

O ESTUDO DAS PRERROGATIVAS E FUNÇÕES DO ADVOGADO FRENTE ÀS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL

Robson Fernando Santos¹
Douglas Braun²
Eduardo Destri Schwengber³

RESUMO

O presente artigo traz uma análise sobre o papel do Advogado frente a defesa de seu cliente, especialmente quando precisa orientar a prova oral, seja a própria parte ou as testemunhas compromissadas, para expor em audiência, os fatos que precisa que sejam esclarecidos. Esse momento de prova exige um limite, tutelando a Administração da Justiça e a possibilidade do Advogado responder pelo crime disposto no art. 342, do CP, porém, desde que atenda os requisitos do crime, considerando ainda, especialmente, o livre exercício da Advocacia, garantida pelas prerrogativas profissionais.

Palavras-chave: Prerrogativa. Advogado. Falso testemunho.

1 INTRODUÇÃO

Cabe ao Advogado instruir seus clientes, testemunhas e avaliar todas as provas que irá lançar mão para compor seu lastro probatório e expor em juízo, especialmente na audiência de instrução e julgamento, designada para produzir a prova oral e avaliar todo contexto que compõe a instrução do feito.

Na esfera do Direito Formal Penal, prevalece o denominado princípio da verdade real, que não passa de uma verdade processual, pois a epítome fática é remontada pelas provas que são trazidas aos Autos apenas, e, com elas, busca-se reproduzir as verdades mais próximas da realidade possível. Aqui, nesse contexto, as provas orais são primordiais, pois, não raras vezes, as testemunhas são as únicas provas a serem consideradas válidas.

O presente trabalho trata unicamente das provas testemunhais, especificamente, aquelas que são ouvidas em juízo, devidamente orientadas por Advogados, sejam em que área do Direito for. Estas, por vezes se contradizem ou se equivocam, comprometidas por remotas lembranças ou até pelo nervosismo ou pela dificuldade em se expressarem.

¹ Pós Doutor pela Universidade de Brasília/Flacso (EAE) e professor do Curso de Direito da Uceff. Contato: santosrobsonfernando@gmail.com;

² Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e professor do Curso de Direito da Uceff. Contato: douglas_braun@hotmail.com;

³ Especialista pelo Centro Educacional Exponencial e Professor do Curso de Direito da Uceff Chapecó, e-mail: eduardo.eds@gmail.com

Nesses casos é comum as testemunhas justificarem, quando interpeladas sobre algum esclarecimento ou sobre alguma contradição, de que foram orientadas por Advogado, e nesses casos, ocorre de alguns juízes e promotores pedirem a baixa dos Autos em diligência para apurar possível crime de falso testemunho, incluindo o Advogado nessa acusação.

Para tanto, faz-se necessário estudar as prerrogativas garantidas ao Advogado para avaliar sua responsabilidade penal, juntamente com os conhecimentos necessários quanto aos requisitos do crime previsto no art. 342, do Código Penal, para saber se o Advogado pode ou não responder por esse ilícito.

2 AS DISPOSIÇÕES DO ARTIGO 342 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Sob o brocardo jurídico *allegatio et non probatio, quasi non allegatio* (alegar e não provar, é o mesmo que não alegar), é cediço que a instrução processual é um dos mais importantes momentos de uma demanda judicial. O ápice dessa fase é a audiência de instrução e julgamento, cujo momento serve justamente para instruir o feito com as provas orais, sejam o depoimento pessoal das partes ou a oitiva das testemunhas arroladas ou chamada para o feito.

Nessa fase, obviamente que a atuação profissional do Advogado por meio de sua tecnicidade e tirocínio jurídico são indispensáveis para instruir e orientar seus clientes e testemunhas, do que expor e de como expor as versões que lhe interessam ao processo, porém, balizados pelas disposições do art. 342 do Código Penal.

O tipo penal descrito no artigo 342 dispõe sobre o crime de falso testemunho ou falsa perícia, que se caracteriza pela afirmação falsa, ou o ato de “negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral”. No mesmo dispositivo há uma causa de aumento de pena quando “praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta”, tudo para tutelar um bem jurídico de extrema relevância que é a Administração da Justiça.

Tal tutela tem o escopo de garantir a preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, a livre apreciação das provas e da paridade de armas.

