

## A INVIOABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS NO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA

Cássio Medeiros de Freitas (UEMS)<sup>1</sup>

Lisandra Moreira Martins (UEMS)<sup>2</sup>

### Resumo

Neste enredo, far-se-á uma breve explanação acerca da inviolabilidade das comunicações telefônicas no exercício da advocacia, mediante análise constitucional e da Lei 8.906/94, qual seja o Estatuto da Advocacia; estabelecendo, assim uma contraposição com a interceptação telefônica, regulamentada pela Lei 9.296/96. Em suma, deve-se verificar que a quebra de sigilo das comunicações telefônicas dar-se-á mediante ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88), desde que em fiel observância ao que dispõe o artigo 133, *caput*, da Constituição Federal vigente: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.” Entrementes, restará demonstrada a relativização desta prerrogativa do advogado e garantia do cidadão por parte dos acórdãos dos tribunais pátrios.

**Palavras-chave:** Interceptação telefônica. Advocacia. Inviolabilidade. Sigilo profissional.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo acadêmico tem por objetivo fazer uma sucinta análise acerca de atual e bastante pertinente tema na contemporânea conjuntura jurídico-política brasileira, onde exsurge a ideia de obtenção de provas a todo custo, em contraste com os ditames constitucionais e do ordenamento jurídico como um todo. Neste cerne, propõe-se a estudar o limite tênue entre a importância deste notável meio de obtenção de prova, qual seja a interceptação telefônica, em contraposição ao exercício da advocacia.

Há alguns anos, a sociedade passa por períodos nos quais tem ocorrido um grandioso avanço tecnológico, resultado inevitável ante a acelerada Globalização mundial e o ritmo do Capitalismo e, como é sabido, o direito deve acompanhar tais evoluções.

Logo, houve autorização constitucional para que fossem realizadas, ainda que excepcionalmente, a quebra de sigilo das comunicações telefônicas, mediante ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88).

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da UEMS de Paranaíba/MS, Brasil. Email: cassiouro@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora pela PUC/SP. Professora de Graduação em Direito pela UEMS de Paranaíba/MS, Brasil. Email: lisandra-adv@live.com. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “O Processo Penal Constitucional: do Direito Penal Máximo à Política Criminal Minimalista”.

Posteriormente, ocorreu a regulamentação da Lei 9.296/96, a qual dispõe sobre a interceptação de comunicação telefônica, nos meios de informática ou telemática, dada a relevância do tema àquela época, nos tempos atuais, não há que se negar a importância deste meio de obtenção de provas, conforme será esposado doravante, haja vista a utilização constante pela polícia judiciária e Ministério Público em apuração de crimes que permitem a sua execução.

No entanto, apesar da notabilidade do referido meio de obtenção de provas, dada a sua robustez e a busca pela verdade real, entra-se em contraposição às garantias constitucionais relacionadas aos direitos fundamentais basilares e norteadores de um Estado Democrático de Direito.

Entretanto, o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (art. 133, *caput*, Constituição Federal)

Ademais, a Lei 8.906/94, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, estabelecendo uma série de direitos e obrigações aos advogados, a fim de que melhor possam exercer a sua profissão, nos limites da lei e, o art. 7º, inciso II, da referida lei, estabelece que é direito do advogado ter respeitada 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, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, salvo em caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

Verifica-se, portanto, que em relação aos advogados, enquanto no exercício da profissão, a autorização judicial para a interceptação telefônica deve ser ainda mais rígida, conforme será esposado a seguir.

## **2. PROVAS**

### **2.1. Disposições gerais**

Conforme Guilherme de Souza Nucci (2017) o termo “prova” advém do latim *probatio* (ensaiar, verificar, inspecionar, argumentar, razão, aprovar, confirmar), do qual deriva o verbo provar ou *probare* (verificar, examinar, realizar experiências).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2017) estabelece três sentidos para o termo “prova”, quais sejam: ato de provar (ex.: fase probatória); meio (ex.: prova testemunhal) e; resultado da ação de provar: produto extraído da análise do que fora oferecido.

