

# A inviolabilidade do advogado e as interceptações telefônicas

**Autore:**

**In:** Diritto civile e commerciale

## INTRODUÇÃO

As interceptações telefônicas vêm sendo causa de grandes discussões em nossa nação, principalmente nos últimos anos, sendo tema de extrema polêmica e dúvida por parte da sociedade civil e do meio jurídico. Trata-se de tema fascinante, com extensa literatura, que junta opiniões dissonantes de advogados garantistas a promotores ferrenhos no combate à criminalidade. Envolve o direito criminal e processual, além do direito constitucional, uma vez que a intimidade é valor constitucionalmente protegido.

Este trabalho visa analisar, de maneira não exauriente, a questão da inviolabilidade do advogado frente às interceptações telefônicas. Seria uma prerrogativa por demais benéfica aos defensores e que dificultaria sobremaneira o trabalho dos combatentes da criminalidade? Ou seria nada mais que uma garantia constitucional sendo protegida, tornando ainda mais hígido o processo penal pátrio?

Por fim, adentrando-se à problemática do estudo, será atacada a questão da legalidade de interceptações de comunicações telefônicas realizadas contra advogados.

## 1 A INVOLABILIDADE DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Neste título será analisado se no ordenamento jurídico brasileiro é possível se realizar a interceptação telefônica do advogado, e, sendo viável, em que circunstância dar-se-ia tal intervenção. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça já analisou questão semelhante. Tratava o caso de interceptação de emails do defensor do empresário e lobista Naji Nahas, Sergio Tostes. No caso, o remédio heróico foi usado em razão de suposto constrangimento ilegal da pessoa do advogado, uma vez que faltaria fundamentação para que este tivesse tido sua intimidade violada, pedindo este que fossem retirados dos autos as interceptações. O relator Ministro Arnaldo Esteves Lima fez por bem em deferir a ordem parcialmente, para que apenas o Juiz que havia ordenado a interceptação tivesse acesso às gravações<sup>2</sup>.

A procuradora da República Karen Louise Jeanette Kahn (2009) criticou severamente o posicionamento adotado pelo STJ:

Em preceito algum, a Lei 11.767/2008 ressalva os escritórios de advocacia (ou departamentos jurídicos de empresas) como redutos revestidos de inviolabilidade absoluta, justamente para se evitar a blindagem intencional, por parte de pessoas físicas ou jurídicas que possam deles se utilizar para encobrir o possível cometimento de crimes. Os diretores da Camargo Corrêa investigados têm a seu dispor escritório de advocacia instalado no mesmo prédio. [...] Portanto, não pareceu ao MPF como caracterizada, sob nenhum aspecto, muito menos técnico, a ocorrência de qualquer excesso ou mesmo ilegalidade na adoção de tal medida judicial.

Visto isto, passemos às considerações.

## **1.1 INTIMIDADE E INVIOABILIDADE DO ADVOGADO**

A intimidade e inviolabilidade do advogado é tema de suma importância, sabendo que o advogado é

função inerente à Justiça e que seu trabalho contribui para a construção de uma igualdade material.

A palavra inviolabilidade provém do latim *inviabilis*, que significa aquilo que não se quebra e entende-se pela prerrogativa ou privilégio outorgado a certas coisas ou pessoas, por não poderem ser atingidas ou violadas (SILVA, 2005). Também se pode traduzir por inacessível ou impraticável, aquilo que não pode ser feito. De derivação próxima tem-se a palavra *inviorum*, que qualifica os lugares inacessíveis, sem caminho, impraticáveis, que não se pode percorrer (SILVA, 2005, p. 775).

A Constituição Federal, demonstrando a extrema relevância da advocacia, considera o advogado inviolável<sup>3</sup>. Também o Estatuto da Advocacia dispõe que no exercício da profissão, o advogado é inviolável.

Não obstante, essa inviolabilidade não se constitui em privilégio da pessoa do advogado, e sim da classe, quando do exercício da profissão. A inviolabilidade deve ficar restrita aos atos no exercício da advocacia. Não é a pessoa física do advogado que a Constituição privilegia, mas antes é a advocacia que a mesma enaltece. Ou seja, não é mero privilégio, e sim prerrogativa profissional.

