



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR ELEITORAL
PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO.**

*“Vivo da advocacia, pela advocacia e, para a advocacia, por entre
dificuldades financeiras e profissionais que só Deus conhece. Só tenho uma
arma, senhor presidente: a minha palavra franca, leal e indomável”.*

Heráclito Sobral Pinto.

Carta encaminhada ao então presidente Castello Branco.

09 de abril de 1964.

Ref.: HC nº. 0600244-42.2020.6.19.0000.

Origem: APN nº. 0000007-25.2018.6.19.0098 (98ª Zona Eleitoral).

**A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO
DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, serviço público independente,
dotada de personalidade jurídica e forma federativa, inscrita no CNPJ/MF sob o
nº 33.648.717/0001-37, neste ato representada por seu Presidente,
LUCIANO BANDEIRA ARANTES, OAB/RJ nº 87.256, MARCELLO
AUGUSTO DE OLIVEIRA, Presidente da Comissão de Prerrogativas
da OAB/RJ, inscrito na OAB/RJ nº 99.720, LEONARDO
GONÇALVES DA LUZ, Coordenador de Atuação de Defesa de
Prerrogativas nas Delegacias de Polícia, OAB/RJ 122.854, SHEILA
MAFRA, Procuradora Geral de Prerrogativas, OAB/RJ 184.303,
RAPHAEL VITAGLIANO, Subprocurador Geral de Prerrogativas,
OAB/RJ 164.360, todos com domicílio na Av. Marechal Câmara, 150,
Centro, RJ, FERNANDO NEVES DA SILVA, advogado inscrito na**



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

OAB/DF 2.030, com endereço profissional no SHS Quadra 6, Conjunto A - Complexo Brasil 21, Bloco E, 16º Andar | Brasília-DF | CEP: 70.322.915, **JOSÉ ROBERTO BATOCHIO, OAB/SP 20.685**, Av. Brigadeiro Faria Lima, 4055, 6º andar. CEP: 04538-133, São Paulo – SP, **LÊNIO LUIZ STRECK, OAB/RS 14.439**, Rua Jardim Cristofel, nº 15 - compl. 6 - Moinhos de Vento - Porto Alegre/RS -, **CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, OAB/RJ 96.073 (OAB/DF 34.238)**, SHIS, QL 4, CJ 1, Brasília-DF. CEP 71.610-215 e **ADEMAR BORGES, OAB/DF 29.178**, na defesa ativa das prerrogativas profissionais, já qualificados nos autos do *writ* em epígrafe impetrado em favor de **FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES**, com fundamento nos arts. 5º, LXVIII, da Constituição da República, 276, II, “b” e §1º do Código Eleitoral, interpor o presente

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*

Com pedido liminar

Contra o v. acórdão¹ publicado em 05.06.2020 que, por maioria de votos, denegou ordem de *habeas corpus* para trancar ação penal proposta em prejuízo do Paciente, advogado, unicamente por ter gravado audiência para fazer prova de defesa no mesmo processo judicial.

O presente recurso tem por objeto a reforma de decisão do TRE que deixou de trancar ação penal proposta em face de advogado no exercício da defesa, sob o fundamento dos limites de cognição do *habeas corpus* e a necessidade de dilação probatória. Como ficará demonstrado, o

¹ ID 10612059.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

fato imputado na denúncia é evidentemente atípico e independe de qualquer exame de provas para seu trancamento.

1. Breve síntese fática e do v. acórdão recorrido

As razões da maioria para indeferimento da ordem de *habeas corpus* se consubstanciam na ideia de que seria necessária longa produção probatória para a verificação de existência ou não do crime. No entanto, o presente recurso vem reafirmar – como já exposto no bojo da Inicial – que o ato imputado é **eminente atípico**, passível já de plano desta conclusão.

Em apertada síntese, a corrente vencedora do *mandamus* asseverou que (i) a Justiça Eleitoral seria competente para processar e julgar a *persecutio* em decorrência do princípio da especialidade, (ii) que o trancamento do processo pela via do *habeas corpus* é excepcional, (iii) não seria possível aferir na via sumária a clara atipicidade da conduta, pois avaliar a ofensa às prerrogativas profissionais do Paciente dependeria de incursão profunda no arcabouço probatório, (iv) a decisão que proibiu a gravação das audiências foi devidamente fundamentada e que (v) não existe um direito pleno pelo advogado de gravar as audiências.

