Opinião: Sigilo na comunicação entre advogado e cliente é absoluto

A essência da relação entre advogado e cliente, pauta-se na mais absoluta confiança e permanente sigilo que embasam esse liame de entendimento imprescindível à amplitude de defesa, durante e após o término do mandato, pois, é dessa relação de mútua circunstanciação dos fatos e estratégias de atuação, que flui e deflui a plenitude e a efetividade da defesa, tão cristalina e necessária ao exercício do mandato advocatício em prol do cliente mandante e, conseqüentemente, do bem comum.

Aí é que se diz que o sigilo das conversas e dados telefônicos e telemáticos estabelecidos entre advogado e cliente deve se revestir de blindagem absoluta, sendo totalmente inconveniente interceptações de diálogos e conversas dessa natureza, tanto porque o advogado interceptado tem o sigilo como prerrogativa, quanto porque o cliente, tem a sua privacidade, como corolário do legítimo, amplo e pleno direito de defesa.

Assim, a impossibilidade de captação dessas conversas tem o escopo de que o acusado não seja exposto a situação que lhe traga riscos de prejuízos consubstanciados em injustas e inadmissíveis invasões de *privacidade* e de *intimidade*, a tolher os seus direitos de *consciência*, de *confiabilidade*, ao *silêncio* e à *presunção de inocência*, pelo potencial de tais elementos desaguarem em sua autoincriminação ou ao agravamento da situação atinente à sua defesa.

É o que impõem a Constituição da República Federativa do Brasil (artigos 5º, XII, XIV, LVI e 133) e o Pacto de San José da Costa Rica (artigo 8º, 2, d e g, 3), do qual o Brasil é signatário, bem como o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 7º, incisos I e II).

No direito penal econômico, contudo, a saga punitivista que gira em torno da gravidade abstrata dos crimes do colarinho branco, que em regra são praticados por organizações criminosas, tem relativizado essa sagrada e fundamental garantia do direito brasileiro.

Há julgados no sentido de validar tal interceptação em situações nas quais a medida interceptiva se deu em face do cliente e não do advogado, mas acabou captando a conversa com o causídico por ele ser um dos interlocutores (nesse caso a captação, em tese, não seria ilícita, mas por conta do sigilo empregado, deve ser desconsiderada). Há julgados, também, no sentido de que essa captação incidental deve ser considerada lícita e produzir efeitos apenas e tão somente se do conteúdo dela se concluir que o advogado também faz parte da quadrilha, ocasião em que ele passará de mandatário para coautor ou partícipe. [1]

Veja, a título de exemplo, algumas manifestações do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema: “A captação incidental de diálogos entre o advogado e o cliente/investigado não configura violação do sigilo profissional do causídico. Precedente. Na hipótese, em interceptação telefônica devidamente autorizada pela justiça, foram captados incidentalmente diálogos entre o advogado e a esposa de um dos investigados, a qual não estava sob seu patrocínio.” (AgRg no AREsp 457.522/SC, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015)

Do mesmo bordo, no RMS 33.677/SP, julgado em 27/5/2014 pela relatora ministra Laurita Vaz, da 5ª Turma do STJ, decidiu-se: “Não é porque o Advogado defendia os investigados que sua comunicação

com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores. Não há, assim, nenhuma violação ao sigilo profissional”. Para a Ministra as interceptações são essenciais nos crimes de organização criminosa e, portanto, elementos resultantes de chamadas realizadas para a linha interceptada, independentemente de envolver conversas entre advogados e clientes, são provas lícitas, como ao final de seu voto conclui: “Não ocorre, portanto, ilegalidade das interceptações telefônicas que, pelo contexto delineado nos autos, mostraram ser necessárias e imprescindíveis para revelar o modus operandi da organização criminosa investigada”. Atualmente, o desfecho dado pelo STJ está *sub júdice* no STF (RE 845713), sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Em conclusão, embora durante o monitoramento autorizado possam ocorrer situações em que se capte acidentalmente o acusado grampeado interagindo com seu causídico, os dados dessa interação sigilosa nunca poderão ser utilizados como conteúdo indiciário ou probatório tendente a influir no processo. Muito pelo contrário, são elementos inoportunos e que devem, no mínimo, ser de plano excluídos e desentranhados dos autos (artigo 157, § 3º, CPP), como efetivamente ocorre.

