmo*, **não devem ser confundidas** com meros privilégios de índole estamental **ou** de natureza corporativa, **pois destinam-se**, enquanto instrumentos vocacionados a preservar a atuação independente do Advogado, **a conferir efetividade** às franquias constitucionais invocadas em defesa daqueles cujos interesses lhe são confiados.

O Supremo Tribunal Federal, *presentes tais considerações*, **compreendendo** a alta missão institucional que qualifica a atuação dos Advogados **e tendo consciência** de que as prerrogativas desses profissionais **existem** para permitir-lhes a tutela efetiva dos interesses e direitos de seus constituintes **e, também**, **para que possam defender** a Constituição e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, **construiu importante jurisprudência** que, **ao destacar a vocação protetiva** inerente à ação desses imprescindíveis operadores do Direito, **tem a eles dispensado** o amparo jurisdicional necessário ao desempenho integral das atribuições de que se acham investidos.

Essa percepção – *é preciso enfatizar* – **já havia sido revelada** pelo eminente LEVI CARNEIRO, que foi o **primeiro** Presidente da Ordem dos

HC 109.213 / SP

Advogados do Brasil (1933), **em passagem na qual bem sintetizou** o alto significado da atuação do Advogado:

“Tenho sempre afirmado que nosso dever de advogados, de juristas, de homens voltados ao culto da ordem jurídica – é, menos a defesa de interesses eventuais de certo número de indivíduos envolvidos em pleitos jurídicos que os da própria coletividade nacional.”

Os elementos de informação constantes da presente ação de “*habeas corpus*” **revelam** que o paciente, **que é Advogado regularmente** inscrito nos quadros da OAB, preso em **flagrante** pela suposta prática dos crimes descritos nos arts. 33, “*caput*”, 35 e 40, V, todos da Lei nº 11.343/2006, **havendo sido recolhido** a estabelecimento prisional – a Penitenciária de Araraquara/SP – **que não satisfaz a exigência** fixada no preceito legal mencionado.

Impõe-se observar, por isso mesmo, que tal paciente, **por ser Advogado**, tem o **insuprimível** direito, uma vez efetivada a sua prisão, de ser recolhido a “*sala de Estado-Maior*”, **enquanto não transitada em julgado** a decisão penal condenatória (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V).

Na verdade, **trata-se** de prerrogativa de ordem profissional, **que não pode deixar de ser respeitada** pelos órgãos e agentes do Estado, **embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal** (situação **inocorrente** na espécie), **consoante proclama a doutrina** (JULIO FABBRINI MIRABETE, “*Processo Penal*”, p. 353, 1991, Atlas; DAMÁSIO E. DE JESUS, “*Código de Processo Penal Anotado*”, p. 187, 10ª ed., 1993, Saraiva; MAGALHÃES NORONHA, “*Curso de Direito Processual Penal*”, p. 161, item n. 91, 19ª ed., 1989, Saraiva) **e adverte a jurisprudência** dos Tribunais (RT 579/294), **inclusive** a deste Supremo Tribunal Federal (**RHC 51.295/GO**, Rel. Min. OSWALDO TRIGUEIRO).

HC 109.213 / SP

O recolhimento do Advogado a sala de Estado-Maior, *na realidade*, constitui direito público subjetivo outorgado a esse profissional do Direito pelo ordenamento positivo nacional, desde o primeiro Regulamento da OAB, aprovado pelo Decreto nº 20.784, de 14/12/1931, **não cabendo opor-lhe quaisquer embaraços, enquanto a decisão penal condenatória – insista-se – não se qualificar como irrecorrível.**

Tendo presente esse contexto normativo, **revela-se lapidar** o pronunciamento jurisdicional **consubstanciado** em acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **que fixou precisa orientação** a respeito desse tema:

“A prisão especial assegurada ao advogado é prerrogativa de toda uma classe, é um direito legal inafastável, sob qualquer pretexto, devendo o Poder Judiciário fazê-lo valer a qualquer custo, no interesse maior da própria ordem jurídica. Não é um favor que necessite de beneplácito de quem quer que seja.”