Tecidas essas premissas, vale dar ênfase às chamadas provas ilegais (ilícitas e ilegítimas), ao passo que a prova ilegal, sendo aquela obtida através de violação de normas ou de princípios gerais do direito, seja de natureza material ou processual, é gênero do qual as provas ilegítimas e as ilícitas são espécies. (TÁVORA, 2016)

A prova ilícita é aquela obtida com violação de direito material, constitucional ou penal, assim, as conseguidas infringindo direitos reconhecidos aos indivíduos pelo ordenamento. Em contrapartida, a prova ilegítima é angariada com descumprimento do direito processual, isto é, durante sua colheita na fase processual. (BRASILEIRO, 2017, p. 621)

Importa estabelecer a distinção entre elementos de informação e provas, haja vista que o art. 155 do Código de Processo Penal faz menção distinta a essas terminologias, para Brasileiro (2016) enquanto a prova se dá, em regra, no curso do processo judicial, com a participação dialética das partes, os elementos de informação são aqueles colhidos na fase investigatória, sem que haja participação dialética das partes.

Outrossim, verifica-se da simples leitura do *caput* do art. 155 do Código de Processo Penal que o juiz possui liberdade para formar a sua convicção com as provas produzidas em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvada as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

As provas cautelares são aquelas com risco de desaparecimento, com contraditório diferido, pois a parte contrária só poderá manifestar-se depois de seu término; as provas não repetíveis são aquelas que uma vez produzidas, não há como ser novamente produzida e; as provas antecipadas são produzidas em observância do contraditório real, perante autoridade judicial, em momento processual distinto do normal ou antes mesmo do início da ação penal, tendo em vista a situação de urgência e relevância (BRASILEIRO, 2016, p. 575 e 576).

Cabe diferenciar, para melhor compreensão da temática, as fontes de prova (pessoas ou coisas das quais se consegue a prova), os meios de prova (instrumentos por meio dos quais as provas são introduzidas no processo) e os meios de obtenção de prova (procedimento regulado por lei, com o fim de produzir provas) (BRASILEIRO, 2016, p. 589).

Impera ressaltar que a interceptação telefônica trata-se de uma prova cautelar e de um meio de obtenção de prova, tendo em vista as definições já mencionadas.

Além disso, Nestor Távora (2016) assevera que no processo penal pátrio a liberdade probatória é a regra e as limitações estabelecidas são exceções (ex. prova ilícita).

Insta salientar que o ônus da prova é de quem alegar (art. 156, 1ª parte, CPP), cabendo à acusação demonstrar a autoria, materialidade, dolo ou culpa e eventuais circunstâncias que influenciem na exasperação da pena; incumbindo à defesa o ônus probatório de eventuais excludentes de ilicitude, culpabilidade, punibilidade e outras circunstâncias que mitiguem a pena. (CAPEZ, 2005)

Por fim, é importante salientar que a palavra “indício” é mencionada no Código de Processo Penal com dois sentidos diversos, sendo como prova indireta, nos termos do art. 239, em que e o fato provado que permite, mediante inferência, concluir pela ocorrência de outro fato e, é usada com o significado de prova semiplena, bastando uma cognição sumária, mais tênue, de valor menos persuasivo (arts. 126, 312 e 413), sendo este o sentido de indícios a ser utilizado no presente trabalho, haja vista que basta uma cognição não exauriente para que seja autorizada a interceptação telefônica, ver-se-á doravante.

## **2.2. Prova ilícita, nulidades, desentranhamento. Há ruptura à imparcialidade do juiz?**

Neste tópico, utilizar-se-á dos ensinamentos de Michelle Aguiar (2017), a qual aduz que têm-se, de maneira pacífica na jurisprudência e doutrina, a inadmissibilidade de toda e qualquer prova ilícita, sendo essa nula e, devendo haver o posterior desentranhamento. (art. 157, §1º, CPP c/c art. 5º, LVI, CF/88).