Tal situação, todavia, é extremamente preocupante, pois, o acesso às comunicações e interações entre advogado e cliente não podem, em absoluto, sofrer qualquer interferência e, assim, *não basta que o monitoramento que ocorreu de forma lícita, mas inevitavelmente captou conversa sigilosa (incidental), seja de plano desconsiderado e desentranhado dos autos, porque a singularidade e a confiabilidade em testilha, que são corolários do direito de defesa e da não autoincriminação, já estarão comprometidas, pois, alguém terá conhecimento de seu conteúdo.*

A questão do desentranhamento, portanto, não é simples e está longe de resolver o problema da quebra incidental de conversa protegida, pois, como as informações obtidas serão automaticamente valoradas, mesmo que a prova ilícita não integre explicitamente o motivado convencimento do magistrado e demais figuras do processo, ela estará inevitavelmente presente em seus âmagos e, com toda certeza, influenciará na marcha e no desfecho do processo, tolhendo-se a amplitude de defesa do interceptado.

Daí é que se diz que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando ocorrente interceptação entre advogado e cliente, só cumpririam o seu papel se, além de desentranhar os dados interceptados, for afastado o juiz que teve conhecimento dos elementos sigilosos, substituindo-o por outro que não esteja, em princípio, intrinsecamente contaminado pelo conteúdo sigiloso, como previa o vetado § 4º, do artigo 157, da Lei 11.690/2008.

Nesse sentido:

“Posicionar-se adequadamente e de maneira imparcial ao tomar conhecimento de algo diretamente ligado ao processo, é ter a capacidade sobre-humana de contrariar as repercussões na alma do que adveniente do contato com o conteúdo ilícito da prova fisicamente desentranhada, contudo residente automática e involuntariamente no íntimo do magistrado e efetivamente radicada enraizada em seu espírito, ou seja, em sua subjetividade, que é a sede em cujo recôndito será produzida a decisão objetiva, daí surgindo o real problema com o veto, que suprimindo do texto legal o § 4º do artigo 157 do CPP, não eliminou o risco da sentença fundada na prova ilícita.” (Salgretti, Maria Edith Camargo Ramos. *A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. Revista Brasileira de Ciências Criminais*

. vol. 117. ano 23. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.)

Do contrário, estar-se-á diante de flagrante retrocesso jurídico, a promover disparidade entre defesa e acusação, além de colocar em *xeque* o próprio direito de punir do Estado, pois, a amplitude de defesa é o ponto de partida do estado democrático de direito e a vedação de autoincriminação, a essência da dignidade humana do acusado.

Assim, a sigiliosidade que deve existir, não é apenas uma prerrogativa do advogado, mas, também — e muito mais do que isso — uma garantia constitucional de todo cidadão, pois, o direito pátrio tem como regra basilar que ninguém ficará indefeso de seus direitos, que serão tecnicamente defendidos por um advogado conhecedor dos fatos a ele confiados por seu cliente, com base no princípio da consciência e, também, da confiabilidade.

Portanto, o limite da flexibilização da interceptação telefônica entre advogado e cliente está na constitucionalidade e na legalidade que devem ser preservadas em prol do direito constitucional de defesa.

É impossível que se tenha a ilusão de que, após a captação da conversa, a marcha e desfecho processuais continuaram seus rumos normalmente, sem afetação da efetiva defesa e sem o comprometimento da convicção magistral.