(**Revista dos Tribunais**, vol. 509/334-335, Rel. Des. CAVALCANTI SILVA – grifei)

Cumpre ressaltar, neste ponto, **que os fundamentos** em que se apoia esta impetração **têm o beneplácito tanto** do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (**RTJ** 169/271-274 – **RTJ** 184/640, *v.g.*) **quanto** dos Tribunais em geral (**RSTJ** 24/133-142 – **RT** 383/385, **dentre outros**).

Impende registrar, ainda, por extremamente relevante, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao apreciar o mérito da ADI 1.127/DF**, Rel. p/ o acórdão Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **rejeitou** questão prejudicial nela suscitada **pertinente à subsistência, ou não, do inciso V** do art. 7º do Estatuto da Advocacia **em face** da superveniência da Lei nº 10.258/2001. **Ao assim proceder**, esta Corte, *em referido julgamento plenário*, **entendeu subsistente** a norma consubstanciada **no inciso V** do art. 7º da Lei nº 8.906/94 (**ressalvada, unicamente**, por inconstitucional, **a expressão** “*assim reconhecidas pela OAB*” **inscrita** em tal preceito normativo),

HC 109.213 / SP

ênfatizando, então, ser inaplicável, aos Advogados, em tema de prisão cautelar, a Lei nº 10.258/2001.

Na realidade, esta Suprema Corte, ao proceder ao exame comparativo entre a Lei nº 10.258/2001 e a Lei nº 8.906/94 (art. 7º, V), reconheceu, nesse cotejo, a existência de uma típica situação configuradora de antinomia em sentido próprio, eminentemente solúvel, porque superável mediante utilização, na espécie, do critério da especialidade (“*lex specialis derogat generali*”), cuja incidência, no caso, tem a virtude de viabilizar a preservação da essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“ADVOGADO – CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL – PRISÃO CAUTELAR – RECOLHIMENTO A ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) – INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ – HIPÓTESE EM QUE SE ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO ‘EM PRISÃO DOMICILIAR’ (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, ‘IN FINE’) – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001 – INAPLICABILIDADE DESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO AOS ADVOGADOS – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE ANTINOMIA SOLÚVEL – SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CONFLITO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA ADVOCACIA – CONFIRMAÇÃO DAS MEDIDAS LIMINARES ANTERIORMENTE DEFERIDAS – PEDIDO DE ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO. (...)”

(HC 88.702/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma)

Ao assim decidir, o Supremo Tribunal Federal teve presente – dentre outras lições expendidas por eminentes autores (HUGO DE BRITO MACHADO, “**Introdução ao Estudo do Direito**”, p. 164/166 e 168, itens ns. 1.2, 1.3 e 1.6, 2ª ed., 2004, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, “**Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**”, p. 67/69, item n. 4, e p. 72/75, item n. 7, 1994, Saraiva; ROBERTO CARLOS BATISTA, “**Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução**”, “in” Revista de Doutrina e Jurisprudência-TJDF/T, vol. 58/25-38, **32-34**, 1998; RAFAEL MARINANGELO, “**Critérios para Solução de Antinomias do Ordenamento Jurídico**”, “in” Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, vol. 15/216-240, **232/233**, 2005, RT, v.g) – o magistério, sempre lúcido e autorizado, de NORBERTO BOBBIO (“**Teoria do Ordenamento Jurídico**”, p. 91/92 e 95/97, item n. 5, trad. Cláudio de Cicco/Maria Celeste C. J. Santos, 1989, Polis/Editora UnB), para quem, na perspectiva do contexto em exame, e ocorrendo situação de conflito entre normas (aparentemente) incompatíveis, deve prevalecer, por efeito do critério da especialidade, o diploma estatal (o **Estatuto da Advocacia, no caso**) “*que subtrai, de uma norma, uma parte de sua matéria, para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória)...*” (grifei).