Para o doutrinador Paulo Rangel (2003, p. 414), não há espaço para provas ilícitas no ordenamento pátrio, veja-se: “(...) a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar.”

Antônio Magalhães Gomes Filho (1999, p. 249) enfatiza que a esfera criminal, por seus objetivos intrínsecos, não pode anuir com a legitimação das provas ilícitas como um todo, cite-se:

Especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo direito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em conseqüência, a legitimação de todo o sistema punitivo.

O doutrinador Antônio Magalhães Gomes Filho (1999) deixa claro que deve-se atentar ao princípio da proporcionalidade, pois tal princípio seria supedâneo à prevalência do interesse na obtenção da prova sobre essas vedações probatórias, algo que se justifica com a

incessante repressão ao crime organizado, tráfico ilícito de entorpecentes e outros crimes de maior clamor social.

É possível, também, que se use a prova ilícita quando para provar a inocência do réu, consoante traz D'URSO (apud GOMES FILHO, 2007, p. 124):

Não deixa de ser, em última análise, manifestação da proporcionalidade à posição praticamente unânime que reconhece a possibilidade de utilização, no processo penal, da prova favorável ao acusado, ainda que colhida com infringência a direitos fundamentais seus ou de terceiros.

Sabe-se, também, que as provas produzidas posteriormente às ilícitas também são ilícitas, por derivação, neste sentido, Aury Lopes Jr (2017) cita o exemplo da apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros, etc) ou que constituam o corpo de delito, mas que tenham sido obtidos a partir de escuta telefônica ilegal. Ou seja, mesmo que a busca e apreensão seja legal, se deu por um ato derivado do anterior, razão pela qual está contaminada.

Assim no entendimento de Michelle Aguiar (2017), por mais que as provas ilícitas sejam desentranhadas do processo, o magistrado que tiver contato com a prova ilícita compromete a sua imparcialidade. O doutrinador Aury Lopes Jr (2017, p. 605/607) defende que o juiz que conheceu a prova não pode julgar, vale citar: “Não basta desentranhar a prova; deve-se “desentranhar” o juiz! (...) na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos “pré-juízos” (sequer é prejulgamento, mas julgamento completo!)”.

Por fim, calha mencionar que o posicionamento encabeçado por Aury Lopes Jr encontrava respaldo no projeto de reforma do Código de Processo Penal, que previa no seu artigo 157, §4, que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão”. Contudo, essa proposta foi vetada, razão pela qual a discussão da temática é deveras pertinente.

### **3. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (Lei 9.296/96)**

Para Luiz Flávio Gomes (2013), as comunicações telefônicas são de qualquer natureza, podendo se dar por meio de fio, radioeletricidade (ex. telefone celular), meios eletromagnéticos, ópticos, fazendo uso da informática ou não, ou seja, bastando o uso do sistema de telefonia em sentido amplo (fixa ou móvel).

Consoante já mencionado anteriormente neste enredo, a interceptação telefônica tem

sido um importante meio de obtenção de provas no Brasil. Entretanto, muitas vezes este procedimento encontra-se em dicotomia com alguns direitos e garantias fundamentais que norteiam um Estado Democrático de Direito.

Nesta senda, deve-se ter em mente que se a finalidade do processo não é a de aplicação da pena a qualquer custo ao réu, a obtenção da verdade deve se dar nos ditames de uma moral inatacável, de tal forma que o método pelo qual se indaga deva constituir um valor, ficando limitado o campo de operatividade do juiz (GRINOVER, 1976, p. 74).

Diante de toda essa problemática, insurge o chamado "Direito Penal do inimigo" e, segundo Crespo (in apud BRETAS, 2010) entre outras coisas, o direito penal do inimigo se caracteriza, por um vasto adiantamento da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um incremento notável das penas e por um relaxamento ou supressão de determinadas garantias processuais individuais.