Contudo, em algumas vezes, as testemunhas ou as partes acabam se contradizendo ou distorcendo os fatos e alegam que foram orientadas pelos advogados para falarem o que foi

dito. Nesses casos, há desígnios para baixar em diligência o feito perante a Autoridade Policial para apurar possível crime de falso testemunho aos Advogados, inclusive. O que se tem totalmente incabível, sob os argumentos deste trabalho.

Em que pese todas as questões éticas a serem sempre respeitadas, zeladas e pautadas pelo Advogado, e, dentre uma dessas regras, não se evidencia nenhuma irregularidade na prática do crime do art. 342, do CP, quando se percebe que o Advogado apenas cumpriu com seu papel, salvo quando o profissional realmente age ilicitamente, nesse caso, passível de responder por outro tipo penal de patrocínio infiel ou fraude processual, por exemplo, e ainda, de representação ético disciplinar, mas não de falso testemunho.

Não obstante preciso, contudo, analisar o contexto jurídico do delito do art. 342 do Diploma Penal quando tipifica a conduta de falso testemunho (ou falsa perícia) como sendo o ato de “*fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral*”, ou seja, no próprio *caput* da norma penal, já identifica o sujeito ativo do delito, e neste rol, em nenhum momento, inclui, cita ou faz menção ao Advogado patrono causa (mesmo sendo este profissional indispensável para a administração da justiça⁴), no caso, já, nesta análise se percebe que a conduta é atípica ao causídico.

Ademais, nos ensinamentos de Bitencourt (2009, p. 296) explica a questão da subjetividade do referido delito⁵, que, esclarece que “a falsidade não reside na contradição

⁴ Art. 133 da Constituição Federal.

⁵ Outros doutrinadores tem o mesmo entendimento, vejamos:

"Ainda relativamente à matéria, distingue-se, para fim de tipicidade, entre declarações falsas sobre pontos essenciais e não-essenciais ou acessórios. Os primeiros são aqueles que fundamentam a convicção do juiz, interessando à causa. São essenciais todas as circunstâncias que formam a prova do fato principal, ou tudo que possa influir na decisão.

A falsidade do testemunho deve incidir sobre fato juridicamente relevante e pertinente ao processo. Logo, 'desaparece a *ratio* da incriminação se a falsidade versa sobre super *accidentalibus* ou fatos estranhos ao *thema probandum*, sem nenhuma possibilidade de influência sobre o futuro julgamento'. Observe-se, todavia, que não se exige prejuízo efetivo ou que a autoridade tenha sido induzida em erro. O que se põe em pauta, nuclearmente, portanto, é que **a falsidade deve ter por objeto fato de relevância jurídica, com possibilidade de influxo na valoração da prova - fato do *thema probandum***. A falsidade que não tem influência na decisão da causa-potencialidade lesiva - não atinge a prova e, de conseguinte, carece de tipicidade. Disto ressaí que o delito de falso testemunho é de perigo concreto, já que nem toda falsidade pode realizar o tipo penal." (In: PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, v. 4, parte especial. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 619)

"Fato juridicamente relevante: **é essencial que o fato falso** (afirmado, negado ou silenciado) seja juridicamente relevante, isto é, **de alguma forma seja levado em consideração pelo delegado ou juiz para qualquer finalidade útil ao inquérito ou ao processo**, pois, do contrário, tratar-se-ia de autêntica hipótese de crime impossível. Se o sujeito afirma fato falso, mas absolutamente irrelevante para o deslinde da causa, por ter-se valido de meio absolutamente ineficaz, não tem qualquer possibilidade de lesar o bem jurídico protegido, que é a escoreita administração da justiça." (In: NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 1113)

entre a realidade fática (verdade objetiva) e a afirmação da testemunha, mas entre o seu depoimento e o conhecimento que tem dos fatos (verdade subjetiva). Por isso, é atípica a conduta da testemunha que declara o que sabe (verdade subjetiva), embora seja divergente do que efetivamente ocorreu”.

Pelo que se extrai desse ensinamento, nem sempre que há orientação do Advogado em que a prova vai expor oralmente na audiência é crime, pois pelo que a doutrina elucida, quando as testemunhas trazem aos Autos, em seus respectivos depoimentos, apenas o que sabiam do ocorrido, não há crime algum, pois a versão não é revestida de qualquer falsidade.

