

HABEAS CORPUS 194.092 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S) : [REDACTED]

IMPTE.(S) : EDSON PEREIRA BELO DA SILVA

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECISÃO: Trata-se de *habeas corpus* impetrado por Edson Pereira Belo da Silva, em favor de [REDACTED], contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos do HC 617.978/SP. Colho da decisão impugnada:

[REDACTED] alega sofrer coação ilegal, em decorrência de acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3^a Região, que, nos autos do HC n. 5003164-62.2020.4.03.0000, deixou de trancar processo ajuizado em seu desfavor.

Informam os autos que a paciente, advogada, responde à Ação Penal n. 0005815-73.2019.4.03.6181, em trâmite na 3^a Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, "por ter ela supostamente infringido o art. 330 do Código Penal, consistente na desobediência de 'ordem de juiz trabalhista que proibiu tal paciente de usar o celular em audiência'".

Alega o impetrante, em suma, "a inexistência do DOLO da Advogada, ora paciente, isto é, a vontade da paciente em desobedecer a ordem legal, haja vista que, como já discorremos acima, a ordem do juiz trabalhista era manifestamente ilegal, por que a paciente exercia naturalmente a sua prerrogativa profissional", concluindo "não est[arem] presentes o Fumus Commissi Delicti (a fumaça da prática de um fato punível), isto é, inexist[ir]em a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria".

Pede, liminarmente, a suspensão do trâmite da ação penal e, no mérito, o trancamento do processo. (eDOC 12)

No STJ, o habeas corpus foi indeferido liminarmente. Interposto agravo regimental, negou-se-lhe provimento.

Nesta Corte, a defesa insiste no pedido formulado naquele Tribunal.

Apresentou petição incidental, por duas vezes, para requerer a concessão da medida liminar.

É o relatório.

Decido.

Para melhor compressão da controvérsia, observem-se trechos do acórdão proferido no Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

Consta dos autos que a paciente teria desobedecido a determinação exarada pelo magistrado da 3ª Vara do Trabalho de São Paulo - Zona Leste/SP para que não usasse seu aparelho celular, durante audiência ocorrida no dia 23 de janeiro de 2018, no interesse do processo n.º 1001777-65.2017.5.02.0603.

Sustentam os impetrante que a conduta atribuída à paciente é atípica, pois teria atuado em conformidade tanto com o ordenamento jurídico, em razão do exercício constitucional da advocacia e das prerrogativas processual e estatutária, como com a jurisprudência dominante que alberga o uso do celular pelos advogados em audiência, podendo, inclusive proceder à gravação do referido ato.

[...]

Com efeito, a proibição pura e simples de utilização de celular pelo advogado, durante a audiência, esbarra na ordem legal, já que o NCPC, nos §§ 5º e 6º do artigo 367, permite que o advogado possa, por meios próprios registrar a audiência, inclusive com a utilização de gravador pessoal.

Por sua vez, nos termos do art. 360, do NCPC, o juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe manter a ordem e o decoro na audiência.

Cabe salientar, ainda, que não se admite a oitiva de partes e/ou testemunhas no mesmo local físico, de forma a preservar a incomunicabilidade das testemunhas exigidas pelo art. 456, do NCPC. Assim também dispõe o artigo 824 da CLT:

Art. 824- O juiz ou presidente providenciará para que o

depoimento de uma testemunha não seja ouvido pelas demais que tenham de depor no processo.

Nesse sentido, o juiz que presidia a audiência trabalhista determinou à advogada [REDACTED], por diversas vezes, que deixasse de utilizar o celular durante a audiência de instrução para que a parte ou testemunha ainda não ouvida não tomasse ciência dos atos processuais já praticados, conforme manda a norma processual. Diante da desobediência da advogada o juiz suspendeu a audiência.

Convém ressaltar que para caracterização do crime de desobediência necessária a ciência inequívoca do agente quanto a ordem e a vontade livre e consciente de descumpri-la.

Com efeito, o direito do advogado de se comunicar com clientes ou mesmo fazer pesquisas durante a audiência pelo celular, embora legítimo, não é absoluto, podendo ser cerceado pontualmente, desde que haja causa que o justifique. (eDOC 5, p. 8)

Conforme se vê, a paciente está sendo processada por desobediência (inicialmente classificada como desacato), porque não teria cumprido a ordem do juiz, para que não usasse seu aparelho celular durante a realização da audiência de instrução.

Inicialmente, observe-se o teor do tipo penal:

Desobediência

Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

É sabido que, para a configuração do crime de desobediência, não basta que o agente desobedeça a ordem emitida por funcionário público; é necessário que tal ordem seja legal.