Com isso em mente, percebe-se, portanto, que a interceptação telefônica pode se transmutar em uma ferramenta ardil ao incremento do Direito Penal do Inimigo, haja vista o quão invasivo ao Direito à intimidade é esse procedimento e, se utilizado com intenções punitivistas e em inobservâncias com os ditames constitucionais, pode suceder em fatídicas consequências, principalmente em se tratando da quebra do sigilo no exercício da advocacia. (LOPES JÚNIOR, 2017)

Ademais, o criminólogo Bretas (2010, p. 307), tomando como embasamento o pensador Jakobs, acredita que o direito penal do inimigo possua três características: I) atua numa prospecção antecipada de um ato futuro e não como o direito penal convencional, no resgate de um fato passado; II) prevê sanções desproporcionalmente altas para os fatos criminalizados; III) relativiza as garantias processuais.

O Direito Penal do Inimigo está presente na atualidade brasileira, haja a transgressão de diversos direitos fundamentais e o estigma social referente aos delinquentes, sendo vistos como inimigos.

Sendo importante vislumbrar que o Direito Penal do Inimigo é caótico e uma das suas nuances pode ser estabelecida, conforme Bretas (2010) a partir do momento em que há confusão entre cidadão e inimigo, sendo importante diferenciar aqueles que cometem delitos daqueles que realmente são inimigos e quando há essa confusão, significa que está promovido o caos.

Consoante os ditames constitucionais vigentes, sabe-se que 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. (art. 5º, inciso XII, da CF/88)

Nestor Távora (2016) estabelece que a interceptação telefônica pode ser lícita, quando autorizada judicialmente e nos ditames da constituição e da legislação infraconstitucional e ilícita, quando não autorizada por ordem judicial ou em desacordo com a legislação vigente.

Não se deve confundir, no entanto, interceptação com escuta telefônica, ou gravação telefônica, já que, para Renato Brasileiro de Lima (2016), a interceptação se dá sem o conhecimento da comunicação que está sendo captada por um terceiro; ao passo que a escuta telefônica ocorre quando um dos interlocutores tem conhecimento da ação de um terceiro na comunicação e; por fim, a gravação telefônica nada mais é do que a captação feita diretamente por um dos comunicadores, sem que haja ação de terceiro.

Faz-se necessário que se compreenda que a interceptação das comunicações telefônicas também não se confundem com a quebra de sigilo de dados telefônicos, nos dizeres do Professor Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 733): “Enquanto a interceptação de uma comunicação telefônica diz respeito a algo que está acontecendo, a quebra do sigilo de dados telefônicos guarda relação com chamadas pretéritas, já realizadas.”

Logo, vale mencionar, para fins de informação à importância da temática, um dado divulgado pela Câmara dos Deputados, onde se apurou que, apenas no ano de 2007, foram autorizadas pela Justiça cerca de 375 mil interceptações telefônicas.<sup>3</sup>

A presente lei, em razão da interceptação telefônica se tratar de um meio extremamente invasivo ao Direito de Intimidade, trouxe diversas peculiaridades que não devem ser deixadas de lado no estudo pertinente à temática, dada a sua relevância.

Inicialmente, pode-se perceber da leitura do texto constitucional que a interceptação telefônica somente será determinada mediante ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CF/88 c/c art. 1º, caput, da Lei 9.296/96).

Para Renato Brasileiro de Lima (2016), haverá possibilidade de interceptação telefônica ainda que não haja inquérito policial instaurado, desde que haja outra forma de investigação criminal em curso com indícios de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão.

---

<sup>3</sup>Rf. Comissão Parlamentar de Inquérito das Escutas telefônicas clandestinas constituídas pela Câmara dos Deputados, sob a presidência do Deputado Marcelo Itagiba.