É mister destacar ainda que o crime de falso testemunho faz-se necessário o denominado elemento subjetivo especial do tipo, ou seja, tal delito comporta apenas a ação dolosa, mas desde que haja comprovado que a intenção do(s) acusado(s) seja o de fazer afirmação falsa, de negar ou calar a verdade, tem o fito especial de causar prejuízo a alguém ou à simples administração da justiça, e neste contexto, não havendo prova deste tipo de elemento de culpabilidade, não existe crime.

Dando supedâneo a tudo que ora se expõe, o entendimento jurisprudencial é uníssono e vasto quanto ao fato de não haver crime, como são expostos pelos seguintes julgados:

"PROCESSUAL PENAL. FALSO TESTEMUNHO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ERROR IN PROCEDENDO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. DOLO INDEMONSTRADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. (...) 4. Se o depoimento em nada pode influir na decisão da lide, não havendo tampouco potencialidade ofensiva, inexistente o crime de falso testemunho previsto no art. 342 do CP, mostrando-se atípica a conduta e, conseqüentemente, acertada a decisão que rejeitou a peça acusatória." (RSE 2003.71.12.003615-5, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, DJU 13-7-2005)

"PENAL E PROCESSO PENAL. FALSO TESTEMUNHO (ART. 342, CAPUT, DO CP). CONDUTA ATÍPICA. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343 DO CP). MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. DOLO ESPECÍFICO. DOSIMETRIA DAS PENAS. SUBSTITUIÇÃO DA LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA PELA PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. 1. Para a configuração do crime de falso testemunho é necessário que o teor inverídico do depoimento, atinente à circunstância juridicamente relevante, seja hábil a interferir na decisão de mérito da causa. Na hipótese de o testemunho não possuir aptidão para influir no *decisum* final, é de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de potencialidade lesiva. (...)" (ACR 2005.71.10.000741-9, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 14-01-2009)

"PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304 DO CP) E FALSO TESTEMUNHO (ART. 342 DO CP). EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. Para a configuração do crime de falso testemunho é necessário que o teor inverídico do depoimento, atinente à circunstância juridicamente relevante, seja hábil a interferir na decisão de mérito da causa. Na hipótese de o testemunho não possuir aptidão para influir no *decisum*

final, é de rigor o reconhecimento da atipicidade da conduta por ausência de potencialidade lesiva. (...)" (ACR 2006.71.10.005170-0, 8ª Turma, Rel. Juiz Federal Guilherme Beltrami, D.E. 21-01-2010)

"PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ART. 342, CP. ATIPICIDADE. FALTA DE PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. IN DUBIO PRO REO. SENTENÇA REFORMADA. Por ser crime formal, o falso testemunho não reclama resultado efetivo, ou seja, que a declaração venha efetivamente interferir na decisão, mas é necessário que haja a possibilidade de interferência, e que essa interferência seja juridicamente relevante. Caso isso não ocorra, a conduta será atípica. Hipótese em que o falso testemunho teria ocorrido num procedimento administrativo que não foi trazido aos autos da ação penal, sendo que nem mesmo a cópia da decisão administrativa atinente ao procedimento palco do delito foi acostada, razão porque não restou demonstrada a materialidade delitiva. Prova dos autos demonstrando, ainda, que a conduta do réu é atípica (não configura falso testemunho), e que falou a verdade ou, no mínimo, plantou dúvida sobre a falsidade do testemunho, sendo que a dúvida lhe aproveita, pelo princípio *in dubio pro reo*." (ACR 2004.70.02.002973-8, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteadó, D.E. 15-4-2010)

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ARTIGO 342, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CRIME FORMAL. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA DAS DECLARAÇÕES. ATIPICIDADE DA CONDUCTA. ABSOLVIÇÃO. ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. A classificação do falso testemunho como crime formal não afasta a necessidade de que as declarações inverídicas serem verossímeis e aptas a influir na solução do processo. Constatada a ausência de verossimilhança das declarações, bem como a inaptidão para influenciarem no resultado final da lide, o reconhecimento da atipicidade da conduta pela ausência de potencialidade lesiva é medida que se impõe." (ACR 2006.71.09.001854-6, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteadó, D.E. 11-6-2010)

