
Andrea Marighetto: Visão comparativa do sigilo do advogado

Para aproveitar a atualidade da matéria proposta pelo instigante artigo do doutor Paulo Lobo, sobre o sigilo profissional do advogado, publicado nesta revista em 9 de maio[1], parece-nos igualmente interessante repropor a mesma temática — desta vez em uma ótica comparada: como é tratado o mesmo caso nos Estados Unidos ou na Europa? Qual valor ou natureza jurídica tem o sigilo profissional?

Toda conversa entre cliente e advogado deve ser mantida em sigilo pelo Profissional. Nem em defesa de sua liberdade o advogado poderá violar este sigilo!

No Brasil, é o que dizem os seguintes artigos do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB):

Art. 35. O advogado tem o **dever de guardar sigilo** dos fatos de que tome conhecimento no exercício da profissão. Parágrafo único. O sigilo profissional abrange os fatos de que o advogado tenha tido conhecimento em virtude de funções desempenhadas na Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. § 1º Presumem-se confidenciais as comunicações de qualquer natureza entre advogado e cliente. § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional.

Art. 37. O sigilo profissional cederá em face de circunstâncias excepcionais que configurem justa causa, como nos casos de grave ameaça ao direito à vida e à honra ou que envolvam defesa própria.

O dever de guardar o sigilo está fixado no próprio *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*[2], ao seu art. 7º, inciso II, que confere ao advogado – para que possa exercer *de fato* este dever — proteção absoluta ao segredo na medida em que desempenha as suas funções, proibindo a violação de seu local de trabalho, seus instrumentos e meios de comunicação de qualquer natureza.

Ainda, o dever de guardar o sigilo profissional é protegido constitucionalmente pelo art. 5º, inciso XIII e XIV da Constituição Federal de 1988 ao prever — respectivamente — que “[XIII] é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [XIV] é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Quase a evidenciar o caráter “mandatário” do dever de guardar o sigilo profissional, o art. 154º do Código Penal estabelece pena detentiva quando: “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. Da mesma forma, o art. 207 do Código de Processo Penal prevê: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pelas partes interessadas, quiser dar seu testemunho”.

Essa garantia [*o sigilo profissional*] — como bem explicado pelo Dr. Lobo — não existe em razão do

advogado, mas sim da sociedade que se vale dos seus serviços. O Estado Democrático de Direito possui o objetivo de garantir as liberdades civis e os direitos fundamentais, além dos direitos humanos. Esse conjunto de direitos e garantias possui a finalidade, de um lado, de assegurar o respeito da dignidade humana contra o arbítrio do poder estatal e, doutro, de promover o estabelecimento das condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana[3]. O amplo direito de defesa, do contraditório, e do devido processo legal representam, portanto, no Brasil, uma componente fundamental do Estado Democrático de Direito.

Nos Estados Unidos, o sigilo profissional é geralmente traduzido pela expressão *attorney-client privilege* [4]. Apesar da similaridade formal com o estabelecido — em particular — pelo art. 35º do Código de Ética e Disciplina da OAB, o *attorney-client privilege* [cujo termo *privilege* não há a ser confundido com a palavra privilégio, sendo que não se trata de privilégio em si mas de direito — do cliente — em dispor] concretiza — de fato — um conceito diferente, sendo identificado com o *direito do cliente de recusar a divulgação e impedir que qualquer outra pessoa divulgue a comunicação confidencial entre o cliente e o advogado*.

Em outras palavras, **nenhum direito, mas sim um dever do advogado**, em respeito o direito fundamental do cliente!

O sigilo profissional (ou *attorney-client privilege*) é um dos mais antigos institutos de defesa no âmbito do Estado Democrático de Direito. Em um dos mais emblemáticos casos, a Corte da Califórnia reconheceu que “o direito de recusar a divulgação da comunicação confidencial entre cliente e advogado não deveria ser livremente interpretado, mas considerado sacro”[5]. A Corte explicou que proteger o sigilo das comunicações há de ser considerado essencial **para que advogado e cliente possam se comunicar de forma desimpedida, sem obstruções, omissões ou cautelas que prejudiquem a narrativa e o direito de defesa**. Sem isso, o advogado não teria condições de fornecer opiniões legais eficientes ao cliente.

O *attorney-client privilege*[6] é expressamente identificado como **direito do cliente** e é disciplinado pelo art. 1.6 (a) do *Model Rule* da *American Bar Association* o qual estabelece que, sem expressa concordância do cliente, informações e declarações feitas ao advogado não podem ser reveladas ou divulgadas. Ainda, evidencia que a violação desta importante regra pode comportar precisas e severas sanções disciplinares.

Principalmente pelas Cortes norte-americanas, o titular do *attorney-client privilege* (i) deve ser cliente, (ii) deve estar em uma relação “profissional” com o advogado. Em outras palavras, as revelações são protegidas pelo sigilo, unicamente quando são realizadas pela precisa finalidade de obter uma consultoria ou uma defesa legal. O sigilo profissional, quando instalado[7], adquire uma eficácia jurídica tão plena que sobrevive até depois da morte do próprio cliente[8]!