Insta ressaltar a importância crucial dessa informação expressa na Constituição e na referida lei, pois caso contrário, deverá haver a nulidade das provas obtidas e das derivadas destas, com posterior desentranhamento e destruição das provas consideradas ilícitas (art. 157 c/c art. 158, ambos do Código de Processo Penal).

De posse deste informe, vale dizer que inexistente a possibilidade de interceptação telefônica prospectiva, para investigação de crime que ainda não ocorreu, devendo haver, no mínimo, investigação criminal em curso, sendo defesa a utilização deste meio de obtenção de prova para dar início a uma investigação (BRASILEIRO, 2016). Neste sentido, a interceptação destina-se a provar delito que já está sendo investigado, não a comprovar se o agente está ou não delinquindo (GOMES, 2013).

Outrossim, foi essa a razão que desmantelou a Operação Castelo de Areia, tendo em vista as provas obtidas terem se derivado de quebra de sigilo telefônico baseado exclusivamente em denúncia anônima.<sup>4</sup>

Nos dizeres de Renato Brasileiro de Lima (2016), neste procedimento o contraditório será diferido, em razão da possibilidade de se frustrar qualquer tentativa de colheita de elementos probatórios, devendo a defesa ter amplo acesso aos autos obtidos em decorrência de interceptação telefônica, em consonância com a Súmula Vinculante 14 do STF.<sup>5</sup> Trata-se de medida que tramita sob sigilo de justiça, constituindo crime a infração desta (art. 10 da Lei 9.296/96).

Assim, Renato Brasileiro de Lima (2016) assegura, com supedâneo aos ensinamentos de Grinover, que não há que se falar em violação ao princípio do *nemotenetur se detegere* (proibição da autoincriminação), pois o sujeito não é colocado junto a autoridade, pois o direito ao silêncio do réu ou indiciado tem como finalidade preservar sua liberdade frente à autoridade.

### 3.1 Breve análise dos pressupostos da interceptação telefônica

Cumprido aduzir que são pressupostos da interceptação telefônica: ordem judicial devidamente fundamentada; nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer; para fins de

---

<sup>4</sup> 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça relatoria da Ministra Maria Theresa de Assis Moura HC 137349/SP; Supremo Tribunal Federal, relator Ministro Roberto Barroso (ARE 654335)

<sup>5</sup> “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência da polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

investigação criminal ou instrução processual penal, desde que presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum in mora*, quais sejam elementos seguros da existência de um crime, que justifiquem a invasão à intimidade (BRASILEIRO, 2016, p. 739).

Não há dúvidas que a interceptação está condicionada à prévia autorização do juiz competente da ação principal, mediante decisão devidamente fundamentada, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF/88) e, caso um fato superveniente altere a determinação do órgão jurisdicional competente da ação principal, isso não significa dizer que a ordem judicial anterior seja inválida (teria do juízo aparente).<sup>6</sup> Devendo indicar, inclusive, a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados. (art. 4º da Lei 9.296/96).

Conforme mencionado anteriormente, deve haver a presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum in mora*, de mera cognição sumária, sem necessidade que o juiz adentre no mérito, ou seja, a plausibilidade do direito de punir (indícios de autoria ou participação), aliado ao risco de se perder a prova (TÁVORA, 2016).

Essa medida, dado o seu caráter invasivo ao Direito à intimidade, deve ser tida como *ultimaratio*, não podendo ser admitida quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis (art. 2º, inciso II, da Lei 9.296/96). Ao passo que tal medida é restrita apenas às infrações penais punidas com pena de reclusão (art. 2º, inciso III, da Lei 9.296/96), o que não impede sua utilização como *notitia criminis* em outras infrações (BRASILEIRO, 2016, p. 749). E será sempre obrigatória a descrição com clareza da situação do objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Entretanto, desde que haja conexão entre as infrações penais, o entendimento jurisprudencial é de que o encontro fortuito de prova em relação a outros delitos, ainda que com pena de detenção, são meios probatórios legítimos.<sup>7</sup>

O art. 3º desta lei preceitua que a interceptação telefônica poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I- da autoridade policial, na investigação criminal; II- do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

No tocante à duração da interceptação, insta mencionar que não poderá exceder o prazo de 15 (quinze) dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a

<sup>6</sup> STF, 2ª Turma, HC 110.496/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes; STJ, 5ª Turma, REsp 1.355.432/SP, Rel. Min. Jorge Mussi.