"PENAL E PROCESSUAL. ART. 342, §1º, DO ESTATUTO REPRESSIVO. FALSO TESTEMUNHO. DOLO. NÃO COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Ainda que não se possa afirmar, de forma inequívoca, a inocência dos agentes, a dúvida razoável sobre a prática da conduta atribuída implica em absolvição, mormente em homenagem aos princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência." (TRF4, ACR 5004072-38.2011.404.7007, Sétima Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 05/09/2013)

"PENAL. ESTELIONATO MAJORADO. FALSO TESTEMUNHO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DE PENSÃO POR MORTE. INEXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO. 1. No crime de estelionato previsto no art. 171, § 3º do CP, é necessária a demonstração do dolo consistente na vontade dirigida de fraudar a Previdência Social, mantendo-a em erro ou mediante a utilização de meios fraudulentos para o recebimento de benefício previdenciário em prejuízo do INSS. 2. Ré acusada de obter benefício de pensão por morte de seu ex marido, sem comprovar a existência de união estável. 3. Absolvição da apelante Maria Elvira em face da ausência de dolo em manter o INSS em erro, porquanto acreditava ter direito ao benefício por manter laços afetivos com o ex marido. 4. Não demonstrado o dolo no crime de falso testemunho, pois Célia e Lourdes reproduziram nos autos do processo judicial de concessão de benefício de pensão por morte aquilo que ouviam de Maria Elvira, tendo essas versões como verdadeiras." (TRF4, ACR 5002778-27.2011.404.7111, Sétima Turma, Relator Luiz Carlos Canalli, D.E. 17/09/2013)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. FALSO TESTEMUNHO. DEPOIMENTO. CONTEÚDO. AUSÊNCIA DE POTENCIALIDADE LESIVA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. 1. Para configurar o delito de falso testemunho, embora seja crime formal e não exija

resultado efetivo, é imprescindível que o teor das declarações seja juridicamente relevante para o deslinde da causa e que tenha potencialidade para lesar o bem jurídico tutelado, qual seja, a Administração da Justiça. Nesse contexto, a eficácia do agir criminoso é aferida pela aptidão que o teor inverídico do depoimento, versando sobre aspecto essencial da controvérsia, tem de interferir na decisão de mérito da causa. 2. No caso concreto, constatada a ausência de verossimilhança das declarações, bem como a inaptidão para influenciar no julgamento da lide, deve ser reconhecida a atipicidade da conduta. Absolvição mantida.” (TRF4, ACR 0001733-73.2006.404.7006, Oitava Turma, Relator Victor Luiz dos Santos Laus, D.E. 11/06/2013)

“PENAL. FALSO TESTEMUNHO. AUTOINCRIMINAÇÃO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. EXCLUDENTE DA CULPABILIDADE. DÚVIDA RAZOÁVEL. ABSOLVIÇÃO. 1. Embora as narrativas apresentadas pelo apelante durante o inquérito policial e a ação cível sejam contrapostas, não há nos autos elementos suficientes para se aferir qual delas é verdadeira. 2. Existindo a possibilidade de que a versão apresentada no inquérito policial seja falsa, deve ser ponderado que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), podendo o cidadão potencial cometedor de um crime não apenas permanecer calado, mas também tecer alegações inverídicas, narrando a versão que mais lhe beneficie, sem que, com esse agir, venha a sofrer persecução criminal. Trata-se de corolário do direito à autodefesa, erigido pela Constituição Federal de 1988 à condição de garantia fundamental do cidadão (artigo 5º, inciso LXIII). 3. Com a alteração do art. 386, VI, do Código de Processo Penal introduzida pela Lei nº 11.690/08, a dúvida acerca da excludente de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa) resolve-se em benefício do réu, impondo-se sua absolvição.” (TRF4, ACR 0001569-28.2008.404.7204, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 06/06/2013)

