
Luiz Felipe: Interceptação fortuita de conversa de advogado é ilegal

A prática de interceptação das comunicações dos advogados, sejam telefônicas ou não, tem ocorrido de forma recorrente, porém são uma grave violação das prerrogativas advocatícias.

Estas violações não são apenas aos advogados, mas também ao cidadão, que se vê representado pelo advogado.

Antes de tratar sobre a interceptação das comunicações dos advogados e seus limites, é fundamental discorrer, mesmo que forma breve, sobre a previsão da Constituição Federal, com relação ao que dispõe sobre sigilo aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

A mesma, também conhecida como Carta Maior, em seu título II, que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, prevê no artigo 5º, XII, serem invioláveis a todos brasileiros e estrangeiros residentes no país o seu sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas.

Vale transcrever a sua previsão:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Conforme verifica-se, existe uma exceção, onde se autoriza a violação, sendo ela, a parte final do inciso XII.

A parte final do inciso XII, é regulamentada pela Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.

Referida lei aplica-se a interceptação de comunicações telefônicas, bem como também à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

De qualquer forma, visando resguardar o sigilo previsto na Constituição da República, apenas se admitirá tais interceptações, cumprindo-se os seguintes requisitos: Que hajam indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; Que a prova não possa ser efetivada por outros meios disponíveis e que o fato investigado não constitua infração penal punida no máximo, com pena de detenção.

Deve ainda, para admissão da mesma, ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício, ou ainda a requerimento da autoridade policial (na investigação criminal) ou do representante do Ministério Público (na investigação criminal e na instrução processual penal).

Obrigatoriamente, o pedido de interceptação de comunicação telefônica deverá conter a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.

A decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade, bem como deverá indicar a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Da Inviolabilidade do Sigilo das Comunicações dos Advogados com Seus Clientes

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XII, conforme já demonstrado, assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade de suas comunicações, salvo havendo ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Já o artigo 133 da Carta da República, dispõe ser o advogado indispensável à administração da justiça, possuindo inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Assim, não pode o advogado ter violadas as suas comunicações com seus clientes no exercício profissional.

A inviolabilidade do sigilo, é um direito garantido pela Carta Magna.

Ainda, prevê a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em seu artigo 7º, incisos II e III:

Art. 7º São direitos do advogado:

II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;

III – comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis.

Já o §6º do seu artigo 7º, expressamente prevê que deve haver obrigatoriamente indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, para a autoridade judiciária competente decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II supra, devendo ainda conter decisão motivada, expedindo-se mandado de busca e apreensão, que deverá ser específico e pormenorizado, e ser

necessariamente cumprido na presença de representante da OAB, sendo, em qualquer hipótese, vedada a utilização dos documentos, das mídias e dos objetos pertencentes a clientes do advogado averiguado, bem como dos demais instrumentos de trabalho que contenham informações sobre clientes.

Desta forma, não há qualquer dúvida de que são ilícitas quaisquer espécies de interceptações da comunicação dos advogados com seus clientes, relativos ao seu exercício profissional.

A única exceção, seria, portanto, no caso de havendo indícios suficientes de autoria e materialidade da prática de crime por parte do mesmo, para a autoridade judiciária competente decretar a quebra da inviolabilidade.

Da Interceptação Fortuita das Conversas dos Advogados

Este é o típico caso, onde existe decisão judicial determinando a interceptação telefônica de investigados, e que casualmente acaba por captar conversas estabelecidas entre advogado e cliente.

Embora hajam decisões, em especial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, decidindo que por não ter sido determinada a quebra de sigilo do advogado, pois foram captadas incidentalmente suas conversas com o cliente/investigado, não havendo que falar em quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão, entendo, que são elas (decisões) absolutamente equivocadas, pois este entendimento afronta o que preceitua a Constituição Federal e a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994.

Ora, quando da interceptação fortuita, estando o advogado no exercício da profissão, possui inviolabilidade por seus atos e manifestações.

Não pode assim o advogado, ter suas conversas, mesmo que de forma fortuita, interceptadas, pois existe esta proteção legal, e, caso ocorra, são provas ilícitas, e devem ser desentranhadas dos autos.

