

---

## **O DIREITO AO SIGILO DA COMUNICAÇÃO ENTRE ADVOGADOS E CLIENTES: A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS E DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

---

*RIGHT TO CONFIDENTIAL COMMUNICATION BETWEEN  
LAWYERS AND CLIENTS: THE VIEW OF THE BRAZILIAN  
COURTS AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Sálvio Medeiros Costa Filho  
Procurador Federal*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O direito à inviolabilidade da comunicação entre cliente e advogado no ordenamento jurídico brasileiro; 1.1 Advogado e sigilo profissional; 1.2 Direito ao sigilo das comunicações telefônicas; 1.3 A interceptação das comunicações telefônicas; 2 O tratamento do tema no âmbito dos Tribunais Superiores brasileiros; 2.1 A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça; 2.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 3 O tratamento do tema no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos; 3.1 O art. 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH; 3.2 A jurisprudência da Corte; 4 A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos no caso “Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França”; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O artigo apresenta uma contextualização do direito à inviolabilidade das comunicações entre advogado e cliente no ordenamento jurídico brasileiro, sua base constitucional e sua regulamentação na legislação infraconstitucional. A partir desse enquadramento e da premissa de que no sistema jurídico vigente os direitos fundamentais podem sofrer limitações, não sendo, pois, direitos absolutos, demonstra-se que o sigilo das comunicações entre advogados e clientes pode ser quebrado mediante ordem judicial, quando estiver sendo utilizado como instrumento de práticas ilícitas. Finalmente, analisa-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores brasileiros e da Corte Europeia de Direitos Humanos sobre o tema em questão, com destaque para a recente decisão proferida pela Corte Europeia no caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Direitos Fundamentais. Sigilo das comunicações. Advogado. Sigilo profissional. Interceptação telefônica. Jurisprudência. Brasil. Tribunais Superiores. Corte Europeia de Direitos Humanos.

**ABSTRACT:** This article presents a contextualization of the right to the inviolability of communications between lawyer and client in the Brazilian legal system, with its constitutional basis and its regulation in the infra-constitutional legislation. From this framework and the premise that under the current legal system the fundamental rights can be restricted and are not, therefore, absolute rights, it is shown that the confidentiality of communications between lawyers and clients can be broken by judicial order when it is being used as an instrument of unlawful practices. Finally, the jurisprudence of the Brazilian High Courts and the European Court of Human Rights on the subject in question is analysed, especially the recent decision of the European Court in the case “*Versini-Campinchi and Crasnianski vs. France*”.

**KEYWORDS:** Constitution. Fundamental Rights. Confidentiality of Communications. Lawyer. Professional Secrecy. Phone Interception. Jurisprudence. Brazil. High Courts. European Court of Human Rights.

## INTRODUÇÃO

O mês de março de 2016 ficará marcado no Brasil pela polêmica envolvendo a divulgação de conversas telefônicas interceptadas por autorização do juiz federal Sérgio Moro, da 13.<sup>a</sup> Vara Federal de Curitiba/PR, responsável pela condução dos processos da Operação “Lavajato”.

O fato ganhou grande repercussão no noticiário nacional e também no internacional. E não poderia ser diferente: o juiz Sérgio Moro suspendeu o sigilo do inquérito que investiga o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva no âmbito da citada Operação. Com isso, foram divulgadas conversas telefônicas do ex-presidente Lula, recém-empossado ministro da Casa Civil, com a então presidente Dilma Rousseff, o que por si só causou um clamor social e rendeu calorosos debates e disputas nos meios político e jurídico.

Além disso, Sérgio Moro tornou públicos os diálogos de Lula com seu advogado Roberto Teixeira, e esse é o ponto de interesse do presente estudo: a (in)violabilidade da comunicação entre clientes e advogados.

Moro consignou em sua decisão não haver identificado com clareza a relação advogado/cliente, entre Teixeira e Lula. Ademais, entendeu haver indícios do envolvimento direto do Sr. Roberto Teixeira na aquisição de propriedade que se constitui em alvo de investigações, com a aparente utilização de pessoas interpostas. O magistrado aduziu ainda que, se o próprio advogado se envolve em práticas ilícitas, o que é objeto da investigação, não há imunidade à investigação ou à interceptação.

Se, por um lado, o juiz Sérgio Moro e os membros do Ministério Público Federal que fazem parte da força-tarefa da operação “Lavajato” apresentaram fundamentos legais e justificativas plausíveis para as medidas, por outro, advogados e entidades representativas da advocacia não pouparam críticas.