Cabe observar, de outro lado, neste ponto, que, mesmo que se tenha por configurada, na espécie, hipótese mais complexa (motivada pela existência de antinomia entre os critérios cronológico e de especialidade), reveladora, por tal razão, de uma clássica antinomia de segundo grau – decorrente, no caso, da incompatibilidade entre norma anterior especial (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V) e norma posterior geral (Lei nº 10.258/2001) –, ainda assim prevalecerá, por efeito da hierarquização do critério da especialidade (JUAREZ FREITAS, “**A Interpretação Sistemática do Direito**”, p. 94/98, item n. 3.4, e p. 106/107, item n. 4.2, 3ª ed., 2002, Malheiros), a norma fundada no Estatuto da Advocacia (“*lex posterior generalis non derogat priori speciali*”).

Vale referir, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, o douto magistério de FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO (“**Em que Consiste a Prisão Especial?**”, “in” “*Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*”, **organização** de Alexandre Wunderlich, p. 119/123, Lumen Juris, 2002):

“Insta esclarecer que o bacharel em Direito faz jus à prisão especial, nos termos do inc. VII do art. 295, por ser diplomado por escola superior. Mas, se inscrito na OAB, nos termos do art. 7º, V, da Lei nº 8.906, de 4/7/1994 (Estatuto da Advocacia), não pode ser recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala do Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar. Trata-se de lei especial, e, a nosso juízo, em face do princípio de especialidade, a nova lei não a revogou, não só porque ‘lex posterior generalis non derogat speciali’, como também porque ali não se fala em prisão especial, mas em sala do Estado-Maior ou prisão domiciliar.”
(grifei)

Não foi por outra razão que a douta Procuradoria-Geral da República, ao pronunciar-se sobre essa especial prerrogativa **conferida** aos Advogados, assim apreciou a controvérsia:

“4. Penso que a excepcionalidade do caso, patente constrangimento ilegal, permite a atuação dessa Suprema Corte.

5. Essa Suprema Corte tem decidido que, na falta de estabelecimento adequado, deve ser concedida a prisão domiciliar ao beneficiário da prisão especial (HC nº 90.707/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 22.06.2007; HC nº 95.332/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 30.04.2009; HC nº 96.539/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ de 07.05.2010).

6. Importante registrar que, em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, verificou-se que o paciente foi condenado ao cumprimento da pena de 08 (oito) anos e 02 (dois)

meses de reclusão, em regime inicial fechado e pagamento de 815 (oitocentos e quinze) dias-multa, por infração ao artigo 33, 'caput', c.c. artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº. 11.343/06, garantindo-se a prisão domiciliar até o trânsito em julgado da condenação, por falta de Sala de Estado-Maior, conforme determinado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal." (grifei)

Foi por tal motivo, considerada a inaplicabilidade, aos Advogados, **do preceito** inscrito no art. 295, § 2º, do CPP, **na redação** que lhe deu a Lei nº 10.258/2001, **que assinalei** – caso não existissem, na comarca de Botucatu/SP, **dependências que se qualificassem como "sala de Estado-Maior"** (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V) – **que asseguraria**, ao ora paciente, **que é Advogado** sujeito a condenação penal *ainda não transitada* em julgado, a **prerrogativa** de ordem profissional, **instituída** pelo Estatuto da Advocacia, **consistente em recolhimento a prisão domiciliar** (art. 7º, V, "in fine").

Ante a impossibilidade de se garantir, ao ora paciente, **o recolhimento** em "sala de Estado-maior", **determinei**, em sede cautelar, **a imediata transferência** do Advogado em questão **a prisão domiciliar**, aplicando, à espécie, **o preceito** inscrito no art. 7º, **inciso V**, "in fine", da Lei nº 8.906/94, **assegurando-lhe** o gozo dessa prerrogativa **até o trânsito** em julgado da decisão penal condenatória.