<sup>7</sup> STJ, 5ª T., RHC 13.274/RS, Rel. Min. Gilson Dipp.

indispensabilidade do meio de prova (art. 5º da Lei 9.296/96), sendo a posição majoritária no sentido de que o prazo pode ser renovado indefinidamente, desde que comprovada a indispensabilidade do meio de prova. (LOPES JÚNIOR, 2017)

Assim, foram aduzidos neste enredo as peculiaridades mais relevantes da lei em comento, para que possa se adentrar na discussão pertinente ao tema central deste artigo.

#### **4. SIGILO PROFISSIONAL DO ADVOGADO**

##### **4.1 As prerrogativas do advogado**

De maneira inicial, vale fazer uma análise perfunctória a respeito do advogado na história, já que segundo o notável jurista Ruy Barbosa *in apud* Ruy Azevedo Sodré (2005), o advogado possui tamanha importância quanto aos anseios sociais porque fora o primeiro homem que, com a influência da razão e da palavra, defendeu os seus semelhantes contra a injustiça, a violência e a fraude.

Pois bem, adentrando na temática central deste enredo, calha mensurar, inicialmente, o que dispõe o artigo 133 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

É dizer que a regra de sigilo das comunicações advém de garantia constitucional do art. 5º, XIV: “é assegurado a todos o acesso à informação e resguarda de sigilo da fonte quanto necessário ao exercício profissional.”

Sabe-se, também, não haver hierarquia, nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíproco, devendo ser dispensado, ao advogado, no exercício da profissão, tratamento compatível com a dignidade da advocacia e condições adequadas a seu desempenho (art. 6º, caput e parágrafo único, da Lei 8.906/94).

Vale citar o §3º do art. 2º da Lei 8.906/94, o qual esclarece que o advogado, no exercício da profissão, é inviolável por seus atos e manifestações. Destarte, tamanha é a importância deste dispositivo legal que garantia semelhante é oferecida pela Constituição aos membros do Poder Legislativo, tornando-os invioláveis por opiniões, palavras ou votos no exercício do mandato legislativo.

Ademais, insta salientar que é direito do advogado: “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.” (art. 7º, inciso II, da Lei 8.906/94)

Nesta celeuma, é pertinente citar, novamente, o art. 7º, §6º e §7º da Lei 8.906/94, veja-se:

§ 6º. 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.  
 § 7º. A ressalva constante do § 6º deste artigo não se estende a clientes do advogado averiguado que estejam sendo formalmente investigados como seus partícipes ou co-autores pela prática do mesmo crime que deu causa à quebra da inviolabilidade.

É certo que não se trata de imunidade absoluta, mas sim de legítima prerrogativa, a ser preservada quando relacionada ao exercício da função, pois havendo possível participação do advogado em ilícitos criminais, não há violação da liberdade de exercício profissional, pois essas prerrogativas conferidas aos causídicos não podem servir de salvaguarda de práticas ilícitas. (BRASILEIRO, 2017, p. 748)

Entretanto, em divergência com os dispositivos acima expostos, tem ocorrido diversas agressões a essa prerrogativa inerente ao exercício pleno da advocacia, de tal forma, conforme pretende-se demonstrar, havendo anuência para tais condutas, estar-se-á concordando à ruptura não de um direito do advogado, mas de um direito do cidadão.

#### **4.2 Análise jurisprudencial**

Além de todo o exposto até aqui, a preocupação em relação ao conteúdo dessas comunicações já mencionadas deriva dos contatos entre advogado e cliente, sob pena de nítida violação à ampla defesa e o devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da CRFB).