O artigo 367, § 6º, do CPC, estabelece que “*a gravação a que se refere o § 5º também pode ser realizada diretamente por qualquer das partes, independentemente de autorização judicial.*”

Não me parece razoável que o legislador tenha garantido a gravação da audiência, **independente de autorização judicial**, e, ao mesmo tempo, identifique como crime o ato de usar o celular, quando o juiz determina que ele não seja usado.

Ademais, esta Corte tem entendimento pacífico no sentido de que não configura o crime de desobediência, se uma sanção civil estiver prevista para o caso de o agente desobedecer a ordem, *verbis, mutatis mutandis*:

1. AÇÃO PENAL. Crime de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Atipicidade. Caracterização. Suposta desobediência a decisão de natureza civil. Proibição de atuar em nome de sociedade. Delito preordenado a reprimir efeitos extrapenais. Inteligência do art. 359 do Código Penal. Precedente. O crime definido no art. 359 do Código Penal pressupõe decisão judiciária de natureza penal, e não, civil. 2. AÇÃO PENAL. Crime de desobediência. Atipicidade. Caracterização. Desatendimento a ordem judicial expedida com a cominação expressa de pena de multa. Proibição de atuar em nome de sociedade. Descumprimento do preceito. Irrelevância penal. Falta de justa causa. Trancamento da ação penal. HC concedido para esse fim. Inteligência do art. 330 do Código Penal. Precedentes. Não configura crime de desobediência o comportamento da pessoa que, suposto desatenda a ordem judicial que lhe é dirigida, se sujeita, com isso, ao pagamento de multa cominada com a finalidade de a compelir ao cumprimento do preceito. (HC 88572, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe 8.9.2006)

Na espécie, diz o magistrado que determinou à paciente não usasse o celular, para que ela não passasse informações à parte ou testemunha que ainda seria ouvida.

Nesse caso, deve o magistrado oficiar à Ordem dos Advogados do Brasil, para, a seu modo, apurar a conduta do profissional e aplicar as penalidades previstas em lei, se assim for o caso.

Neste ponto, é pertinente destacar que **a advocacia é uma das funções essenciais à justiça brasileira**, como estabelece a Constituição Federal em seu art. 133:

“O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Sobre o papel essencial da advocacia no Estado Democrático de Direito, pontua a doutrina:

“Na atualidade o sentido nacional do termo advogado/advocacia se fixou na garantia de representação argumentativa capaz de comprovar fatos, atos ou posições que permitam o exercício de direitos ou que impeçam o Estado de impor força contra o indivíduo representado, no caso brasileiro, em regra, quando em juízo, representado por um advogado habilitado.

(...)

No Brasil, a advocacia, a figura do advogado e sua instituição de representação se misturam como função essencial administração da justiça, seja como garantia da democracia consubstanciada na liberdade e igualdade por intermédio da máxima amplitude do contraditório e da ampla defesa ou do acesso ao judiciário, seja como ente fiscalizador dos concursos de ingresso na magistratura e no Ministério Público ou ainda como agente oxigenador dos tribunais por intermédio das vagas reservadas aos advogados em sua para a composição dos tribunais, ou como entre legitimado universal para a participação do controle de constitucionalidade no Brasil”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2. ed. 2018)

A advocacia representa, portanto, um *munus público*, uma função

que deve ser respeitada em todas as suas prerrogativas, sem relativizações injustificadas.

Cito, ainda, acerca do status de que goza a advocacia, o art. 6º do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) – Lei 8.906/1994:

“Art. 6º Não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos”.

Como se vê, além de não haver subordinação entre a paciente e o magistrado, o próprio legislador autorizou o uso do aparelho celular em audiência, **independentemente de autorização judicial, razão por que não pode configurar crime o exercício de um direito conferido por lei, não estando a conduta narrada no espectro normativo de alcance do tipo penal em questão.**

Desse modo, inobstante caber ao magistrado a presidência da audiência e o exercício do poder de polícia, há outras medidas administrativas previstas para aquele que, sendo parte ou advogado, tumultue o andamento dos atos solenes.

Assim, seja por qualquer ângulo que se veja o ato praticado pela paciente, é impossível o prosseguimento do processo penal em seu desfavor.

Ante o exposto, **concedo a ordem** para trancar o processo penal 0005815-73.2019.4.03.6181, em trâmite na 3ª Vara Criminal da Seção Judiciária de São Paulo.

Publique-se.

Brasília, 3 de fevereiro de 2021.

Ministro **GILMAR MENDES**

Relator

Documento assinado digitalmente