Como se sabe, a execução da prisão provisória *em regime domiciliar* reveste-se de caráter excepcional, **regendo-se pelo princípio da subsidiariedade**, na medida em que só terá pertinência **quando**, na localidade onde deva ser efetivada, **não houver estabelecimento adequado** ao recolhimento dos que a ela tenham direito.

Essa é a razão pela qual o magistério doutrinário **afirma revestir-se** de excepcionalidade **o benefício** da prisão domiciliar, cuja concessão pressupõe, **necessariamente**, como prescreve a lei, **a inexistência** de estabelecimento adequado à efetivação da prisão provisória

HC 109.213 / SP

(MAGALHÃES NORONHA, “Curso de Direito Processual Penal”, p. 161, item n. 91, 19ª ed., 1989, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Processo Penal”, p. 353/354, 1991, Atlas).

Cumpra ter presente, neste ponto, **que o próprio Supremo Tribunal Federal**, ao julgar o RHC 61.624/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, **já havia acentuado** que o deferimento da prisão domiciliar **somente se justificaria, se e quando inexistisse** – como sucede na espécie – **local apropriado** ao recolhimento daqueles que fazem jus à prisão especial **ou, então, como no caso de Advogado**, ao recolhimento *em sala de Estado-Maior*:

“Só é cabível a prisão domiciliar nas localidades em que não houver estabelecimentos adequados ao recolhimento dos que tenham direito a prisão especial, de acordo com o disposto na Lei 5.256/67.”

(RT 588/401-402, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO – grifei)

Esse pronunciamento nada mais reflete **senão** a orientação jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte **que já deixou assentado**, a propósito do tema, **que apenas a circunstância** consistente na impossibilidade material de o Estado propiciar ao réu as condições inerentes à prisão especial (**ou à custódia provisória em sala de Estado-Maior**) é que autorizará, *sempre em caráter extraordinário*, o recolhimento prisional do acusado sob regime domiciliar (RTJ 43/380, Rel. Min. ELOY DA ROCHA – HC 90.707/SP, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – HC 95.332/RJ, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – HC 96.539/SP, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 5.240-MC/SP, Rel. Min. AYRES BRITTO – Rcl 5.488-MC/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 5.712-MC/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 6.158-MC/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“ADVOGADO – CONDENAÇÃO PENAL MERAMENTE RECORRÍVEL – PRISÃO CAUTELAR – RECOLHIMENTO A ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO

DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – PRERROGATIVA PROFISSIONAL ASSEGURADA PELA LEI Nº 8.906/94 (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V) – INEXISTÊNCIA, NO LOCAL DO RECOLHIMENTO PRISIONAL, DE DEPENDÊNCIA QUE SE QUALIFIQUE COMO ‘SALA DE ESTADO-MAIOR’ – HIPÓTESE EM QUE SE ASSEGURA, AO ADVOGADO, O RECOLHIMENTO ‘EM PRISÃO DOMICILIAR’ (ESTATUTO DA ADVOCACIA, ART. 7º, V, ‘IN FINE’) – SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001 – INAPLICABILIDADE DESSE NOVO DIPLOMA LEGISLATIVO AOS ADVOGADOS – EXISTÊNCIA, NO CASO, DE ANTINOMIA SOLÚVEL – SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE CONFLITO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE – PREVALÊNCIA DO ESTATUTO DA ADVOCACIA – CONFIRMAÇÃO DAS MEDIDAS LIMINARES ANTERIORMENTE DEFERIDAS – PEDIDO DE ‘HABEAS CORPUS’ DEFERIDO.

- O Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906/94), em norma não derogada pela Lei nº 10.258/2001 (que alterou o art. 295 do CPP), garante, ao Advogado, enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, o direito de ‘não ser recolhido preso (...), senão em sala de Estado-Maior (...) e, na sua falta, em prisão domiciliar’ (art. 7º, inciso V).