Cristiano Zanin Martins, também advogado do ex-presidente Lula, e sócio de Roberto Teixeira, considerou de uma gravidade sem precedentes a interceptação e divulgação de conversas entre cliente e advogado. “Monitorar advogado significa jogar por terra a garantia ao contraditório e à ampla defesa e, também, coloca em xeque as prerrogativas profissionais e a atuação do advogado no caso”, afirmou, cobrando ainda providências à Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>1</sup>

Entidades como a OAB-RJ e o Movimento de Defesa da Advocacia – MDA divulgaram notas manifestando repúdio à decisão de Sérgio Moro que autorizou as escutas do escritório do advogado. A OAB-RJ pontuou que a decisão “além de violar frontal e inequivocamente prerrogativa do

1 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-16/moro-quebra-sigilo-advogado-lula-divulga-grampos>>. Acesso em: 20 set. 2016.

advogado acerca da inviolabilidade telefônica quando inerente ao exercício da advocacia (art. 7.º, inciso II, da Lei 8.906/94), atenta gravemente contra as bases do Estado Democrático de Direito”. O MDA se manifestou no sentido de ser inadmissível, em um Estado Democrático, “qualquer relativização dos Direitos consagrados no artigo 7.º da Lei 8.906/94, inclusive a inviolabilidade de correspondência telefônica, independentemente do fim a que se presta”.<sup>2</sup>

O presidente do Conselho Federal da OAB, Claudio Lamachia, destacou que a gravação de advogados e clientes, mesmo com autorização judicial, sem que os profissionais estejam sendo investigados, fere prerrogativa garantida pelo Estatuto da Advocacia. Segundo Lamachia, a Ordem quer combater a impunidade e a corrupção, defende a celeridade processual e o levantamento de sigilo destes processos em nome do princípio da informação, mas não pode permitir que isso seja feito ferindo a Constituição Federal.<sup>3</sup>

Enquanto esses debates ocorriam no Brasil, sobreveio a notícia de que, em Estrasburgo (França), a Corte Europeia de Direitos Humanos tornara público o julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”, concluindo que a interceptação de conversa telefônica entre advogado e cliente não viola o direito à vida privada<sup>4</sup>. Essa decisão também foi objeto de críticas por parte do meio jurídico brasileiro, rotulando-a como a criminalização da advocacia<sup>5</sup>, além de compará-la com o contexto das ocorrências da Operação “Lavajato”.

Surgiu daí a motivação para o presente artigo, em que se pretende contextualizar o direito à privacidade das comunicações entre cliente e advogado no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando também a possibilidade de limitação a esse direito, e, também, o tratamento que vem sendo dado ao tema pelos Tribunais Superiores brasileiros e pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Por fim, será apresentada a decisão proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

Registre-se, ainda, que o presente artigo é apresentado como requisito para conclusão do Curso “*Cortes Internacionais e Constituições*:

2 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-17/25-advogados-escritorio-defende-lula-foram-grampeados>>. Acesso em: 20 set. 2016.

3 Cf. <<http://www.conjur.com.br/2016-mar-18/oab-reprova-grampo-escritorio-advocacia-autorizado-moro>>. Acesso em: 20 set. 2016.

4 Cf. <<http://www.cedin.com.br/corte-europeia-de-direitos-humanos-conclui-que-interceptacao-de-conversa-telefonica-entre-advogado-e-cliente-nao-violou-direito-a-vida-privada/>>. Acesso em: 20 set. 2016.

5 EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a criminalização da advocacia. Revista Consultor Jurídico. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/corte-europeia-direitos-humanos-criminalizacao-advocacia>>. Acesso em: 20 set. 2016.

*Princípios, Modelos e Estudo comparado*”, realizado no período de 27 de junho a 8 de julho de 2016, em Roma (Itália), resultante de Acordo de Cooperação firmado entre a Advocacia-Geral da União e a Universidade de Roma “*Tor Vergata*”.

Nesse curso tivemos a oportunidade de, entre outras visitas institucionais, acompanharmos uma sessão de julgamento da Grande Câmara da Corte Europeia de Direitos Humanos, o que, em certa parte, explica o destaque dado ao tópico que apresenta a decisão da Corte no julgamento do caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”.