A Lei 11.767/2008, após polêmica discussão, na sociedade e no Congresso, aprovou mudanças ao Estatuto do Advogado (lei 8.906/94), versando sobre a inviolabilidade de seu local de trabalho e de sua correspondência (escrita, telefônica, telemática), sendo alvo de aplausos por parte da Ordem dos Advogados do Brasil e de inúmeras críticas de magistrados e membros do Ministério Público<sup>4</sup>.

Um exemplo das críticas seria o do cliente que pede a seu defensor que esconda a arma do crime dentro do escritório de advocacia. A Lei 11.767/2008 também estabelece que o advogado apenas poderia ter sua inviolabilidade violada se houvessem indícios de autoria e materialidade do crime. Há quem diga que houve blindagem dos advogados após a edição desta lei, havendo o risco de se facilitar a prática de delitos daquele criminoso que possui advogado constituído. Antigo entendimento do Supremo Tribunal Federal entendia que a inviolabilidade era relativa, se houvesse fundado risco de que o advogado estivesse a

encobrir infração penal<sup>5</sup>.

Conclui-se, portanto, que a proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não se consubstancia em direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente a fundada suspeita da prática de delitos.

## **1.2 CRÍTICAS À LEI 11.767/2008**

Como já exposto no item supra 3.2.3, esta lei dispôs sobre a inviolabilidade do advogado quando do exercício profissional. Quando de sua edição, choveram críticas por parte de Magistrados e membros do Ministério Público acerca de suposta blindagem dos advogados e da possibilidade destes tornarem-se verdadeiros arautos do crime, pela impossibilidade de investigação destes.

Tais críticas geraram reação imediata por parte dos advogados, principalmente por meio do órgão de classe, a OAB. Neste caso, não assiste razão a nenhum dos lados. Em verdade, a Lei 11.767/2008 não mudou em nada o estado das coisas. Veja-se o inciso derogado:

Art. 7º São direitos do advogado: [...]

II - ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão determinado por magistrado e acompanhada do representante da OAB.

Agora, com a referida alteração legal, o inciso II passou a ter a seguinte redação: “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”.

Pareceria que a legislação subsequente estabeleceu um patamar inédito de proteção aos advogados. Na realidade, a mudança foi cosmética, uma vez que o parágrafo 6<sup>º</sup> (acrescido ao art. 7<sup>º</sup> do Estatuto da Advocacia pela Lei 11.767/2008) dispõe que os advogados podem sim, ser interceptados, mediante autorização judicial, se presentes indícios de autoria e materialidade da prática de delito. O art. 2<sup>º</sup> da Lei de Interceptação Telefônica já dispunha que era indispensável que existissem indícios de autoria e materialidade para que se pudesse interceptar um particular.

Claro, a mudança mostra que a principiologia, no que concerne à interceptação telefônica de advogados, é extremamente garantista, sendo que tal ingerência mostra-se a exceção dentro da exceção. Serão pouquíssimos casos em que haveria tal intervenção estatal

### **1.3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

Em que pese o direito à privacidade ser um direito fundamental dentro da República Federativa do Brasil, em nosso ordenamento jurídico este direito não é, de forma alguma, absoluto. Em verdade, no trabalho estuda-se especificamente uma exceção constitucional, que é a das interceptações telefônicas em caso de indícios razoáveis de autoria e materialidade, com suspeitos de crimes apenados com reclusão.

Nota-se que o legislador constitucional originário colocou, em lados contrários, o direito do indivíduo à privacidade e o direito da sociedade de habitar num local justo, sadio e seguro.

Como sopesar qual direito deve ser protegido?

Canotilho (2000, p. 812), um dos maiores constitucionalistas de todos os tempos já dizia que “as regras do direito constitucional de conflitos devem-se construir com base na harmonização de direitos, e, no caso de isso ser necessário, na prevalência de um direito ou bem em relação ao outro.”

Salienta a pesquisadora e professora Suzana de Toledo Barros (2003) que esta valoração pode ser feita diretamente pelo Poder Legislativo.

Alexandre de Moraes (2002, p. 169-170), observa com propriedade que os direitos humanos fundamentais jamais podem ser utilizados como escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de plena consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.