Os votos denegatórios, impondo limites ao *habeas corpus* na análise de possibilidade de trancamento de uma ação penal em face de um advogado por mera gravação de audiência para uso exclusivamente probatório, se revelam fundamentos jurídicos utilizados como uma verdadeira visão de mundo. Nesta concepção, o advogado é impedido de enfrentar uma ordem judicial, ainda que ela prejudique frontalmente a função à qual o advogado se destina precipuamente.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Destarte, os advogados entendem claramente que a ordem de proibição foi ilegal, tendo impetrado mandado de segurança que **não foi julgado em última instância pelo eg. TSE**, pois o devido recurso ordinário fora julgado prejudicado em razão do término da instrução processual na ação de origem (ref. RMS 77-79.2017.6.19.0000). Ou seja, o TSE nunca apreciou, de fato, a legalidade ou ilegalidade da ordem, uma vez que foi impedido de assim proceder por uma questão unicamente procedimental.

Mais do que *mero direito* à resistência contra decisões que se entenda ilegais, **o advogado tem o dever cívico de resistir** a elas, pois é a última barreira do indivíduo perante o poderio do estado penal. Nos Estados Unidos, o estatuto dos advogados prevê até mesmo o *dever de indignação (duty of outrage)* do defensor constituído. Ora, as circunstâncias em que se deu a gravação nada mais foi do que o exercício de um *duty of outrage* do paciente-recorrente, o aguerrido advogado Fernando Fernandes.

Frente a uma situação entendida como ilícita e prejudicial aos direitos de seu representado, o defensor **jamaís pode deixar de atuar em favor dos interesses**, ainda que isso desagrade a autoridade² ou a outra parte da relação processual ou a quem quer que seja. Esta é, inclusive, uma garantia da própria sociedade, uma vez que para que seja possível a efetivação da ampla defesa, é primordial a defesa peremptória das prerrogativas profissionais dos advogados.

Não subsiste qualquer dolo criminoso na conduta do advogado em incidir no tipo do artigo 347, CE. A inexistência de dolo criminoso na atuação de advogado em uma causa, leva à inequívoca atipicidade da conduta, o que

² Lei 8906/94 art. 31 § 2º Nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve deter o advogado no exercício da profissão.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

está demonstrado na inicial deste writ e reconhecidos nos votos pelo trancamento da ação penal.

O conceito de dolo é extraído por meio de interpretação sistemática dos artigos 18, inciso I, e 20 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 18 - Diz-se o crime:

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

[...]

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

Novamente recorrendo ao magistério de CIRINO DOS SANTOS, tem-se que o dolo “*é a vontade consciente de realizar o tipo objetivo de um crime, também definível como saber e querer em relação às circunstâncias de fato do tipo legal*”³.

Conforme acima aduzido, não se está, neste caso, discutindo se foi legal ou não a decisão de proibir gravação das audiências não registradas em formato audiovisual. Contudo, é necessário compreender se há aferição de razões jurídicas suficientes para que o Paciente, em sua atuação profissional como advogado, compreenda a proibição como um ato absolutamente ilegal – logo, inexistente. Veja-se.

Em primeiro, cumpre rememorar que o Paciente não só agiu agasalhado intelectivamente por um direito que lhe é assegurado por Lei (CPC, art. 367, § 5º), como também pelo escorreito exercício de sua atividade profissional, a qual, não constitui demais repetir, (j) é indispensável à administração da Justiça (CF/88, art. 133;

³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal – parte geral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, 7ª edição, p. 132.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Lei 8.906/94, art. 2º) e (ii) lhe impõe o dever de defender, de forma destemida e independente, o Estado democrático de direito, a cidadania, a moralidade pública, a Justiça e a Paz Social (Código de Ética e Disciplina, art. 2º), incluindo-se a estrita observância do devido processo legal e de todas garantias individuais asseguradas ao seu constituinte.

Nessa esteira, convém repisar que a gravação das audiências foi também impulsionada por anteriores incidentes expostos e fundamentados em petição aforada nos autos originários, os quais, além de prejudicar o direito à prova pelo constituinte e pelas demais partes, acarretaria inevitável prejuízo à prestação jurisdicional.

Ou seja, à luz das circunstâncias objetivas do caso, demonstrada por meio de prova pré-constituída, **verifica-se que o Paciente inegavelmente agiu imbuído com o propósito de (i) exercer as suas prerrogativas funcionais**, consectárias do seu múnus político-jurídico do mais alto relevo constitucional, **(ii) assegurar ao seu constituinte e às partes o direito à prova**, de modo a propiciar uma decisão mais justa e embasada e, ainda, **(iii) denunciar as violações a garantias constitucionais** que não haviam sido captadas pela anterior modalidade de registro em ata.