## **1 O DIREITO À INVIOABILIDADE DA COMUNICAÇÃO ENTRE CLIENTE E ADVOGADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Nos dias de hoje, os direitos fundamentais constituem-se no parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade. Ao mesmo tempo, a sociedade democrática é condição imprescindível para a eficácia dos direitos fundamentais.

Na lição do constitucionalista Paulo Gonet Branco, “direitos fundamentais eficazes e democracia são conceitos indissociáveis, não subsistindo aqueles fora do contexto desse regime político”. Ainda segundo Gonet:

Os direitos fundamentais assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado, e que este tem, em relação ao indivíduo, primeiro, deveres e, depois, direitos.<sup>6</sup>

Costuma-se dizer que os direitos fundamentais são universais e absolutos. Contudo, tanto a universalidade quanto o caráter absoluto desses direitos devem ser compreendidos em termos. Temos alguns direitos que são, sim, universais, como o direito à vida, mas é certo também que alguns direitos se relacionam especificamente a uma classe de indivíduos, como os direitos dos trabalhadores.

Por outro lado, o que seria um direito absoluto? Seria um direito situado no ponto mais alto da hierarquia jurídica e que não admitiria qualquer restrição, tendo prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo. Nesse sentido, todo poder seria limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles.

6 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 104.

No entanto, essa concepção não prevalece na sociedade contemporânea. Em nosso sistema jurídico é pacífico o entendimento de que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. O mesmo se observa em sistemas jurídicos diversos, e no âmbito internacional.

Assim, os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tanto outros direitos fundamentais, como outros valores com sede constitucional podem limitá-los.

Feita essa breve introdução, passamos agora a contextualizar o *direito à inviolabilidade da comunicação entre cliente e advogado* no ordenamento jurídico brasileiro, apresentando sua base constitucional e sua regulamentação na legislação infraconstitucional.

Como a própria denominação desse direito deixa transparecer, temos aí uma conjugação de direitos. Estamos tratando tanto de um direito fundamental: o direito ao sigilo das comunicações, inerente a todos os cidadãos, mas, também, estamos diante de um outro direito: o direito ao sigilo profissional conferido ao advogado, o que incluiria a inviolabilidade das comunicações com seus clientes.

### 1.1 advogado e sigilo profissional

O Capítulo IV do Título da Organização dos Poderes, que se segue às normas sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, trata dos sujeitos que, embora não façam parte da estrutura do Judiciário, são imprescindíveis para que este Poder se desincumba da sua missão constitucional. Esses sujeitos são o Ministério Público, os Advogados (públicos e privados) e a Defensoria Pública, que exercem funções essenciais à Justiça.

O advogado, então, exerce função essencial à Justiça, advindo daí uma grande responsabilidade no desempenho de suas funções.

O constituinte de 1988 foi o primeiro a consagrar, em nossas Constituições, a figura do advogado como indispensável à administração da Justiça, elevando a princípios constitucionais a indispensabilidade e a imunidade do advogado.

A Constituição de 1988 traz, em seu artigo 133, as seguintes disposições:

Art. 133.

O advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Surgem, desse dispositivo, dois princípios: o da indispensabilidade do advogado; e o da imunidade do advogado. Deve-se ter em conta, todavia, que não se tratam de princípios absolutos.

A caracterização do advogado como indispensável à administração da Justiça não revogou as hipóteses legais em que se admite que a parte se dirija diretamente ao Judiciário, sem o intermédio do advogado, como nos casos do *habeas corpus* e da revisão criminal.

Por outro lado, a inviolabilidade do advogado também não é absoluta. “Ao contrário, ela só o ampara em relação a seus atos e manifestações no exercício da profissão, e assim mesmo, nos termos da lei”<sup>7</sup>, como expressamente assinalado pelo dispositivo. Assim, o advogado poderá ser punido pelos abusos que vier a cometer, na forma das legislações civil e penal.

Para profissionais de outras áreas, o tratamento dado ao advogado pelo legislador constituinte, destacando esse profissional considerando-o inviolável, despertou um certo ciúme dando origem a críticas e censuras.

José Afonso da Silva explica que esse tratamento diferenciado em relação ao advogado é decorrente da importante missão conferida ao profissional da advocacia:

O advogado é um profissional habilitado para o exercício do *ius postulandi*. Constituintes, profissionais de outras áreas, estranharam (às vezes, impugnaram ou censuraram) o fato de a Constituição destacar esse profissional considerando-o inviolável.