Outrossim, consoante já mencionado, a Lei de interceptação telefônica exige ordem judicial fundamentada, considerando tal medida excepcional, devido o alto teor de invasão ao Direito fundamental à intimidade e, como já fora ressaltado, é direito do advogado ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a violação das comunicações na relação advogado/cliente (art. 7º, inciso II, Lei 8.906/94).

Excepcionalmente, quando o advogado é o próprio autor ou coautor dos crimes apurados, admite-se a relativização deste direito fundamental, sob a luz do princípio da proporcionalidade, a fim de evitar que tal direito torne-se absoluto.

Neste sentido, manifestou-se a Ministra Ellen Gracie, relatora no julgamento do HC

96.909/MT, em 17 de novembro de 2009, que nada obsta a interceptação de ligações entre advogados e clientes se os delitos imputados foram cometidos justamente no exercício da advocacia, não havendo afronta ao sigilo profissional.<sup>8</sup>

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal mantém o mesmo entendimento, conforme se pode observar no julgamento do Habeas Corpus 106.225, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, em 07 de fevereiro de 2012, em que ficou nítido que “(...) a garantia do sigilo não confere imunidade para a prática de crimes no exercício profissional.”<sup>9</sup>

Não obstante, a Justiça Federal do Paraná, mais especificamente a 13ª Vara Criminal de Curitiba, da qual Sérgio Fernando Moro é o juiz federal titular, fez uso desse mesmo entendimento para admitir a interceptação dos telefones celulares de pessoas relacionadas ao ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, havendo a interceptação telefônica de um escritório de advocacia, pois segundo o magistrado “(...) há indícios do envolvimento direto do advogado na aquisição do sítio em Atibaia/SP, que é alvo de investigações, com aparente utilização de pessoas interpostas (...) se o próprio advogado se envolve em práticas ilícitas, o que é objeto da investigação, não há imunidade à investigação ou à interceptação”.<sup>10</sup>

Acerca do assunto, não há como deixar de mencionar a gravação feita pelo programa “Fantástico” da conversa de Suzane Von Richtofen com seu advogado, oportunidade na qual o Superior Tribunal de Justiça considerou que a gravação clandestina era ilícita, pois considerou-se que a conversa em questão era reservada, relativa ao exercício da advocacia, embora a acusada tenha concordado em conceder a referida entrevista.<sup>11</sup>

Desta forma, após breve análise jurisprudencial, poder-se-á verificar que há uma clara brecha nos acórdãos dos tribunais pátrios a fim de relativizar a prerrogativa de sigilo profissional do advogado, o que possibilita uma reinterpretação dessa importante garantia do cidadão.

### **4.3 Teoria do encontro fortuito de provas (serendipidade)**

Sob a égide dos ensinamentos do professor Aury Lopes Jr. (2017, p. 384-385), vale mencionar que o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o princípio da serendipidade, a fim

<sup>8</sup> STF, HC. 96.909/MT. Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>9</sup> STF, 1ª Turma, HC 106.225/SP, Rel. Min. Luiz Fux, vale citar: “A comunicação entre o paciente e o advogado, alcançada pela escuta telefônica devidamente autorizada e motivada pela autoridade judicial competente, não implica nulidade da colheita da prova indiciária de outros crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório, haja vista a garantia do sigilo não conferir imunidade para a prática de crimes no exercício profissional.”

<sup>10</sup> Decisão: <https://s.conjur.com.br/dll/evento-decisao.pdf>.

<sup>11</sup> STJ, 6ª Turma, HC 59.967/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

de acolher as provas acidentais, mesmo que não haja conexão entre os crimes: “A palavra *serendipidade* vem da lenda oriental sobre os três príncipes de *Serendip*, que eram viajantes e, ao longo do caminho, fizeram descobertas sem ligação com o objetivo original.”