Inclusive, dispõe o Conselho Federal da OAB, que a interceptação telefônica do advogado de forma incidental, viola suas prerrogativas profissionais, tendo o mesmo direito de desagravo e providências em seu favor:

RECURSO N. 49.0000.2016.009963-9/PCA. EMENTA N. 063/2017/PCA. 1. Pedido de desagravo e assistência cumulados com providências. 2. Interceptação telefônica em desfavor de advogado. 3. Escuta autorizada judicialmente e nos moldes legais. 4. Captação incidental e transcrição para autos distintos que configura violação às prerrogativas profissionais do advogado. 5. Violação de direito do advogado. 6. Ocorrência. 7. Existência de lesão as prerrogativas do advogado. 8. Direito a Desagravo configurado. 9. Recurso deferido. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da Primeira Câmara do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, observado o quorum exigido no art. 92 do Regulamento Geral, por unanimidade em dar-lhe parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Impedida de votar a Representante da OAB/Paraná. Brasília, 18 de setembro de 2017. Felipe Sarmiento Cordeiro, Presidente. Ricardo Bacelar Paiva, Relator. (DOU, S.1, 03.10.2017, p. 78)

Desta forma, mesmo que a interceptação ocorra de forma fortuita, por ser conversa reservada entre as partes, deveria ser seguido em analogia, o entendimento infra, referente a decisão proferida pelo STJ, no Habeas Corpus 59.967/SP, pois é o que atende o entendimento legislativo:

Advogado. Sigilo profissional/segredo (violação). Conversa privada entre advogado e cliente (gravação/impossibilidade). Prova (ilicitude/contaminação do todo). Exclusão dos autos (caso). Expressões injuriosas (emprego). Risca (determinação).

1. São invioláveis a intimidade, a vida privada e o sigilo das comunicações. Há normas constitucionais e normas infraconstitucionais que regem esses direitos.
2. Conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente tem toda a proteção da lei, porquanto, entre outras reconhecidas garantias do advogado, está a inviolabilidade de suas comunicações.
3. Como estão proibidas de depor as pessoas que, em razão de profissão, devem guardar segredo, é inviolável a comunicação entre advogado e cliente.
4. Se há antinomia entre valor da liberdade e valor da segurança, a antinomia é solucionada a favor da liberdade.
5. É, portanto, ilícita a prova oriunda de conversa entre o advogado e o seu cliente. O processo não admite as provas obtidas por meios ilícitos.
6. Na hipótese, conquanto tenha a paciente concordado em conceder a entrevista ao programa de televisão, a conversa que haveria de ser reservada entre ela e um de seus advogados foi captada clandestinamente. Por revelar manifesta infração ética o ato de gravação – em razão de ser a comunicação entre a pessoa e seu defensor resguardada pelo sigilo funcional –, não poderia a fita ser juntada aos autos da ação penal. Afinal, a ilicitude presente em parte daquele registro alcança todo o conteúdo da fita, ainda que se admita tratar-se de entrevista voluntariamente gravada – a fruta ruim arruína o cesto.
7. A todos é assegurado, independentemente da natureza do crime, processo legítimo e legal, enfim, processo justo.
8. É defeso às partes e aos seus advogados empregar expressões injuriosas e, de igual forma, ao representante do Ministério Público.
9. Havendo o emprego de expressões injuriosas, cabe à autoridade judiciária mandar riscá-las.
10. Habeas corpus deferido para que seja desentranhada dos autos a prova ilícita.
11. Mandado expedido no sentido de que sejam riscadas as expressões injuriosas.

Assim, resta demonstrado a impossibilidade de interceptação, mesmo que fortuita, das conversas entre advogados e seus clientes.

Conclusão

Conforme restou demonstrado, estando o advogado no exercício da advocacia, suas conversas com clientes jamais podem ser interceptadas.

Assim, a utilização das conversas entre alvos de interceptações telefônicas com os profissionais da advocacia, para amparar ações penais, são absolutamente vedadas.

A sua utilização, além de afrontar o que dispõe o artigo 7º, II, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 e a Carta Magna em seu artigo 133, ainda vai de encontro com o princípio constitucional do contraditório e

da ampla defesa, contido no seu artigo 5º, LV.

Desta forma, são invioláveis as conversas do advogado com seu cliente, sejam através de ligações ou mensagens telefônicas de voz, mensagens escritas, e-mails, no parlatório dos presídios ou ainda quaisquer outras conversas aqui não nominadas.

Infelizmente, algumas autoridades, quando deveriam justamente respeitar a legislação não o fazem, por entenderem equivocadamente que se alguém está sendo interceptado, mesmo que suas conversas sejam com seu advogado constituído, podem ser ouvidas e utilizadas em seu desfavor, o que é inadmissível.

Estão a violar as prerrogativas profissionais e o direito da cidadania, sendo uma afronta ao estado democrático de direito.

Possui, portanto, a conversa entre advogado no seu exercício profissional com seu cliente, toda a proteção da lei, quanto a sua inviolabilidade.

Em sendo violadas as suas conversas, deve o advogado procurar a Ordem dos Advogados do Brasil, solicitando assistência, buscando seja desagravado, bem como consequentemente representar contra os responsáveis pelos atos ilegais cometidos.

Date Created

08/12/2018