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça”. O advogado, servidor ou auxiliar da Justiça, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. [...] Acresce ainda que a advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. Tudo isso deve ter conduzido o constituinte à elaboração na norma do art. 133.<sup>8</sup>

No mesmo sentido a justificativa apresentada por Uadi Lammêgo Bulos:

A advocacia não é apenas uma profissão, mas uma atividade delicadíssima, porque interfere no consciente e inconsciente da criatura humana.

7 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.582.

8 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.580-581.

Requer paciência, humildade, profundo conhecimento técnico, cultura humanística, relacionamento sadio, boa vontade, persistência, amor, sentido cristão da vida, discernimento, perdão, renúncia, senso de justiça, criatividade etc.

É um *múnus*, no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções essenciais à justiça.<sup>9</sup>

A inviolabilidade do advogado não pode ser considerada um privilégio do profissional. Constitui-se, é certo, em “uma proteção do cliente que confia a ele documentos e confissões da esfera íntima, de natureza conflitiva e, [...] que precisam ser resguardados e protegidos de maneira qualificada”<sup>10</sup>.

Todas as prerrogativas conferidas pela Constituição Federal de 1988 foram também disciplinadas pela Lei n. 8.906/94 – Estatuto da Advocacia, registrando-se que a inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, consagrada na segunda parte do art. 133, da Constituição, foi reproduzida, com alargamento, em seu artigo 7º, § 2º.

Importante ressaltar ainda a edição da Lei n. 11.767/2008 que alterou o art. 7º, da Lei n. 8.906/94, para disciplinar sobre a inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência.

Seguem-se os dispositivos da Lei n. 8.906/94 de maior interesse para o presente estudo:

Artigo 2º. O advogado é indispensável à administração da Justiça.

§ 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

§ 2º. No processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus* público.

§ 3º. No exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites desta Lei.

[...]

Artigo 7º. São direitos do advogado:

[...]

9 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1161-1162.

10 SILVA, José Afonso da. Op. cit., p.582.

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; (Redação dada pela Lei nº 11.767, de 2008)

[...]

§ 2º. O advogado tem imunidade profissional, não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

[...]

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.767, de 2008)

A inviolabilidade dos atos e manifestações do advogado, como se observa, está atrelada ao *exercício da sua profissão* e aos *limites da lei*.

Assim, enquanto não são ultrapassados os limites do exercício da profissão, forçoso reconhecer que o direito à inviolabilidade não alcança somente os atos e manifestações do advogado, mas também os seus meios de atuação, seu local de trabalho, seu escritório, arquivos, documentos, computador, correspondências. Tudo isso está protegido pelo sigilo profissional, nos termos da Constituição Federal e do art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94, com a redação dada pela Lei n. 11.767/2008.

Por outro lado, quando o advogado concorre para a prática de atos ilícitos ou quando exerce sua profissão criminosamente, é certo que ele poderá ser objeto de investigação. Os seus atos contrários ao exercício da profissão não estão cobertos pela inviolabilidade da profissão.

## 1.2 direito ao sigilo das comunicações telefônicas

A inviolabilidade das comunicações relaciona-se com o interesse da preservação do direito à intimidade e à privacidade das pessoas. A Constituição de 1988 garantiu o direito ao sigilo das comunicações em seu art. 5º, inciso XII, nos seguintes termos:

Art. 5º, 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.

Assim, são invioláveis o sigilo da correspondência e o sigilo das comunicações telegráficas, de dados, telefônicas e telemáticas. Todas essas modalidades de sigilo constituem direitos individuais, não podendo ser alvo de emendas tendentes a aboli-los ou alterá-los substancialmente.

Segundo a lição de Uadi Bulos:

Quando a Carta Magna protege o sigilo está, na realidade, resguardando a privacidade do homem em suas relações familiares e domésticas, proibindo todo tipo de investida contra sua integridade física, psíquica, intelectual e moral. O direito ao sigilo procura, pois, evitar afrontas à honra, à reputação, ao bom nome, à imagem física e social das pessoas, deixando-as a salvo de informações comprometedoras da sua intimidade.