- Trata-se de prerrogativa de índole profissional – qualificável como direito público subjetivo do Advogado regularmente inscrito na OAB – que não pode ser desrespeitada pelo Poder Público e por seus agentes, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina. Jurisprudência.

Essa prerrogativa profissional, contudo, não poderá ser invocada pelo Advogado, se cancelada a sua inscrição (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, o exercício de sua atividade profissional, por órgão disciplinar competente (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º).

- A inexistência, na comarca ou nas Seções e Subseções Judiciárias, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado confere-lhe, antes de consumado o trânsito em

julgado da sentença penal condenatória, o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar (RTJ 169/271-274 – RTJ 184/640), não lhe sendo aplicável, considerado o princípio da especialidade, a Lei nº 10.258/2001.

- Existe, entre o art. 7º, inciso V, do Estatuto da Advocacia (norma anterior especial) e a Lei nº 10.258/2001 (norma posterior geral), que alterou o art. 295 do CPP, situação reveladora de típica antinomia de segundo grau, eminentemente solúvel, porque superável pela aplicação do critério da especialidade ('lex posterior generalis non derogat priori speciali'), cuja incidência, no caso, tem a virtude de preservar a essencial coerência, integridade e unidade sistêmica do ordenamento positivo (RTJ 172/226-227), permitindo, assim, que coexistam, de modo harmonioso, normas em relação de (aparente) conflito. Doutrina. Conseqüente subsistência, na espécie, não obstante o advento da Lei nº 10.258/2001, da norma inscrita no inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, ressaltada, unicamente, por inconstitucional (ADI 1.127/DF), a expressão 'assim reconhecidas pela OAB' constante de referido preceito normativo.

- Concessão, no entanto, de ofício, e em maior extensão, da ordem de 'habeas corpus', para assegurar, aos pacientes, o direito de aguardar, em liberdade, o julgamento definitivo da causa penal, eis que precariamente motivada a decisão que lhes decretou a prisão cautelar."

(HC 88.702/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Essa prerrogativa legal – concernente ao recolhimento em prisão domiciliar, na falta de dependência que se qualifique como “sala de Estado-maior” – tem sido garantida pelo Supremo Tribunal Federal, quer antes do advento da Lei nº 10.258/2001, quer após a edição desse mesmo diploma legislativo, valendo referir, por extremamente pertinentes, os seguintes julgamentos:

**“(…) ADOGADO – CONDENÇÃO PENAL
RECORRÍVEL – DIREITO À PRISÃO ESPECIAL –
PRERROGATIVA DE ORDEM PROFISSIONAL**

(LEI N. 8.906/94).

- O Advogado tem o insuprimível direito, uma vez efetivada a sua prisão, e até o trânsito em julgado da decisão penal condenatória, de ser recolhido a sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas (Lei nº 8.906/94, art. 7., V). Trata-se de prerrogativa de ordem profissional que não pode deixar de ser respeitada, muito embora cesse com o trânsito em julgado da condenação penal. Doutrina e jurisprudência.

O recolhimento do Advogado a prisão especial constitui direito público subjetivo outorgado a esse profissional do Direito pelo ordenamento positivo brasileiro, não cabendo opor-lhe quaisquer embaraços, desde que a decisão penal condenatória ainda não se tenha qualificado pela nota da irrecorribilidade.

A inexistência, na comarca, de estabelecimento adequado ao recolhimento prisional do Advogado, antes de consumado o trânsito em julgado da condenação penal, confere-lhe o direito de beneficiar-se do regime de prisão domiciliar."