Segundo: Convém gizar que a Lei das Leis só autoriza o afastamento da regra geral de publicidade (CF/88, art. 37, *caput*) em caso de risco à intimidade, desde que este não prejudique o interesse público à informação, ou quando o interesse social demandar o segredo (CF/88, art. 5º, LX e art. 93, IX). O *Codex*, em seu artigo 792, preconiza que a regra em análise (*caput*) só pode ser mitigada caso seja devidamente demonstrado risco de “*escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem*” (§ 1º).

Dessarte, **as motivações utilizadas pelo juiz de primeiro grau para proibir a gravação das audiências** (a complexidade dos casos e o conjecturado risco de coação de testemunhas), placitadas pelo e. TRE/RJ, **são manifestamente**



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

inidôneas, não servindo de fundamento ao afastamento do regime de publicidade e incorrendo em ilegal cerceamento ao direito de defesa (CF/88, art. 5º, LV).

Terceiro, e não menos relevante, é clarividente que eventual imposição de sigilo não abarca o advogado e as suas prerrogativas, como se extrai, sem maiores dificuldades, dos dispositivos normativos que regem a flexibilização do regime de publicidade. Rememore-se, pela lição de GOMES FILHO, que a faceta interna da publicidade dos atos judiciais, diretamente relacionada às partes, não pode ser em nenhuma hipótese restringida⁴.

A excepcional restrição de acesso aos autos pelo advogado só incide sobre (i) diligências em andamento, ainda não documentadas, e quando houver risco de comprometer a sua eficiência, a sua eficácia ou a sua finalidade (Lei nº 8.906/94, art. 7º, § 11). **Por óbvio, não é esse o caso dos autos.**

Veja-se, nesse passo, que o art. 93, IX, da Lei Fundamental, prevê que, nos atos processuais em que o sigilo seja necessário, é permitido impedir a presença da parte litigante, mas, sob nenhuma condição, do seu advogado⁵. O art. 14.1., do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, ao dispor sobre o tema, prevê a exclusão “*da imprensa e do público*”, inexistindo qualquer restrição ao defensor constituído⁶. O

⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A motivação das decisões penais. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 41-43.

⁵ CF/88, art. 93: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo **a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes**, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

⁶ PICDP, Artigo 14.1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. **A imprensa e o público poderão ser excluídos**



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

CPP, em seu art. 796, permite ao juiz determinar que o réu seja retirado da sala, caso não se porte adequadamente, prosseguindo os atos *“com a assistência do defensor”*.

Tais previsões encontram perfeita harmonia com o dever do advogado de resguardar sigilo dos elementos processuais aos quais teve acesso (Código de Ética da OAB, arts. 25, 26 e 27), sob pena de responsabilização ético-disciplinar (Lei nº 8.906/94, art. 34, VII) e penal (CP, art. 154). Como bem consignou a Desembargadora CRISTIANE FROTA, ao votar pela concessão da ordem:

No caso em exame, a proibição ocorreu na primeira etapa da audiência, sob o fundamento de que houve decretação de sigilo dos autos. **Ocorre que tal justificativa não se sustenta, a partir de um raciocínio bem simples: o dever de sigilo do advogado.** Em outras palavras, é dever do advogado a preservação do sigilo relativamente às cópias que eventualmente vierem a ser extraídas dos autos do processo, **assim como é dever não dar publicidade ao conteúdo das gravações de audiência por ele realizadas.** Portanto, **o fato de ter havido, in casu, a decretação do sigilo, não me parece fundamento bastante para se vedar a gravação da audiência pelo patrono do réu.** (grifos nossos)

Em quarto lugar, agregue-se, ante sua importância, que o e. STF sedimentou a licitude, para fins probatórios, da gravação ambiental realizada sem anuência dos interlocutores. Veja-se o julgado-paradigma:

ACÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido.

de parte da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá torna-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou processo diga respeito à controvérsia matrimoniais ou à tutela de menores.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro⁷.

Esse ponto é de fundamental relevância: se até a gravação feita clandestinamente, em detrimento da intimidade de terceiros, pode ser utilizada, muito mais uma gravação feita em audiência, amparada em direito assegurado pela Lei e com o fito exclusivo de garantir o direito à prova das partes, denunciar violações a garantias constitucionais ao seu guardião, o Poder Judiciário. Nada obstante, o caso do Paciente é ainda mais gravoso, pois, mais do que questionar-se a ilicitude da gravação, considerou-a conduta rotulada como crime.