A ninguém interessa o conteúdo de carta remetida a seu destinatário. Aquilo que um profissional liberal revela ao cliente concerne, tão-só, a ambos. Os dados de pessoas físicas ou jurídicas, armazenados em instituições financeiras, Receita Federal ou organismos congêneres, são privativos. Faturas vencidas de cartões de crédito, atrasos no pagamento de contas ou duplicatas vencidas, saldos bancários negativos também não se submetem aos desígnios de órgãos fazendários, porque o direito constitucional à vida privada e ao sigilo assim proíbe (art. 5º, X e XII).<sup>11</sup>

A leitura do preceito do art. 5º, XII, porém, pode nos induzir a concluir que apenas nos casos de comunicações telefônicas seria possível que o Poder Público quebrasse o sigilo e que essa quebra não seria possível

<sup>11</sup> BULOS, Op. cit. p. 442.

em relação aos dados constantes de correspondência postal, telegráfica ou de comunicações telemáticas.

Esse é o entendimento de Manoel Jorge e Silva Neto, que afirma:

A redação do dispositivo revela que a inviolabilidade é absoluta com relação à correspondência, comunicações telegráficas e de dados. E as comunicações telefônicas? Ora, nesses casos, a Constituição certifica a natureza relativa do direito individual porque permite a quebra do sigilo quando atendidos os seguintes requisitos: a) previsão em ordem judicial; b) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e c) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.<sup>12</sup>

No entanto, a corrente majoritária filia-se à posição defendida por Gilmar Mendes, nos seguintes termos:

Sabe-se, porém, que a restrição de direitos fundamentais pode ocorrer mesmo sem autorização expressa do constituinte, sempre que se fizer necessária a concretização do princípio da concordância prática entre ditames constitucionais. Não havendo direitos absolutos, também o sigilo de correspondências e o de comunicações telegráficas são passíveis de ser restringidos em casos recomendados pelo princípio da proporcionalidade.<sup>13</sup>

O segredo das comunicações telefônicas ou, simplesmente, sigilo telefônico, é um prolongamento do direito à privacidade e à intimidade (CF, art.5º, X). E, como visto anteriormente, não se trata de um direito absoluto. Pode ser quebrado mediante ordem judicial, sempre que estiver sendo utilizado como instrumento de práticas ilícitas, como será exposto a seguir.

### 1.3 a interceptação das comunicações telefônicas

A quebra do sigilo das comunicações telefônicas é feita por meio de interceptação telefônica, que vem a ser a captação feita por terceiro de uma comunicação telefônica sem o conhecimento dos comunicadores.

Essa quebra de sigilo é uma violação ou, melhor dizendo, uma medida de restrição ao direito ao sigilo preconizado no art. 5º, XII, da Constituição Federal.

12 SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 529.

13 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 382.

Em nosso ordenamento jurídico o estatuto que disciplina a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é a Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, que veio regulamentar o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88.

A interceptação telefônica somente poderá ser autorizada: (i) por ordem judicial (CF, art. 5º, XII); (ii) nas hipóteses estatuídas pela Lei n. 9.296/96 (CF, art. 5º, XII); e (iii) para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF, art. 5º, XII c/c a Lei n. 9.296/96, art. 1º, *caput*).

A Lei n. 9.296/96, em seu art. 1º, *caput*, dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob sigilo de justiça.

Segundo a Lei, é imprescindível a observância de três requisitos para que as interceptações telefônicas possam ocorrer: (1) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (art. 2º, I); (2) a prova não puder ser obtida por outros meios disponíveis (art. 2º, II); e (3) o fato investigado constituir crime punido com reclusão (art. 2º, III).

A interceptação telefônica poderá ser determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da autoridade policial, na investigação criminal, e do representante do Ministério Público, tanto na investigação criminal, como na instrução processual penal (art. 3º, I e II).

A decisão judicial que autoriza a interceptação deverá ser fundamentada, sob pena de nulidade e, além de atentar para o preenchimento dos requisitos necessários ao seu deferimento, deverá descrever o objeto que está sendo investigado, apontando os envolvidos e a sua qualificação (art. 2º, § único).

Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização (art. 6º, *caput*). No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição. E, uma vez cumprida a diligência, a autoridade policial deverá encaminhar o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, contendo o resumo das operações realizadas (art. 6º, §§ 1º e 2º).

As provas colhidas permanecerão em sigilo de justiça (art. 8º, *caput*). A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada (art. 9º, *caput*).