Prossegue o autor asseverando que os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Magna Carta pátria, “portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas)”.

Neste norte, aduz também que os direitos fundamentais não devem ser utilizados como um escudo defensor daqueles que praticam atos ilícitos. Por óbvio que os direitos fundamentais, então, não podem ser ilimitados e que têm como fronteira os demais direitos previstos na Magna Carta. Sabendo disso, se e quando ocorrer um aparente conflito entre normas, o que se deve realizar é um exercício de harmonização, para se evitar um sacrifício total de uma em relação à outra (MORAES, 2002).

Ou seja, a regra constitucional é o respeito aos direitos fundamentais, sendo que, de maneira excepcional, pode-se violar tais garantias, exemplo da permissão constitucional que possibilitou a edição da Lei em

comento.

O princípio da proporcionalidade existe para ajudar a dirimir estes aparentes conflitos entre princípios. André Ramos Tavares (2008) ensina que a proporcionalidade deve ser aplicada em três vertentes: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Durante o exercício de seu supremo e absoluto poder, o Constituinte originário optou por, no caso do sigilo das comunicações telefônicas, que este princípio fosse relativo, desde que sua violação fosse ordenada por um juiz natural, em processo ou investigação criminal.

José Carlos Barbosa Moreira (apud CERVINI; GOMES, 1997, p. 10), emérito doutrinador fluminense já ensinava que o direito ao sigilo da comunicação telefônica:

é, como qualquer outro, limitado, e não pode se sobrepor de maneira absoluta a todos os interesses dignos de tutela jurídica, por mais relevantes que se mostrem. Aqui tem igualmente lugar a valoração comparativa dos interesses em conflito e a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste sentido (da proporcionalidade), há precedentes que consideraram lícita a gravação telefônica, com base no princípio da proporcionalidade, como é o caso do RHC/SP 7.216/STJ<sup>78</sup>.

#### **1.4 POSSIBILIDADE DE INTERCEPTAÇÃO DO ADVOGADO**

Por óbvio que em virtude dessa garantia agora positivada (Lei 11.767/2008), de sua inviolabilidade, alguns advogados corruptos poderiam utilizar-se disto para ou deixar impunes seus clientes, ou para eles mesmos tornarem-se autores de delitos. Exemplificando, um advogado que, solicitado (ou não) por seu cliente passa a ele o uso de sua linha telefônica para que este a utilize para prática ilícita estaria incurso na prática de fraude processual penal, disposta no art. 347 do Código Penal<sup>9</sup>, prática esta que culmina em pena de reclusão, sendo passível então o defensor de ser interceptado.

Seria verdadeira afronta à autonomia dos rúbulas se a dificuldade em se interceptar a comunicação telefônica de um advogado equivalesse à mesma dificuldade em se interceptar um suspeito qualquer. Os princípios constitucionais do devido processo legal e do contraditório<sup>10</sup> são os meios sem os quais voltaríamos a um sistema inquisitório, em detrimento do acusatório.

Parece que o mais interessante (em relação à inviolabilidade do advogado) é a adoção de prudência na questão, sob pena de realmente criar-se um escudo protetor da prática de delitos. Pertinente a posição adotada pelo membro da Magistratura Federal Baltazar Júnior (2007):

Parece-nos inconveniente a vedação absoluta da interceptação com o defensor [...] a qual deverá ser interpretada à luz dos precedentes acima coligidos, ou seja, no sentido de que mesmo o sigilo profissional do advogado não é absoluto, podendo ceder quando o defensor passa a agir como partícipe ou co-autor do criminoso.

Coaduna-se com a posição de Baltazar, já que em que pese o advogado ser um pilar indispensável à Justiça, há de se colocar freios contra sua inviolabilidade, sob risco de se criar uma classe blindada, que acabe por deixar de usar suas prerrogativas em favor de acusados e se usar as prerrogativas em favor de si próprios.

Sensato seria que fosse utilizada, pelos intérpretes do Direito, a proporcionalidade já abordada aqui.