Ante os fundamentos esposados, diagnostica-se, *prima facie*, **a inexistência do elemento subjetivo do tipo**, pois o Paciente, ao efetuar a gravação das audiências, **(i)** não teve por desígnio lesionar a administração da justiça, **(ii)** mas, por meio de um direito franqueado pela legislação, **(a)** exercer, com independência e destemor, o seu *mínus* público, essencial ao Estado Democrático e Direito, à justiça e à cidadania, **(b)** pugnar pelo respeito às regras do devido processo, **(c)** denunciar violações a garantias fundamentais do seu constituinte, **(iii)** observando-se, rigorosamente, o dever de sigilo inerente positivado pela Lei.

De rigor, pois, o provimento do recurso para trancar o processo na origem.

No que concerne ao mérito, o voto da Desembargadora Eleitoral Cristiane Frota registrou expressamente a ilegalidade da proibição de gravação assim como a inexistência de qualquer conduta típica o advogado em gravar audiência para fazer prova de defesa no próprio processo. Veja-se:

⁷ STF, Repercussão Geral por Quest. Ordem em RE 583.937/RJ. Julgado em 19 de novembro de 2009.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

“O primeiro ponto de relevo se refere ao posicionamento por mim adotado por ocasião do julgamento do MS 77-79, de relatoria da Des. Cristina Feijó, no qual a Corte se debruçou sobre a questão da legalidade do ato de proibição da gravação audiovisual da audiência, mesma matéria de fundo do presente Habeas Corpus.

Naquela oportunidade me manifestei no sentido da impossibilidade de proibição, tendo como embasamento a regra dos parágrafos 5º e 6º do artigo 367 do Código de Processo Civil, que é clara ao consignar que:

§ 5o A audiência poderá ser integralmente gravada em imagem e em áudio, em meio digital ou analógico, desde que assegure o rápido acesso das partes e dos órgãos julgadores, observada a legislação específica.

§ 6o A gravação a que se refere o § 5o também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.

É bem verdade que a publicidade dos atos processuais pode ser restringida. Contudo, por se tratar de medida excepcional, entendo que esta restrição não pode ser oponível aos advogados regularmente constituídos nos autos sem uma prévia e justa fundamentação.

Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do MS 55589-PR de relatoria do Ministro Felix Fisher, referendou o posicionamento do TRF-4, ao manter a proibição de gravação audiovisual, consignando expressamente a necessidade de adequada justificativa prévia para a restrição das gravações audiovisuais de audiências:

(...) “Na hipótese específica em apreço, verifico que o magistrado de primeiro grau adequadamente justificou a necessidade da vedação do uso de telefones celulares - estendida às partes, à acusação e sua assistente e aos defensores -, durante a referida audiência, tendo em vista acontecimentos verificados semanas antes, em que o aparelho fora empregado para finalidade diversa da relativa ao desempenho das profissões ali representadas, consistente na transmissão não autorizada de conteúdo de interrogatório à



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

imprensa antes mesmo do final do ato. Tratava-se, portanto, de medida excepcional e justificada pelas circunstâncias de audiência anterior. Observa-se, ainda, que a decisão do juízo foi proferida com antecedência, em 08/05/2017, o que permitiu que as partes, intimadas, tivessem conhecimento prévio da vedação e se organizassem para utilizar outros equipamentos de consulta e comunicação, tais como notebooks e tablets, de modo que não configurado o alegado cerceamento de defesa ou a violação ao exercício da profissão.”

Grifou-se.

Por outro lado, no caso em exame, a proibição ocorreu na primeira etapa da audiência, sob o fundamento de que houve decretação de sigilo nos autos. Ocorre que tal justificativa não se sustenta, a partir de um raciocínio bastante simples: o dever de sigilo do advogado. Em outras palavras, **é dever do advogado a preservação do sigilo relativamente às cópias que eventualmente vierem a ser extraídas dos autos do processo, assim como é dever não dar publicidade ao conteúdo das gravações de audiência por ele realizadas. Portanto, o fato de ter havido, in casu, a decretação do sigilo, não me parece fundamento bastante para se vedar a gravação da audiência pelo patrono do réu.**

Com efeito, entendo que não há falar em preservação das testemunhas que ainda não foram ouvidas. Parte-se da presunção de que o advogado utilizar-se-ia das gravações com o objetivo coagir testemunhas do processo. Coloca-se aqui a figura do advogado como eventual agente contaminador do processo, quando em verdade, exerce função essencial ao alcance da Justiça, com a proteção dos direitos constitucionais do réu”.

E prossegue:

“Como se denota do quadro acima delineado, em que se vislumbra ordem judicial carente de fundamentação e o exercício regular da atividade de defesa por parte do paciente, torna-se patente a ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal do delito de desobediência. Nesse sentido, há de se reconhecer também a atipicidade material da conduta do paciente.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

O Direito Penal é regido pelos Princípios da Exclusiva Proteção dos Bens Jurídicos, da Intervenção Mínima e da Proporcionalidade, por isto, a tipicidade penal é composta por tipicidade formal, mero juízo de subsunção da conduta à descrição da norma, e por tipicidade material, que requer para sua configuração a efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado. A ausência de ofensa ao bem jurídico é manifesta. Logo, forçoso reconhecer a atipicidade material da conduta do paciente.