(RTJ 169/271-274, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma)

"HABEAS-CORPUS. ADVOGADO. PRISÃO PROVISÓRIA. SALA DE ESTADO-MAIOR. PRERROGATIVA DE CLASSE. RECOLHIMENTO EM DISTRITO POLICIAL. CELA QUE NÃO ATENDE A REQUISITOS LEGAIS. SITUAÇÃO DEMONSTRADA POR DOCUMENTOS E RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM OUTRO PROCESSO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. PRISÃO DOMICILIAR DEFERIDA.

.....
2. Bacharel em direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil. Lei 8906/94, artigo 7º, inciso V. Recolhimento em sala de Estado-Maior, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Direito público subjetivo, decorrente de prerrogativa profissional, que não admite negativa do Estado, sob pena de deferimento de prisão domiciliar.

3. Incompatibilidade do estabelecimento prisional em que

recolhido o paciente, demonstrada documentalmente pela Ordem dos Advogados do Brasil-SP (...).

Ordem deferida para assegurar ao paciente seu recolhimento em prisão domiciliar.”

(RTJ 184/640, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma – grifei)

Impende assinalar, ainda, que esta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar o HC 85.431/SP**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **deferiu** o pedido e **manteve**, em favor do paciente (magistrado federal), a medida cautelar anteriormente deferida em seu benefício, tornando-a definitiva, **em ordem a assegurar-lhe**, nos termos e para os fins do art. 33, III, da LOMAN, “até que sobrevenha condenação definitiva”, **a imediata transferência** para o Quartel do Regimento de Cavalaria Montada “Nove de Julho” da Polícia Militar do Estado de São Paulo, na cidade de São Paulo/SP.

No caso em referência, *somente não se deferiu*, àquele magistrado federal, *o regime de prisão domiciliar, porque existente*, no foro em que se achava, **local qualificável** como “sala de Estado-Maior”.

Assinalo, neste ponto, **que essa prerrogativa** de ordem profissional, prevista no Estatuto da Advocacia (art. 7º, V), **também se acha contemplada na Lei Orgânica da Magistratura Nacional** (“Art. 33 – São prerrogativas do magistrado: (...) III – ser recolhido a prisão especial, ou a sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal ou do órgão especial competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final”), **na Lei Orgânica do Ministério Público da União** (Lei Complementar nº 75/93, “Art. 18 – São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: (...) II – processuais: (...) e) ser recolhido à prisão especial ou à sala especial de Estado-Maior, com direito a privacidade e à disposição do tribunal competente para o julgamento, quando sujeito a prisão antes da decisão final; e a dependência separada no estabelecimento em que tiver de ser cumprida a pena”) e **na Lei Orgânica Nacional do Ministério**

Público dos Estados-membros (Lei nº 8.625/93, “**Art. 40 – Constituem prerrogativas dos membros do Ministério Público, além de outras previstas na Lei Orgânica: (...) V – ser custodiado ou recolhido à prisão domiciliar ou à sala especial de Estado-Maior, por ordem e à disposição do Tribunal competente, quando sujeito a prisão antes do julgamento final**”).

Torna-se relevante observar que a expressão “sala de Estado-Maior” constante dos diplomas legislativos mencionados **tem por finalidade** um só objetivo, **tal como enfatizado** pelo E. Superior Tribunal de Justiça, **quando** do julgamento **do HC 2.200/SP**, Rel. Min. JOSÉ DANTAS (RSTJ 65/95), **ocasião** em que essa Alta Corte judiciária, **ao pronunciar-se** sobre o alcance de tal cláusula normativa, **advertiu que outro não era o fim visado pelo legislador** “*senão o de assegurar custódia condigna, em acomodações castrenses distintas das instalações destinadas aos presos temporários comuns, nas cadeias públicas*”.