Diante do arcabouço legal brasileiro, temos que o sigilo profissional impede, em regra, a interceptação de comunicações entre o investigado/

acusado e o seu advogado. Trata-se de uma garantia decorrente do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da inviolabilidade do advogado (CF, art. 133), e do direito ao sigilo das comunicações (CF, art. 5º, XII). Garantia essa, contudo, que não se aplica quando o profissional estiver envolvido na prática de crimes. Nesse caso, o profissional não estará atuando no exercício lícito e legítimo do seu múnus, mas sim agindo como partícipe de atividade delituosa.

Assim, havendo indícios firmes e razoáveis da autoria ou participação de um advogado em atividades ilícitas, que venham a constituir crime punido com reclusão, e não havendo outro meio disponível para obtenção de provas, a interceptação poderá ocorrer, mas somente mediante decisão judicial fundamentada e com fiel observância aos ditames da Lei n. 9.296/96.

## **2 O TRATAMENTO DO TEMA NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

A interceptação e a gravação de conversas telefônicas configuram um dos elementos centrais da controvérsia sobre a ilicitude de prova.

A ampla utilização desse instrumento de comunicação e a possibilidade técnica de realização de interceptação ou gravação têm dado ensejo à efetivação de gravações de conversas e à sua utilização – muitas vezes indevida – em processos judiciais ou na esfera privada.

Os Tribunais Superiores brasileiros constantemente vem sendo instados a apreciar demandas que envolvem questões relacionadas ao sigilo profissional dos advogados, bem como às interceptações telefônicas de conversas de advogados com seus clientes.

### **2.1 a jurisprudência do superior tribunal de justiça**

No julgamento do RHC 26.704/RJ, a 5.<sup>a</sup> Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ decidiu que o sigilo profissional da relação entre advogado e cliente não invalida a integralidade das interceptações telefônicas autorizadas judicialmente contra o cliente, se são gravados alguns diálogos entre eles.

Nesse caso, dois acusados de tráfico de drogas tinham suas ligações telefônicas monitoradas por ordem judicial. Um deles teve uma conversa com um terceiro gravada, e, posteriormente este terceiro foi identificado como sendo o seu advogado. O réu recorreu à Justiça, buscando a anulação da denúncia por violação do sigilo da comunicação entre advogado e cliente.

O Tribunal Regional Federal da 2.<sup>a</sup> Região, no entanto, entendeu que o fato de a autoridade policial ter gravado a conversa com o advogado não

invalidava as interceptações. Segundo o Tribunal Regional, em nenhum momento o alvo da quebra de sigilo telefônico foi o advogado, menos ainda um advogado no exercício legítimo de sua profissão. A captação teria sido fortuita e acidental, além do que também não teria sido a intenção dos investigadores chegar ao advogado a partir de seu cliente.

A 5.<sup>a</sup> Turma do STJ entendeu que não ocorre quebra de sigilo das comunicações do advogado quando a interceptação não tiver sido dirigida especificamente contra o causídico. Nesse sentido, a captação incidental de diálogos entre clientes e investigado não pode ser tida como prova ilícita. A captação fortuita das conversas, no caso, seria mera irregularidade. E, ainda, a interceptação casual de diálogos do advogado com o cliente (investigado), não representaria quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão.

Destacamos da ementa do acórdão, o seguinte trecho:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. 1. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E TELEMÁTICAS. CAPTAÇÃO FORTUITA DE DIÁLOGOS ENTRE INVESTIGADO E SEU DEFENSOR. QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DO ADVOGADO NO EXERCÍCIO LÍCITO DE SUA PROFISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO INCIDENTAL. MERA IRREGULARIDADE JÁ DECOTADA DOS ELEMENTOS DE PROVA. DESNECESSIDADE DE DESENTRANHAMENTO DAS DILIGÊNCIAS. [...]

1. Não determinada a quebra do sigilo do patrono constituído, mas captado, incidentalmente, seus diálogos com o cliente/investigado, não há falar em quebra do sigilo das comunicações do advogado no exercício lícito de sua profissão.

2. Não compete à autoridade policial filtrar os diálogos a serem gravados, mas sim executar a ordem judicial, o que evita a conveniência da colheita da prova ficar ao arbítrio da polícia, devendo o magistrado, diante de eventual captação de conversa protegida pelo manto da inviolabilidade, separá-la dos demais elementos probatórios, mantendo o restante da diligência incólume, se não maculada pela irregularidade detectada, como é o caso dos autos.