Sobre o tema:

“A respeito do tema, a psicanalista Eliana Riberti Nazareth publicou no *Caderno Jurídico* da Escola Paulista da Magistratura artigo intitulado “A influência dos fatores psicológicos inconscientes nas decisões judiciais”, em que, ao tratar do ser humano como alguém regido, sobretudo pelo inconsciente, destacou: “(...) o inconsciente ganhou corpo e estrutura: ‘a psicanálise tirou do inconsciente o caráter indeterminado e amorfo que havia conservado até esse momento nas interpretações dos filósofos e dos psicólogos, para adquirir um conteúdo preciso’. Concluindo seu raciocínio com base em Freud: “O maior mérito de Freud está em ter descoberto que não é a consciência o principal condutor do ser humano, mas o inconsciente. E que este tem suas leis que, demandando investigação, são pouco claras ou desconhecidas para a consciência, porém determinantes de sua conduta”.

(Salgretti, Maria Edith Camargo Ramos. *A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015.)

Veja-se que a saga punitivista tem se agravado consideravelmente e já vai muito além da interceptação accidental ocorrida nos crimes de prova complexa. Já há situações em que determinado juiz teria monitorado advogados e, por isso, o próprio Supremo Tribunal Federal, em *obter dictum*, sugeriu encaminhamento de ofício à Corregedoria Regional e ao Conselho Nacional de Justiça, para providências:

“Sendo assim, por mais teratológica que seja a decisão de monitorar os voos dos advogados, para

efetivação de mandado de prisão, o ato, por si só, não implica suspeição do magistrado. A absurda determinação, que consta na decisão que decretou a prisão do paciente, não se amolda, com os contornos do caso, às hipóteses legais de suspeição. Conquanto censuráveis os excessos cometidos pelo magistrado, não vislumbro, propriamente, causa de impedimento ou suspeição; não se mostram denotativos de interesse pessoal do magistrado ou de inimizade com a parte. Ao meu sentir, os excessos cometidos, eventualmente, podem caracterizar infração disciplinar, com reflexos administrativos no âmbito do controle da Corregedoria Regional e/ou do Conselho Nacional de Justiça, não o afastamento do magistrado do processo. Dessarte, voto por acompanhar o Ministro-Relator e, por conseguinte, denegar a ordem. Todavia, sugiro que a Turma encaminhe o ofício à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região e ao Conselho Nacional de Justiça, instruindo-o com cópia do acórdão.” (HC 95518, Relator(a): Min. Eros Grau, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, Acórdão Eletrônico DJe-054 Divulgado 18-03-2014 Publicado 19-03-2014)

Sem mais, a quebra do sigilo das conversas entre advogados e clientes é uma preocupação que se deve ter, ainda mais no contexto atual do Brasil, em que o grande protagonista do momento é o direito penal econômico, vertente da criminalidade, cuja complexidade da produção de provas, tem gerado situações de abusos e retrocessos, sob a ótica da gravidade abstrata do fato.

Sobre a questão, confira-se:

“Manifestamente, nos crimes de natureza econômica há grande dificuldade em provar a autoria e a materialidade do delito, pois, o iter criminis, normalmente, compõe-se de inúmeros atos comissivos e omissivos, advindos de uma pluralidade de comportamentos dificilmente identificados com precisão, razão pela qual, os agentes de investigação, o Poder Judiciário e o Ministério Público Federal, na ânsia em conter essa criminalidade sui generis, valem-se, na busca pela verdade, de interceptações telefônicas e quebras de sigilo, sobretudo, ilícitas.” (Salgretti, Maria Edith Camargo Ramos. *A inconveniência jurídica da inadmissibilidade das provas ilícitas pelo seu mero desentranhamento físico dos autos e pela continuidade do juiz que dela tivera conhecimento à frente do processo. Reflexos da questão na persecução penal dos crimes de natureza econômica. Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 117. ano 23. p. xx-xx. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2015).

Há limites que constituem *conditio sine qua non* para o *jus puniendi* estatal, na ótica da República, em acepção de emancipação do estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana.

[1] Nesse sentido: STJ. HC 197.044/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 23/09/2014, bem como: STF. HC 91867, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 19-09-2012 PUBLIC 20-09-201; STF. HC 96909, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 17/11/2009, DJe-232 DIVULG 10-12-2009 PUBLIC 11-12-2009 EMENT VOL-02386-02 PP-00279)

Date Created

08/08/2017