Neste sentido, é o Magistério de Cezar Roberto Bitencourt:

“A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum.”

(Tratado de Direito Penal, Parte Geral, Ed. 2012, fls. 276-277)

Pois bem, fixada esta premissa, entendo que a análise de eventual dolo do paciente também irá levar à mesma consequência, qual seja, a exclusão da tipicidade de sua conduta.

Assim, não há como se extrair da conduta do advogado o dolo de frustrar a efetivação da jurisdição eleitoral. Na verdade, o que se verifica de forma clara é a intenção de praticar ato necessário ao exercício da profissão na defesa dos interesses do seu cliente.

[...]

Por todo o exposto, encaminho meu voto no sentido de conceder a ordem, determinando o trancamento da Ação Penal por manifesta ausência de justa causa, nos termos do art. 648, I, do Código de Processo Penal”.

Em que pese o entendimento do paciente de que a proibição foi ilegal, o voto trouxe fundamento diverso para a concessão da ordem. Ressaltam, no entanto, que o paciente em poucos meses impetrou dois mandados de segurança em locais



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

diversos da federação, tendo como objeto o direito/dever/prerrogativa de gravar as audiências que realiza. Os dois mandados tiveram recurso aos tribunais superiores, tendo ambos votos vencidos pela concessão da ordem, sendo o primeiro na operação Lava-Jato (STJ RMS 55.589/PR e TRF4 MS 5022143-50.2017.4.04.0000), que serviu de fundamento à Desembargadora Cristiane Frota; e o segundo no caso que acabou denunciado por “descumprimento” da ordem (MS 77-79). O advogado, que inclusive figurou como procurador de prerrogativas da OAB Federal, foi impetrante dos mandados de segurança e foi assistido em um deles pela OAB/PR. A gravação que a denúncia imputa ilegal foi realizada enquanto pendente o julgamento dos mandados, demonstrando de forma clara a resistência legal do paciente contra as proibições.

Deve haver fundamentação em uma ordem que proíba a gravação de audiência (art. 93, IX, CF). Uma acurada visão percebe isso na voz do Min. Felix Fischer. Esse é o princípio que se retira da *ratio decidendi* do STJ e do voto vencido: só é proibido gravar audiência se o juiz, de forma antecipada, fundamentar essa vedação. Ou se retira *a contrario sensu*: é permitido gravar a audiência toda vez que a proibição não for devidamente fundamentada. Destaca-se que na proibição mantida pelo STJ, o juiz vedou as partes de gravarem a audiência que já era gravada pelo juízo. Aquela gravação ficou disponível como prova comum às partes. *A contrario sensu* no presente caso, **a única gravação disponível era a do advogado**, não havendo mais nenhuma outra forma de verificar o conteúdo das audiências.

Despiciendo lembrar que o Brasil adotou a vinculação de precedentes, conforme se vê no artigo 927 do CPC, obviamente aplicável ao processo Penal, conforme se pode ver pelo precedente do RE 655.265, do STF, rel. Min Luiz Fux e acórdão a cargo do Min. Edson Fachin. Consequentemente, se o STJ entende que para proibir a gravação de audiência o juiz deve fundamentar detalhadamente e no caso



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

concreto – do paciente – isso não aconteceu, a aplicação do precedente é automática. Ou tudo o que se diz sobre precedentes no Brasil não tem valor jurídico-doutrinal.

A Desembargadora Eleitoral Kátia Junqueira também votou pelo trancamento do processo, e registrou expressamente o tanto que uma ação penal ilegítima em curso prejudica a vida profissional do advogado. O exemplo que utilizou foi de eventual indicação para compor o colegiado do Tribunal Regional Eleitoral e, nesta conta, pode-se adicionar todos os prejuízos à imagem e bem estar pessoal do defensor, sendo réu em processo criminal apenas por exercer a defesa de seu cliente.

Veja-se os termos do voto:

“O segundo ponto que eu gostaria de destacar: **não vejo conduta típica neste processo**. O próprio Código de Processo Civil, no parágrafo 6º do artigo 367, permite a gravação, independente de autorização. **Entendo que não há hierarquia entre magistrado e advogado. Penso que o advogado atua no exercício de uma prerrogativa**. O respeito às prerrogativas profissionais dos advogados é um princípio básico da democracia e do devido processo legal.