De extrema pertinência, no ponto, **considerado** o próprio contexto ora em exame, **a análise** efetuada por ROBERTO DELMANTO JÚNIOR (“**Prisão Especial, Sala de Estado-Maior e Prisão Domiciliar em face da Lei 10.258/2001**”, “*in*” RT 793/463-474), **quando assinala que não se confunde a prisão especial**, a que se refere a Lei 10.258/2001, **com o direito a recolhimento** em sala de Estado-Maior, **garantido** por leis específicas, **tais como** o Estatuto da Advocacia (art. 7º, V), a LOMAN (art. 33, III), a Lei Orgânica do Ministério Público da União (art. 18, II, “*e*”) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados-membros (art. 40, V):

“Fundamental observar, porém, que a prisão especial prevista no art. 295, ‘caput’, 2.ª parte, bem como em algumas leis especiais, regulamentada, agora, pelos novos §§ 1.º a 5.º do referido artigo do diploma processual penal, não se confunde, a nosso ver, com o recolhimento a sala de Estado-Maior ou sala decente.

Em outras palavras, diante dos termos do art. 295 e seus parágrafos, a expressão ‘prisão especial’ não se traduz em gênero,

do qual o 'recolhimento a quartéis' (em sala de Estado-Maior ou sala decente, conforme veremos), seria simples espécie.

Com efeito, o próprio 'caput' do art. 295 do CPP faz a distinção entre quartéis e prisão especial, deixando claras duas hipóteses distintas (serão recolhidos: 1) a quartéis ou 2) a prisão especial). A locução 'ou', aqui, indica alternância, e não sinonímia, caso contrário não haveria a necessidade do emprego da locução 'a' antes da expressão 'prisão especial'.

Por outro lado, em nosso vernáculo é cediço que 'uma sala se distingue de uma cela', justamente por esta ser guardada por grades e ferros.

.....
Diferentemente é o 'recolhimento a quartéis', utilizando-se a legislação especial – composta por leis ordinárias e leis complementares, de igual ou maior hierarquia do que o Código de Processo Penal e posteriores a ele –, aqui, da expressão 'sala decente', no que concerne a jornalistas, bem como 'sala de Estado-Maior', no que se refere a membros do Ministério Público Federal e Estadual, magistrados e advogados. Isto, em complementação, portanto, à primeira parte do art. 295 do CPP, pressupondo-se, por conseguinte, a 'ausência de grades'.

.....
Importante observar que a leitura atenta dos novos parágrafos do art. 295 do CPP não leva a outra conclusão. Com efeito, referem-se os §§ 2.º e 3.º unicamente a cela - ínsita ao recolhimento a prisão especial -, jamais a sala - inerente ao recolhimento em quartel:

'§ 2.º Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em 'cela' distinta do mesmo estabelecimento.

§ 3.º A 'cela' especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana.'

A exceção prevista no início do § 2.º acima transcrito – ‘não havendo estabelecimento específico para o preso especial’ – também vem reafirmar o nosso entendimento.

Indubitável, portanto, que a nova disciplina estabelecida pelos parágrafos acrescentados ao art. 295 do diploma processual penal, acima tratada, não se aplica à prisão em sala decente ou em sala de Estado-Maior, expressamente estabelecida para categorias restritas, unicamente em função de atividades que, pelas suas características, a justificam, bem como não impede a prisão domiciliar, caso inexistir a referida sala, conforme será abordado no próximo tópico.

.....
Por outro lado, não há que se falar que a Lei 10.258, de 11.07.2001, ao alterar o art. 295 do CPP, tenha revogado tacitamente os referidos dispositivos legais que fazem menção a ‘sala decente’ e ‘sala de Estado-Maior’. Como é curial, jamais uma lei de cunho geral terá o condão de derrogar leis especiais que disponham de forma diversa e específica, em consonância, inclusive, com o art. 2.º, § 2.º, da LICC, ‘verbis’:

‘Art. 2 (...) § 2.º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’.