Nos Estados Unidos, é o cliente, e unicamente o cliente, que possui o direito de recusar a divulgação e, conseqüentemente, decidir *se e quando* as comunicações e as informações podem ser divulgadas. Todavia, considerando tratar-se de direito amplo, é preciso que seu exercício respeite determinadas condições.

Por exemplo, o *attorney-client privilege* não é aplicado, caso não estejam presentes as próprias circunstâncias estruturais e funcionais do segredo ou da confidencialidade. Isso acontece quando a informação é divulgada simultaneamente para terceiros, como amigos ou simples consultores, que — de qualquer forma — não podem ser considerados “essenciais” para a realização de uma atividade específica de defesa ou de *opinio juris*.

Em síntese, nos Estados Unidos, existe a conceituação do sigilo das comunicações na relação profissional cliente-advogado que tutela e garante unicamente o direito imprescindível do cliente de poder decidir se e quando divulgar as comunicações. Nesse contexto, o advogado possui unicamente o dever de não infringir esse direito! Por isso, o advogado norte-americano se preocupa em definir e identificar qualquer informação ou documentação “coberta” pelo sigilo e pelo direito do cliente.

No âmbito europeu, o sigilo profissional cliente-advogado é tratado de forma similar e uniforme pela normativa supranacional e nacional dos vários Estados Membros.

Além da Diretiva da União Europeia 2014/104/UE que atribui aos Estados Membros o poder de adotar os instrumentos mais eficientes para garantir a confidencialidade no relacionamento cliente-advogado, existe também normativa uniforme e comum [que reforça os princípios e a normativa nacional] sintetizada pelo *Código Deontológico dos Advogados Europeus*[9], que foi adotado em 1988, e é texto vinculante para todos os advogados habilitados a exercer atividade advocatícia nas jurisdições dos Estados pertencentes ao CCBE[10], ou seja, praticamente da Europa inteira[11].

Sobre o sigilo profissional, o Código Deontológico dos Advogados Europeus, ao artigo 2.3.1, estabelece: “É da própria natureza da **função do advogado que ele seja depositário dos segredos** do seu cliente e destinatário das comunicações reservadas. Sem a garantia da confidencialidade, não pode haver confiança. O segredo profissional é, portanto, reconhecido como **Direito e Dever fundamental e primário do advogado**. A obrigação do advogado de respeitar o segredo profissional visa tutelar os interesses da administração da justiça e os do cliente. Por isso é tutelado por especial proteção da parte do Estado”. Ainda, o artigo 2.3.2 estabelece: “**O advogado deve manter segredo** sobre todas as informações que recebe no âmbito da sua atividade profissional”. E para completar, o art. 2.3.3 frisa que “**tal obrigação de confidencialidade não possui limites temporais**”.

Além do *Código Deontológico dos Advogados Europeus*, existe outro importante instrumento que estabelece os **princípios fundamentais** que devem estar presentes em cada regulamentação nacional: a *Carta dos Princípios Fundamentais do Advogado Europeu*. Esta Carta foi adotada unanimemente pela sessão plenária do Conselho das Ordens Forenses Europeus (CCBE)[12] em novembro de 2006. A Carta enuncia os 10 princípios fundamentais que incorporam normas e tradições da Advocacia em geral. Mesmo não tendo a mesma força vinculante do Código Deontológico, é destinada a ser aplicadas pelas várias Ordens dos Advogados da inteira Europa.

Em particular, um dos princípios essenciais da profissão do advogado é representado pelo *Princípio do respeito do segredo profissional e da confidencialidade das controvérsias, objeto do mandato* que protege as comunicações e as informações sensíveis entre cliente e advogado, para que o advogado possa tutelar, defender e promover os direitos dos próprios cliente. A Carta frisa a dupla

natureza de tal princípio, sendo que o princípio da confidencialidade (*i*) não é unicamente um **dever do advogado**, mas (*ii*) é também um **Direito Fundamental do cliente**, sendo que as normas em matéria de segredo profissional vetam a utilização das comunicações que intercorreram entre cliente e advogado contra o próprio cliente.

Os dois textos, evidentemente, representam a base deontológica forense que contribui para delimitar as regras destinadas aos Advogados e às Ordens dos Advogados na Europa. É importante lembrar que paralelamente às regulamentações do *Código Deontológico dos Advogados Europeus* e da *Carta dos Princípios Fundamentais do Advogado Europeu*, — como *supra* tratado — cada País da Europa, através das respectivas Ordens dos Advogados (*BARs*) nacionais, adota o seu próprio *Código Deontológico*, que além de regulamentar o acesso à atividade forense no território, remarca os princípios e as prerrogativas do advogado e os deveres de proteção das respectivas *Ordens* versus os próprios inscritos e os clientes.