O meu voto será no sentido de conceder a ordem e trancar o processo porque vejo que uma ação penal contra um advogado é um fato muito lesivo à sua reputação profissional. Apresento até um exemplo do nosso Tribunal: se estivéssemos hoje em época de abertura de uma lista para ocupação do cargo de Desembargador Eleitoral, na Classe Jurista, esse advogado, acaso tivesse o interesse em participar, realmente teria um problema e poderia ser impugnado, em função de não ter as suas certidões negativas.

Portanto, Senhor Presidente, ainda que efetivamente a ordem seja concedida de uma forma excepcional, entendo que o trancamento permite ao advogado o exercício das suas funções e dá agilidade, visto que em uma ação penal, a agilidade não existiria, uma vez que haveria uma atividade probatória e uma série de outras questões que levariam a ação a perdurar por muito tempo”.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Ou seja, ficou expressamente consignado que o advogado, ao gravar audiência para comprovar em ação judicial que versões de testemunhas eram redigidas de forma inverossímil em termo de depoimento, ainda que contra eventual ordem judicial, **não comete o crime de desobediência** (no caso, o crime especial do art. 347 do Código Eleitoral).

Apresentar uma denúncia contra advogado por exercer seu múnus público com as armas que possui é uma gravíssima ofensa às prerrogativas e liberdades da profissão. Assim, permitir que o processo tramite em, pelo menos, duas instâncias de jurisdição, sem qualquer justa causa para tal, viola todas as noções de direito processual que possa se imaginar. Não há qualquer necessidade de que se aguarde o desenrolar de um processo inteiro, com prática de vários atos de jurisdição (demandando verbas públicas), se a atipicidade já pode ser reparada de pronto no início.

Desta forma, deve o v. acórdão recorrido ser reformado nos exatos termos dos votos proferidos pelas em. Desembargadoras Eleitorais Cristiane Frota e Kátia Junqueira, concedendo-se a ordem conforme pedido na Inicial, a fim de trancar a ação penal originária, tendo em vista os fundamentos que a seguir serão expostos.

2. Breve relato sobre a impetração

Os fatos e fundamentos aqui expostos são um acréscimo do já trazido na Inicial do *writ*, de forma que, para total compreensão das controvérsias, é necessário que se revise a exordial e se tenha noção de todas as razões que devem levar ao trancamento da ação penal originária.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

A reprodução exata da inicial é despicienda por estrita economia processual. Os fundamentos lá expostos dão base e ensejo aos pedidos aqui feitos, mas podem ser resumidos, em síntese, nos seguintes pontos:

- (i) O ato de gravar audiências para comprovar equívocos na transcrição das atas é absolutamente legítimo, abalizado pelo direito constitucional à ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88), bem como a decisão de proibição de gravação das audiências sequer foi fundamentada;
- (ii) As imunidades profissionais dos advogados (art. 7º, § 2º, Lei 8.906/94) impedem que o mesmo seja perquirido ou responsabilizado criminalmente por exercer a **plena e efetiva defesa de seu constituído**;
- (iii) O dever de resistência a decisões judiciais que se considerem ilegais e que prejudiquem diretamente os interesses de seus representados, além do dever de sigilo mencionado pela em. Desembargadora Eleitoral Cristiane Frota, registrando-se expressamente que as degravações foram juntadas no próprio processo judicial; e
- (iv) A manifesta nulidade do ato de recebimento da denúncia, dada a evidente incompetência da Justiça Eleitoral para conhecer do presente feito, uma vez que a conduta imputada se amolda ao crime de Desobediência previsto no art. 330 do Código Penal, e não no art. 347 do Código Eleitoral.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas
Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Todos os fundamentos se encontram explicitados de forma profunda na peça inicial, destacando-se, contudo, o que mais salta aos olhos: a absoluta atipicidade da conduta imputada ao Paciente.

Os fatos narrados na denúncia remontam aos processos em que o paciente, o advogado criminalista **Fernando Augusto Fernandes**, exerceu seu múnus público em defesa de seu cliente (APN nº. 34-70.2016.6.19.0100) e outras ações penais correlatas, nos quais o magistrado responsável **proibiu** a gravação das audiências.

Excelências, esse debate é primordial para que se chegue à correta análise sobre a tipicidade da conduta. O que se denota é que, na verdade, o advogado apenas deixou de cumprir ordem de proibição de gravação de audiências pois, naquele momento, verificou que esta seria a única possibilidade de provar que havia um prejuízo à defesa de seus constituídos no processo. Entre uma ordem judicial que obsta o efetivo exercício da defesa, e o compromisso público assumido pelos defensores, não parece difícil crer que não se pode se desincumbir do segundo, até por ética profissional. Ainda mais quando o advogado compreende a ordem como ilegal, deixando de configurar o núcleo do tipo penal de desobediência (“desobedecer a ordem legal...”), o que faz incidir sobre ele um verdadeiro **dever de resistência**. Como já se disse pelo *duty of outrage*.