“PENAL. FALSO TESTEMUNHO. ART. 342 DO CP. PROVA INSUFICIENTE. DÚVIDA. ABSOLVIÇÃO. 1. Para fins de comprovação do crime de falso testemunho (art. 342 do CP), necessário que reste demonstrada a dissensão entre o depoimento e a ciência da testemunha (teoria subjetiva), e não a mera existência de contraste entre o depoimento da testemunha e o que efetivamente sucedeu (teoria objetiva). 2. Ausência de prova hábil nos autos a demonstrar que o acusado deliberadamente tenha faltado com a verdade perante o Juízo, no que tange ao seu conhecimento acerca dos fatos ocorridos em sessão da Comissão Disciplinar da Polícia Federal. 3. Absolvição.” (TRF4, ACR 0006205-95.2007.404.7002, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 04/06/2013)

Por tudo que fora exposto há sempre que considerar os ensinamentos do Prof. Dr. Eugênio Raul Zaffaroni, que defende que a “*função do Direito Penal, hoje e sempre, é conter o poder punitivo*”, e como membro da Suprema Corte Argentina, e dotado de respeitabilidade internacional, é um defensor, dentro do Poder Judiciário, em limitar o *jus puniendi* do Estado, complementando ainda que “*no curso da história, muitas vezes, o Judiciário traiu sua função.*” E que quando isso acontece, explica inclusive que “os juízes deixam de ser juízes e se tornam policiais ‘fantasiados’ de juízes”. Findando com esse raciocínio, é preciso respeitar a Administração da justiça, contudo, esta só se faz com a efetiva participação do Advogado, e este sob a tutela de suas prerrogativas, possui imunidade funcional e está protegido da acusação do crime disposto no art. 342, do Código Penal.

É relevante, portanto, que a atuação e a função do advogado seja devidamente avaliada, para que norteie a resolução da lide; isso não quer dizer que os bens tutelados, os sujeitos, a adequação objetiva e os elementos subjetivos do art. 342 do *Codex Repressor* não sejam relevantes para o feito, muito pelo contrário, esses são o baldrame para a evidência de que o Advogado não pode cometer esse crime, por tratar-se de um crime próprio.

3 DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA E SUAS PRERROGATIVAS

Como introito desta tese, rememoram-se os ensinamentos de Carnelutti (2008, p. 29)⁶, quando ressalta o papel do Advogado (que são relevantes para o caso em tela), pois ao definir o seu conceito etimológico (*vocatus ad*) enfatiza o auxílio, a ajuda, o apoio, características predominantes e indispensáveis para o escopo da justiça, e, os fatos ora demandados, tramitam por esses atributos.

No mesmo norte, a respeitável *Águia de Haia*⁷, ao buscar uma explicação que antepare o papel do Advogado, o define como um ministro dos interesses de seus clientes, trabalhando sempre (e arduamente) para que não faleça ao seu constituinte as garantias da legalidade, e que não falte à justiça nenhuma de suas garantias, em que Rui Barbosa conclui “o patrocínio do advogado, assim entendido e exercido assim, terá foros de meritório, e se recomendará como útil à sociedade”.

A origem da palavra Advogado vem do latim *advocatus – vocati ad*, que significa “aquele que foi chamado”, “interceder a favor de”, porém a atividade da Advocacia remonta desde a Roma Antiga em que os litigantes podiam ser representados pelo *ad litem*, que defendiam seus interesses, assumindo todos os encargos da ação.

Na fase republicana de Roma, surgem duas espécies de advogados: o *causidicus* que patrocinavam os debates da causa e dominavam o dom da oratória e o *advocatus* que eram os assessores das partes e dos *causidicus*. (RAMOS, 2003, p. 32-33).

Essa dualidade de advogados ainda persiste em alguns países, na Inglaterra, por exemplo, há os *barristers* que são advogados que exercem suas atividades nas instâncias superiores e os *solicitors* que atuam em primeira instância. Na França existiu os *advocats*,

⁶ Carnelutti, Francesco. As misérias do processo penal; tradução de Ricardo Rodrigues Gama – Campinas: Russell Editores, 2008, pag. 29 e SS.

⁷ Barbosa, Rui, 1849-1923. O dever do advogado. Carta a Evaristo de Moraes /Rui Barbosa; prefácio de Evaristo de Moraes Filho. 3. ed. rev. – Rio de Janeiro : Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

perante as jurisdições comuns e os *avoués* que acompanhavam os processos. (RAMOS, 2003, p. 33).