Para o professor Renato Brasileiro de Lima (2016), a teoria do encontro fortuito de provas ou casual de provas se dá nos casos em que, no cumprimento de uma diligência concernente a um delito, a autoridade policial encontra provas de outra infração de maneira casual.

Neste vértice, pode ser que a investigação não se dirija ao próprio advogado, mas que tenha ocorrido de maneira incidental, ou seja, os suspeitos por estarem com as suas linhas monitoradas, acabaram tendo as suas conversas com advogado divulgadas.

Nesse caso, mesmo que tal ocasião se dê de forma casual, fortuita, sua utilização em eventual processo criminal será inadmissível, eis que protegidos pelo sigilo profissional do advogado, por exemplo: apreensão dos documentos pertinentes a cliente do advogado. (BRASILEIRO, 2016, p. 624)

No entanto, há decisões diversas nos tribunais superiores do país, a citar: a quinta turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que não há qualquer violação, devido à captação incidental: “(...) não é porque o advogado defendia os investigados que sua comunicação com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores.”<sup>12</sup>

De maneira análoga, o Supremo Tribunal Federal já admitiu a interceptação da conversa de paciente e advogado do corréu, no sentido de que cabe ao juiz destinatário da prova a análise a cerca da conveniência da sua manutenção nos autos.<sup>13</sup>

Para o professor Aury Lopes Jr. (2017, p. 388), deve-se ponderar o seguinte: “(...) se usarmos a prova obtida com desvio casual, ainda que a título de “conhecimento fortuito”, estaremos utilizando uma prova ilícita derivada. Isso gera um paradoxo insuperável.”

Sem sombra de dúvidas, as autoridades envolvidas em uma investigação delitiva não podem se imiscuir das provas obtidas casualmente em delito outro, sob pena de prevaricação. Entretanto, em se tratando de interceptação telefônica no exercício da advocacia, vislumbra-se uma série de direitos e garantias fundamentais em jogo, razão pela qual os tribunais pátrios deveriam agir com maior rigor quanto à utilização deste princípio por ora discutido.

<sup>12</sup> STJ, HC 59.967. Rel. Min. Nilson Naves. Publicado no DJE 25/09/06.

<sup>13</sup> STF, HC 91.867/PA. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Publicado no DJE 20/09/2012.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, restou devidamente demonstrada a real importância da interceptação telefônica no cenário atual do direito brasileiro, haja vista a facilidade que tal dispositivo traz em se encontrar a autoria delitiva, prática muito válida principalmente para desestruturar organizações criminosas, que, muitas vezes, são muito bem estruturadas, razão pela qual as críticas construtivas tecidas na academia devem ser utilizadas como ponto de convergência com os juristas pátrios.

Conforme esposado neste íterim, a inviolabilidade das comunicações telefônicas no exercício da advocacia não é tão somente uma prerrogativa dos advogados, como também uma garantia do cidadão à ampla defesa, em especial à defesa técnica e ao contraditório, fato este que denota maior importância ao texto constitucional preconizado pelo artigo 133, *caput*.

Entretanto, o que se vê atualmente é uma clara brecha dos acórdãos pátrios, a fim de condenar os cidadãos a qualquer custo, reinterpretando as normas e relativizando direitos e garantias fundamentais, em um notável ativismo judicial exacerbado.

## REFERÊNCIAS

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Fundamentos da Criminologia Crítica**. Curitiba: Juruá, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

D'URSO, Flavia. **Princípio constitucional da proporcionalidade no processo penal**. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Sílvio. **Interceptação telefônica: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996**. São Paulo: RT, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal- as interceptações telefônicas**. São Paulo: Saraiva, 1973.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Os 10 anos da constituição federal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires; MADURO, Flávio Mirza. **Interceptação telefônica: os 20 anos da lei nº. 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2017.

SODRÉ, Ruy Azevedo, apud Rui Barbosa. **A Ética Profissional e o Estatuto dos Advogados**. São Paulo: LTr.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.