Não é sobre a legalidade ou ilegalidade da ordem que devemos nos debruçar. Sobre essa análise, o TSE se viu impedido de proceder, ante à prejudicialidade do RMS 77-79.2017.6.19.0000. O que deve ser analisada é a real (in)existência de dolo específico por parte do advogado que grava audiência com os

Comentado [DF1]: Essa decisão foi fundamentada? Se não foi creio que esse aspecto merece ser ressaltado.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

fins exclusivos de exercer a ampla defesa **no bojo do mesmo processo judicial**, não tendo, sequer, dado publicidade a tais gravações em nenhuma outra forma.

Contudo, ainda que se compreendesse que não seria possível deixar de cumprir ordem de proibição de gravação, o fato é que o Paciente está inequivocamente resguardado pela imunidade profissional contida no art. 2º da Lei 8.906/94, conforme precedente do STJ nos autos do RHC 48.554/MG.

Em seguida, cabe apontar que a r. decisão que originou a proibição aqui versada sequer foi fundamentada, o que seria de suma importância para a caracterização de sua legalidade. Explica-se.

A uma, porque fosse lei, não seria necessário fundamentar, tendo em vista que inexistia lei que proíba gravação de atos processuais; a duas, como não havia lei que assim dispusesse, se o magistrado estava apenas exercendo o seu poder de conduzir audiência, aí sim, neste caso a fundamentação é condição de possibilidade. Não basta simplesmente, de forma verbal, dizer: “*não é possível gravar a audiência*”. É como se dissesse: *é proibido usar paletó azul*. Mas por que razão? Em que sentido haveria crime de desobediência a ordens desse jaez?

Destarte, em que pese a proibição – e, obviamente, sem que isso signifique prática de qualquer crime, como será demonstrado –, para fins de exercício da plena defesa, o advogado gravou o ato e requereu a **juntada nos próprios autos** das degravações ao final da instrução, antes da realização de audiência de interrogatório. Não aceitava que às instâncias superiores fosse sonogada a verdade do ocorrido em audiência!



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Até certo momento, as audiências eram realizadas sem qualquer gravação audiovisual. O objetivo das gravações era demonstrar que o que fora consignado nos depoimentos das testemunhas **não condizia** com a efetiva realidade dos depoimentos prestados, pois ficava a cargo do magistrado ditar sem estrita fidelidade e espontaneidade todos os termos e expressões para registro físico em ata.

Em razão da juntada dos referidos depoimentos transcritos, o em. Magistrado determinou o desentranhamento da peça e registros sonoros e o compartilhamento do material em notícia crime contra o Paciente, pela suposta *prática* do crime descrito no art. 347 do Código Eleitoral.

No presente caso, o que deve ser aferida é a tipicidade da conduta de o advogado gravar as audiências para fins de produção de prova exercício da defesa no próprio processo penal, contra ordem do juiz, e analisar se isso realmente se amolda no tipo do art. 347 do CE.

Não está em jogo a legalidade ou a ilegalidade da ordem proibitiva do juiz. No entanto, a compreensão pelo advogado, do ponto de vista subjetivo, quanto à validade desta ordem é **fundamental** para se aferir se o ato teria sido doloso ou culposo, além de apreciar se foi putativo ou em estrito cumprimento do dever legal.

Ainda, é preciso analisar a questão quanto à imunidade profissional do advogado, assegurada no art. 7º, § 2º, da Lei 8.906/94, referendada pelo Pretório Excelso no julgamento da ADI 1127.

Por fim, cabe destacar a incompetência da justiça eleitoral.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

O TRE/RJ iniciou o julgamento do remédio constitucional afastando por unanimidade a preliminar de incompetência da justiça eleitoral. As razões deste fundamento estão explicitadas na Inicial, contudo, podem ser resumidas no seguinte ponto: a conduta imputada pelo Ministério Público Eleitoral, na verdade, se amolda ao crime de Desobediência comum, previsto no artigo 330 do Código Penal; e não na do artigo 347 do Código Eleitoral, e isso se dá por uma simples razão.

A legislação eleitoral prevê a conduta do artigo 347 para quem, em contexto administrativo de eleições, desobedece ordem emanada por autoridade imbuída de organizar o pleito eleitoral. É uma sanção que visa coibir atos que atrapalhem o pleno e regular andamento do processo eleitoral, de forma que a redação do tipo do art. 347, na parte em que diz “ordens ou instruções da Justiça Eleitoral”, se refere a ordens administrativas de cunho organizacional.