Aqui no Brasil, o Advogado possui capacidade postulatória e é um mandatário de poderes outorgados para defesa dos interesses de seu cliente, seja público ou privado. Para o melhor exercício de sua atividade, especialmente em razão da manutenção do Estado Democrático do Direito, o Advogado possui prerrogativas irrevogáveis para seu labor, indispensáveis para a administração da justiça, como devidamente previsto no texto constitucional.

Essas prerrogativas surgem em 22 de junho de 1992, quando o Deputado Federal Ulisses Guimarães, apresentou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2938/92, que se transformou na Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, estabelecendo as disposições do Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Deste advém o Código de Ética, o Regulamento Geral e os demais provimentos, que norteiam toda a atividade da advocacia, e, por conseguinte, garantem imunidade funcional para o exercício em prol da defesa de seu(s) cliente(s).

Dentre as prerrogativas, ressalta-se que todos os dispositivos que preveem a atuação do Advogado, seja em demandas judiciais ou extrajudiciais, aquelas que garantem expressamente os direitos dos Advogados, expressam as prerrogativas e dentre elas, estão as que garantem liberdade e independência do advogado, e, portanto, o isentam de responsabilidades criminais sob os atos exercidos em seu mister, ou seja, cabe ao advogado agir com ética, e, com ela, defender os interesses que lhe foi confiado, caso contrário, quando comprometida a Administração da Justiça, pode responder pelos crimes dos arts. 347 e 355, mas não o crime do art. 342, todos do Código Pena.

4 CONCLUSÃO

O crime do artigo 342 define em seu *caput* quem são os sujeitos ativos desse delito, neste rol, não há menção do Advogado, porém, em entendimento questionável, existe quem sustente que o Advogado pode ser partícipe do falso testemunho, quando orienta a testemunha a falar com a verdade.

Esse entendimento é frágil em todos os sentidos, não só porque o tipo penal não prevê tal situação, mas especialmente, porque o Advogado possui imunidade funcional, junto com outras demais prerrogativas que permite ao Advogado, sempre que atua dentro de seus

ditames éticos e profissionais, de orientar a testemunha a apresentar apenas os fatos que melhor lhe convir ao processo.

Essa orientação, não recai em crime de falso testemunho justamente porque apenas serve para melhor compor suas provas na instrução do feito, pois, ao passo que lhe é garantido arrolar testemunhas, caba a elas virem à juízo para trazer as versões que interessam a tese do Advogado, não o contrário, sob pena de não ser necessário ouvir testemunhas.

O artigo 6º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil traz todos os direitos do Advogado, ou seja, traz em seu teor, as prerrogativas para que o Advogado possa exercer seu labor com liberdade e independência. Junto desse regramento, há ainda o Código de Ética, o Regulamento Geral e os Provimentos que juntos norteiam toda a atividade desse profissional.

Não se pode olvidar que no texto constitucional, reproduzido na Lei nº 8.906/94, o Advogado é um profissional indispensável para a administração da justiça, portanto, esse profissional necessita de garantias funcionais que lhe permitam não só exercer seu labor, mas também garantir o Estado Democrático de Direito, por isso, a necessidade de preservar suas prerrogativas.

Por fim, é evidente que dentro os ditames legais da profissão do Advogado, o mesmo é imune de responsabilidade penal, contudo, na evidência de qualquer má fé e/ou ilicitude, deve o mesmo responder cível, criminal e administrativamente pelos seus atos, porém, dentro do disposto mais adequado e não num tipo penal que exige uma interpretação extensiva e forçosa para incluir o advogado, como é o caso do crime disposto no art. 342, do Código Penal.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui, 1849-1923. **O dever do advogado**. Carta a Evaristo de Moraes/Rui Barbosa; prefácio de Evaristo de Moraes Filho. 3. ed. rev. – Rio de Janeiro : Edições Casa de Rui Barbosa, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 5: parte especial: **dos crimes contra a administração pública, dos crimes praticados por prefeitos** (Lei n. 10.028/2000). 3 ed. rev. atual. – São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**; tradução de Ricardo Rodrigues Gama – Campinas: Russell Editores, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, v. 4, parte especial. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

RAMOS, Gisela Godin. **Estatuto da advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada – Florianópolis/; OAB/SC Editora, 2003. 4 ed.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal: tradução Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição – Rio de Janeiro: Revan, 1991, 5ª edição, janeiro de 2001, 1ª reimpressão, outubro de 2010.