

MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 109.213 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
PACTE.(S) : **[REDACTED]**
IMPTE.(S) : **[REDACTED]**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO HC 200053 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

EMENTA: ADVOGADO. PRISÃO CAUTELAR. RECOLHIMENTO A SALA DE ESTADO-MAIOR. INEXISTÊNCIA DE REFERIDO ESTABELECIMENTO PÚBLICO. CONSEQÜENTE RECONHECIMENTO DO DIREITO À PRISÃO DOMICILIAR. PRERROGATIVA PROFISSIONAL QUE, ASSEGURADA PELO ESTATUTO DA ADVOCACIA, PREVALECE ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DE EVENTUAL SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA (CF, ART. 5º, LVII). SUBSISTÊNCIA DO INCISO V DO ART. 7º DESSE MESMO ESTATUTO (LEI Nº 8.906/94), NÃO DERROGADO, NO PONTO, PELA SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 10.258/2001. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. LIMINAR DEFERIDA.

DECISÃO: Trata-se de "habeas corpus", com pedido de medida liminar, **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, a **concessão** de medida cautelar **destinada a garantir**, 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).

Sustenta-se, em síntese, neste "writ", a **ocorrência de flagrante ilegalidade na denegação** de medida liminar, **eis que "esse Excelso Pretório pacificou o entendimento na ADIn 1.127-8/DP, de que o advogado é detentor de direito público e subjetivo, no que tange a suas prerrogativas, portanto, garantiu-se ao advogado nos casos de**

HC 109.213 -MC / SP

prisões cautelares, que seja recolhido em sala de Estado Maior ou, na sua ausência, a imediata colocação em prisão domiciliar".

Presente tal contexto, **impede verificar, desde logo, se** a situação processual versada nestes autos **justifica, ou não, o afastamento, sempre excepcional,** da Súmula 691/STF.

Como se sabe, o Supremo Tribunal Federal, **ainda** que em caráter extraordinário, **tem admitido o afastamento, "hic et nunc",** da Súmula 691/STF, **em hipóteses** nas quais a decisão questionada **divirja** da jurisprudência **predominante** nesta Corte **ou,** então, **veicule** situações **configuradoras** de abuso de poder **ou** de manifesta ilegalidade (HC 85.185/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 86.634-MC/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 86.864-MC/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – HC 87.468/SP, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 89.025-MC-AgR/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 90.112-MC/PR, Rel. Min. CEZAR PELUSO – HC 94.016/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.095/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 96.483/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Parece-me que a situação exposta **nesta** impetração **ajustar-se-ia** às hipóteses **que autorizam a superação** do obstáculo representado pela Súmula 691/STF.

Por tal razão, e sem prejuízo do reexame da questão, **passo, em consequência, a examinar** a postulação cautelar ora deduzida **nesta** sede processual.

E, ao fazê-lo, observo que os elementos produzidos nesta ação constitucional de "*habeas corpus*" **revelam-se** suficientes **para justificar, na espécie, a meu juízo, o acolhimento** da pretensão cautelar formulada pela parte ora impetrante, **eis que concorrem, no caso,** os requisitos **autorizadores** da concessão da medida em causa.

É que **a prerrogativa** que o ordenamento positivo nacional **confere** aos Advogados, **a quem** se reconhece - **desde que não** haja "*sala de Estado-Maior*" - **o direito à prisão domiciliar, até que sobrevenha o trânsito em julgado** de eventual sentença condenatória (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, "*in fine*").

Essa prerrogativa legal - **inclusive** no que concerne ao recolhimento a prisão domiciliar - **tem sido garantida** pelo Supremo Tribunal Federal, **desde antes** do advento da Lei nº 10.258/2001 (RTJ 169/271-274, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **subsistindo** esse entendimento **mesmo após** a edição **de referido** diploma legislativo (RTJ 184/640, Rel. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA).

Cabe registrar, neste ponto, 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, 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), ênfatizando, então, em referido julgamento plenário, após rejeitar questão prejudicial nele suscitada, que é inaplicável, aos Advogados, em tema de prisão cautelar, a Lei nº 10.258/2001.

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, notadamente no julgamento da ADI 1.127/DF, 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 sugerida pelo contexto ora 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).

Vale lembrar, por oportuno, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Rcl 4.535/ES, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - tendo presente a orientação firmada na mencionada ADI 1.127/DF -, assegurou, a determinado advogado que havia sofrido prisão cautelar, o direito de ser recolhido a prisão domiciliar, em virtude da comprovada ausência, no local, de sala de Estado-Maior, por entender que o ato judicial objeto de tal reclamação transgredia a autoridade do pronunciamento desta Suprema Corte naquele processo de fiscalização normativa abstrata, que declarou subsistente o inciso V do art. 7º do Estatuto da Advocacia, em face da superveniente edição da Lei nº 10.258/2001.

Mostra-se importante registrar, neste ponto, que essa orientação tem sido observada no âmbito desta Suprema Corte (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 – SUPERACÃO 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, ressalvada, 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)

Impende destacar, finalmente, que concorre, ainda, na espécie, o requisito concernente ao "periculum in mora", que resulta, no caso, da própria denegação e inobservância, em detrimento do ora paciente, da prerrogativa profissional legalmente assegurada aos Advogados.

Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de medida cautelar, em ordem a assegurar, até final julgamento da presente ação de "habeas corpus", e desde que ainda não transitada em julgado eventual condenação penal, o recolhimento, a prisão domiciliar, do Advogado [REDACTED] (Lei nº 8.906/94, art. 7º, V, "in fine"), considerada a inexistência – comprovada pela parte impetrante – "de sala de Estado-Maior" no Estado de São Paulo.

Destaco, por necessário, que caberá, ao 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), determinar as normas de vigilância e de conduta de [REDACTED], 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").

Comunique-se, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (HC 200.053/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC 990.10.374627-9) e ao MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal, da Infância e da Juventude

HC 109.213 -MC / SP

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).

Publique-se.

Brasília, 1º de setembro de 2011.

Ministro CELSO DE MELLO
Relator