Resta claro que existem casos e casos, advogados honestos, justos e incorruptíveis, entretanto também existem aqueles que buscam se utilizar das prerrogativas da profissão para retirar indevida vantagem. Nos casos onde a lei seja omissa, ou apesar de não haverem indícios razoáveis de autoria de delitos apenados com reclusão, existam indícios de que o defensor esteja agindo com excesso de poderes, contra a lei e buscando burlar a lei penal, deve o Magistrado, embasado no princípio da proporcionalidade, princípio este já consagrado na nossa cultura jurídica, ordenar a interceptação, sob pena de estar se pautando na frieza da lei, e esquecendo do mundo ao redor.

## **CONCLUSÃO**

Diante da abordagem realizada, viu-se que o direito à intimidade do advogado é sobremaneira protegido hodiernamente pelo ordenamento jurídico pátrio. Fresco que está o nosso país de um regime de exceção, e sabendo da importância dos advogados para que o processo penal chegue à verdade real e a justiça seja realizada, está garantida, de forma expressa na legislação constitucional e na complementar, que o advogado é inviolável no exercício da profissão.

Nota-se que apesar de protegido constitucionalmente, o direito à intimidade não é inviolável. Outrossim, mesmo o advogado, com prerrogativas maiores que as do cidadão comum, pode ter sua inviolabilidade levantada, se houver indícios razoáveis de autoria e materialidade.

Visto isso, sopesou-se que, apesar da vedação à violação da inviolabilidade daqueles que exercem a advocacia, é necessário que existam instrumentos para a consecução do fim que é o de uma sociedade justa e livre da criminalidade. Parece ser indispensável ao intérprete do Direito a utilização do princípio da proporcionalidade, a se evitar casos em que a legislação fria não venha a trazer justiça ao caso concreto, situação esta que é a presente na problemática da interceptação ou não do advogado.

## REFERÊNCIAS

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Dez anos da lei da interceptação telefônica, lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996: Interpretação jurisprudencial e anteprojeto de mudança. Revista AJUFERGS, Porto Alegre, n. 3, p. 119-156, 2007. Disponível em: <[http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/05\\_jose\\_paulo\\_baltazar\\_jr.pdf](http://www.ajufergs.org.br/revistas/rev03/05_jose_paulo_baltazar_jr.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina. 2000

GRECO FILHO, Vicente . Interceptações telefônicas: considerações sobre a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 1996.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KAHN, Karen Louise Jeanette. Procuradora lamenta liberação de investigados. Terra magazine, Porto Alegre, 31 mar. 2009. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI3672553-EI6578,00-Procuradora+lamenta+liberacao+de+investigados.html>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil Interpretada. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, de Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

2 HC 114.458-SP-STJ.

3 Artigo 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

4 Reportagens do Conjur. Disponíveis em:  
<<http://www.conjur.com.br/2009-abr-28/juizes-federais-criticam-inviolabilidade-escritorios-advocacia>> e  
<<http://www.conjur.com.br/2009-abr-29/advogados-repudiam-critica-juizes-inviolabilidade-escritorios>>.  
Acesso em: 25 maio 2009.

5 Neste sentido, conferir RMS 10.857/SP – STJ.

6 Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado, a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra da inviolabilidade de que trata o inciso II do caput deste artigo, em decisão motivada, expedindo mandado de busca e apreensão, específico e pormenorizado, a ser 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.

7 Penal. Processual. Gravação de conversa telefônica por um dos interlocutores. Prova lícita. Princípio da proporcionalidade. “Habeas Corpus”. Recurso. A gravação de conversa por um dos interlocutores não é interceptação telefônica, sendo lícita como prova no processo penal. Pelo Princípio da Proporcionalidade, as normas constitucionais se articulam num sistema, cuja harmonia impõe que, em certa medida, tolere-se o detrimento a alguns direitos por ela conferidos, no caso, o direito à intimidade. Precedentes do STF. Recurso conhecido mas não provido. STJ. Recurso em Hábeas Corpus, DJ de 25.05.1998. Rel. Edson Vidigal.

8 Também neste sentido o HC/RJ 75.338 STF

9 Art. 347 - Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa.

Parágrafo único - Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

10 Dispõe o artigo 5º que “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: [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...].”

<https://www.diritto.it/a-inviolabilidade-do-advogado-e-as-interceptacoes-telefonicas/>