Nessa esteira, ao contrário do que ocorre com a prisão especial, prevista de forma genérica para as pessoas elencadas nos incisos I a XI do art. 295 do diploma processual penal, bem como em leis esparsas que se referem ‘tão-somente a ela’, ora regulamentada pelos novos parágrafos do referido artigo (...), a Lei 10.258/01 não alterou o direito que assiste aos jornalistas, membros do Ministério Público, magistrados e advogados de que a sua custódia cautelar seja em sala desprovida de grades, já que os seus estatutos são específicos e dispõem expressamente de forma diversa.”
(grifei)

Em suma, e tal como assinalado, **com especial ênfase**, pelo eminente Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, **em trabalho** publicado **após o advento** da Lei nº 10.258/2001 (“**Em que Consiste a Prisão Especial?**”, “*in*” “*Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*”, p. 122/123, 2001, Lumen Juris), **o Advogado** – que não pode ser recolhido preso **antes** de sentença transitada em julgado, **senão em sala de Estado-Maior**, com instalações e comodidades condignas – **tem direito, quando inexistente sala de Estado-Maior ou local a esta assimilável, ao recolhimento em prisão domiciliar, até** que o eventual título penal condenatório se torne irrecorrível:

“Insta esclarecer que o bacharel em Direito faz jus à prisão especial, nos termos do inc. VII do art. 295, por ser diplomado por escola superior. Mas, se inscrito na OAB, nos termos do art. 7º, V, da Lei nº 8.906, de 4/7/1994 (Estatuto da Advocacia), não pode ser recolhido preso antes de sentença transitada em julgado, senão em sala do Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, e, na sua falta, em prisão domiciliar. Trata-se de lei especial, e, a nosso juízo, em face do princípio de especialidade, a nova lei não a revogou, não só porque ‘lex posterior generatis non derogat speciali’, como também porque ali não se fala em prisão especial, mas em sala do Estado-Maior ou prisão domiciliar. (...).

.....
A prisão domiciliar, hoje, como sucedâneo da prisão provisória, a nosso juízo, só existe em se tratando de Advogados inscritos na OAB. (...).” (grifei)

Concluo o meu voto, Senhores Ministros, **assinalando, a partir do julgamento plenário** da ADI 1.127/DF, **que reconheceu subsistente o inciso V** do art. 7º da Lei nº 8.906/94, **não obstante o advento** da Lei nº 10.258/2001, **que assiste, ao Advogado, como prerrogativa profissional, o direito de “não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado-Maior, com instalações e**

HC 109.213 / SP

comodidades condignas (...), e, na sua falta, em prisão domiciliar (...)”, **salvo se cancelada a sua inscrição na OAB (Lei nº 8.906/94, art. 11) ou, então, se suspenso, preventivamente, por ato de órgão disciplinar competente, o exercício** de sua atividade profissional (Lei nº 8.906/94, art. 70, § 3º).

Sendo assim, pelas razões expostas, **defiro** o pedido de “*habeas corpus*”, **tornando definitiva** a medida cautelar anteriormente deferida, **em ordem a garantir, ao ora paciente** (Paulo Rogério Pollak), **o seu recolhimento (e permanência) em prisão domiciliar** (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, “*in fine*”), **até o trânsito em julgado** da sentença condenatória **contra** ele proferida **nos autos do Processo-crime** nº 089.01.2010-008435-6/000.000-000 (1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da comarca de Botucatu/SP).

O magistrado processante (MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude da comarca de Botucatu/SP – **Processo-crime** nº 089.01.2010-008435-6/000.000-000, **Controle** nº 734/2010) **deverá determinar** as normas de vigilância e de conduta de Paulo Rogério Pollak, **ficando igualmente autorizado a fazer cessar** referido recolhimento domiciliar, **se e quando** se registrar **eventual abuso** por parte do Advogado em questão, **que declarou** possuir residência em Botucatu/SP (Rua Antônio Amando de Barros, nº 241, apartamento 44, bloco 03, Jardim Souza Santos, Edifício “*Ilhas Gregas*”).

É o meu voto.