Deixar de cumprir ordem de juiz dentro de processo judicial – ainda que no caso concreto não se revista de nenhum crime em potencial – se adequaria ao que positiva a Desobediência do Código Penal (art. 330), pois o juiz eleitoral, ainda sim, é autoridade regular caracterizada como funcionário público para fins de aplicação do artigo. Tendo em vista que o princípio *in dubio pro reu* rege o Direito Penal, deve prevalecer a situação mais favorável ao acusado, que, neste caso, é a imputação pelo tipo comum, e não o especial, dado o substancial aumento na quantidade de pena prevista pelos dois dispositivos.

3. Dos pedidos

Diante de todo o exposto, requer o processamento e a admissão do presente Recurso Ordinário, com a subsequente remessa dos autos ao e. Tribunal Superior Eleitoral.



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas
Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

Após o recebimento do apelo naquela Corte Superior, propugna-se o que se segue.

a) Liminar

Tendo em vista a situação exposta e a absoluta presença de *summus boni iuris* e *periculum in mora*, concernentes na tramitação de ação penal ilegítima e proposta em juízo incompetente, a afetar o *status libertatis et dignitatis* do Paciente, **requer-se** seja concedida medida liminar para **suspender o trâmite da ação penal nº. 0000007-25.2018.6.19.0098 até o julgamento de mérito do presente writ**, por todos os fatos e fundamentos aqui constantes.

b) Do Mérito

Ante todo o exposto, **requer-se** seja reformado o v. acórdão recorrido a fim de que seja concedida a ordem de *habeas corpus* para reconhecer a absoluta atipicidade dos atos imputados ao advogado **Fernando Augusto Fernandes**, tendo em vista: (i) a atipicidade da conduta; (ii) as imunidades profissionais dos advogados, cf. art. 7ª, § 2ª da Lei 8.906/94; (iii) o dever de resistência imediata do advogado a decisões judiciais que se considerem injustas e/ou ilegítimas;

Desta forma, requer o **trancamento da ação penal 0000007-25.2018.6.19.0098**, seja pela absoluta atipicidade do delito imputado e a falta de fundamentação da ordem de proibição, seja pela imunidade profissional do advogado, seja pela patente incompetência da Justiça Eleitoral para processar e julgar a ação. E alternativamente o reconhecimento da incompetência da justiça eleitoral, tendo em



ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Prerrogativas
Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ

vista que a conduta imputada – ainda que atípica – se molda ao tipo penal do artigo 330, CP, e não 347, CE, deixando de se realizar o declínio diante da atipicidade.


Nestes termos,
Pedem deferimento.

Do Rio de Janeiro/RJ para Brasília/DF, em 10 de junho de 2020.



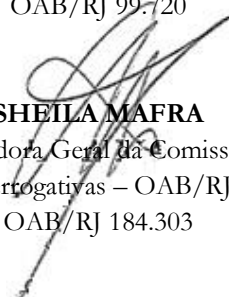
LUCIANO BANDEIRA ARANTES

PRESIDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL
DO RIO DE JANEIRO
OAB/RJ 85.276



MARCELLO A. OLIVEIRA
Presidente da CDAP – OAB/RJ
OAB/RJ 99.720


LEONARDO G. DA LUZ
Coordenador de Prerrogativas – OAB/RJ
OAB/RJ 122.854



SHEILA MAFRA
Procuradora Geral da Comissão de
Prerrogativas – OAB/RJ
OAB/RJ 184.303

RAPHAEL VITAGLIANO
Subprocurador Geral de Prerrogativas –
OAB/RJ
OAB/RJ 164.360

FERNANDO NEVES DA SILVA
OAB/DF 2.030



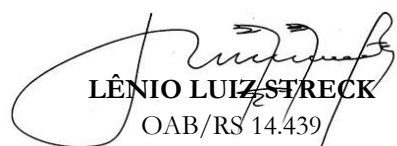
JOSÉ ROBERTO BATOCHIO
OAB/SP 20.685




ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Seção do Estado do Rio de Janeiro

Comissão de Prerrogativas

Rua da Assembléia, 10, 11º andar, Centro, Rio de Janeiro, RJ


LÊNIO LUIZ STRECK
OAB/RS 14.439

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA
NETO
OAB/RJ 96.073 (OAB/DF 34.238)


ADEMAR BORGES
OAB/DF 29.178


FERNANDO AUGUSTO FERNANDES
OAB/RJ 108.329