Voltando ao sigilo profissional, seguem uns exemplos de como [esse princípio] é tratado pelas normativas nacionais[13]. Vejam-se exemplos:

Na Itália, o art. 13 do *codice deontologico* dispõe que “o advogado, em respeito ao cliente e à parte assistida, deve observar rigorosamente o segredo profissional e deve manter a máxima confidencialidade em relação a fatos e circunstâncias conhecidas durante a atividade de representação e assistência em juízo, assim como durante o desenvolvimento da atividade de consultoria legal e de assistência extrajudicial e, de qualquer forma, por razões profissionais”[14].

Na França, O art. 2.1 do *reglement interieur national de la profession d’avocat* da França estabelece que: “O advogado é o confidente necessário do cliente. O segredo profissional do advogado é de ordem pública. É geral, absoluto e ilimitado no tempo [...]”[15].

Na Alemanha, a obrigação referente ao sigilo profissional se aplica a todos os advogados inscritos na Ordem, de acordo com o estabelecido no art. 43 a do regulamento para o exercício da profissão, ou seja, pelo *Bundesrechtsanwaltsordnung* (BRAO)[16], que dispõe que o advogado (*Rechtsanwalt*) **tem o dever de respeitar o sigilo profissional**. Essa obrigação de confidencialidade se estende a todas as comunicações entre o cliente e o advogado durante a atividade profissional exercida.

Na Inglaterra e no país de Gales, o segredo das comunicações cliente-advogado é considerado um verdadeiro **Princípio Fundamental de Justiça**, já reconhecido pelo sistema de *Common Law* e pela própria Corte Europeia dos Direitos Humanos. Como acontece nos Estados Unidos, é considerado um **direito do cliente**, que pode ser revogado unicamente pelo próprio cliente. No emblemático caso que deu origem a um consolidado precedente, *Regina v Derby Magistrates Court*[17], a Corte frisou que “o cliente deve estar certo que o que falar para o seu advogado de forma confidencial nunca será revelado sem o seu consentimento”.

Enfim, a própria Corte Europeia dos Direitos Humanos mostra ser bastante sensível ao tema, tratando as comunicações entre cliente e advogado como **Direito Fundamental**. Em particular, entre as demais decisões, destaca-se o caso n. 70.288/13 onde se estabeleceu que as Autoridades Nacionais devem agir [no caso, tratava-se de investigações e sequestro de aparelhos eletrônicos, celular e computador] de acordo e com o art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos — que define o sigilo e a

prerrogativa de confidencialidade no relacionamento cliente-advogado, para garantir o pleno direito de defesa do cliente[18].

[1] <https://www.conjur.com.br/2019-mai-09/paulo-lobo-sigilo-profissional-nao-privilegio-advogado>

[2] Lei n. 8.906 de 04 de julho de 1994, art. 7º Inciso II.

[3] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, Atlas, 2011.

[4] Cf. *Black's Law Dictionary*, West Group, 2000, p. 974.

[5] Veja-se *People v. Flores* (1977) 71 Cal. App. 3d 559, 565.

[6] O privilégio do secreto cliente-advogado se diferencia do Dever de Confidencialidade (Duty of Confidentiality) – mesmo que as expressões são utilizadas similarmente.

[7] Estende o privilégio á fase anterior e potencial da relação cliente-advogado, v. *In re Auclair*, 961 F.2d 65 (1992).

[8] Vejam-se, entre os demais, os casos *United States v. White*, 970 F.2d 323 (1992); e *Swidler & Berlin v. United States*, 524 U.S. 399 (1998).

[9] Veja-se o preâmbulo do Código Deontológico Europeu que frisa: “*o respeito da função do advogado é condição essencial do Estado de Direito e de uma sociedade democrática*”, e também o art. 1.1 “*O Advogado deve garantir o respeito do Estado de Direito [...]*”.

[10] O art. 1.4 do Código prevê que, em aplicação da Diretiva n. 77/249/CEE e da Diretiva n. 98/5/CE, o mesmo se aplica aos advogados dos Estados membros associados e observadores do CCBE.

[11] Sinala-se no website da CCBE umas exceções.

[12] O Conselho das Ordens Forenses Europeus (CCBE) foi criado em 1960 com a finalidade de garantir a representação das Ordens dos Advogados pertencentes. O CCBE é o órgão representativo oficial das Ordens (*Council of BARS*) e das associações jurídicas (*Law Society*).

[13] Por motivo de espaço, foram citados só alguns.

[14] *Codice Deontologico*, Consiglio Nazionale Forense, art. 13 (Itália).

[15] *Réglement Intérieur National de la Profession d'Avocat*, art. 2.1 (França).

[16] *Bundesrechtsanwaltsordnung, BRAO*, § 43a.

[17] *Regina v Derby Magistrates Court Ex Parte B*: Hl 19 Oct 1995

[\[18\]](#) *Visy – Slovakia*, 70288/13 Judgment 16.10.2018 (Section III).

Date Created

24/05/2019