3. O indeferimento do pedido de desentranhamento das interceptações pelo Tribunal de origem foi acertado, pois as provas não passaram a

ser ilícitas, já que autorizadas por autoridade judicial competente e em observância às exigências legais, incidindo, na espécie, o disposto no art. 9º da Lei nº 9.296/1996, o qual preceitua que “a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada”.

[...]

6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento.

(RHC 26.704/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 06/02/2012)<sup>14</sup>  
(grifo nosso)

Em outro julgado mais recente, o RMS 33.677/SP, o Tribunal Regional da 3.<sup>a</sup> Região havia negado o requerimento formulado pelo escritório para que fossem destruídos registros de interceptação telefônica, sob a alegação de violação à liberdade de defesa e ao sigilo profissional da comunicação entre advogado e cliente, assegurados pela Constituição e pelo Estatuto da Advocacia. Segundo entendeu o Tribunal Regional, não teria havido violação ao direito de intimidade e nem ao sigilo profissional, pois os aparelhos monitorados eram do investigado, e não de um dos advogados do escritório.

A 5.<sup>a</sup> Turma negou provimento ao recurso interposto pelo escritório de advocacia, consignando que “*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*”. A Ministra relatora, Laurita Vaz, consignou que a interceptação telefônica abrange a participação de qualquer interlocutor, e seria ilógico admitir que a prova colhida contra o interlocutor, que recebeu e fez chamadas para a linha legalmente interceptada, seja ilegal. O acórdão da 5.<sup>a</sup> Turma contou com a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.  
INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: VALIDADE, SE O  
RECORRENTE ERA O OUTRO INTERLOCUTOR DO  
DIÁLOGO GRAVADO NO TERMINAL EM QUE SE DECRETOU

14 STJ - RHC 26.704/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 06/02/2012. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901698819&dt\\_publicacao=06/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901698819&dt_publicacao=06/02/2012)>. Acesso em: 30 set. 2016.

LEGALMENTE A QUEBRA DO SIGILO. *AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL*. RECURSO DESPROVIDO.

1. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, “[a]o se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores”. [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência.” (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996* - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21).

2. *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.*

3. Recurso desprovido.

(RMS 33.677/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014)<sup>15</sup> (grifo nosso)

No julgamento do HC 132.137/SP<sup>16</sup>, o Min. relator Napoleão Nunes Maia Filho consignou em seu voto que a violação das comunicações entre cliente e advogado não caracteriza constrangimento ilegal, quando comprovado que o próprio escritório de advocacia estava sob investigação. Confirma-se:

*O próprio escritório de Advocacia estava sob investigação, por existirem indícios da prática dos crimes aqui descritos e de outros, tanto que alguns de seus sócios foram também denunciados neste e em outros processos; dessa forma, considerando que todos estavam sob investigação e ausente a demonstração das conversas gravadas em que o paciente estaria apenas exercendo seu direito de acesso à defesa técnica, falha que persiste na presente impetração, inviável o reconhecimento de qualquer constrangimento ilegal, no ponto. (grifo nosso)*

15 STJ - RMS 33.677/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 03/06/2014. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100251358&dt\\_publicacao=03/06/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100251358&dt_publicacao=03/06/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

16 STJ - HC 132.137/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 30/08/2010. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900544196&dt\\_publicacao=30/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900544196&dt_publicacao=30/08/2010)>. Acesso em: 30 set. 2016.

A 6.<sup>a</sup> Turma do STJ, no julgamento do HC 210.351/PR<sup>17</sup>, também analisando situação em que restou caracterizado ao longo das investigações que o advogado teria extrapolado o exercício regular da provisão, passando a atuar como coautor na prática dos crimes, concluiu no mesmo sentido:

É certo que o sigilo profissional do advogado deve ser preservado, não sendo permitida a utilização, como prova, das conversas obtidas por meio de interceptação telefônica entre o cliente e o advogado.

*Todavia, tal garantia não tem caráter absoluto, não se estendendo aos casos como o dos autos, no qual se constatou, ao longo das investigações, que o advogado, ao que parece, excedeu o exercício regular de seu munus e passou a atuar como coautor na prática dos crimes descritos.*

Assim, não há falar, in casu, em violação do direito ao sigilo profissional do advogado, uma vez que, durante a interceptação telefônica destinada a apuração de crimes pelo dirigentes e associados do CIAP, apurou-se o envolvimento do paciente que, seja na condição de consultor jurídico, seja na condição membro integrante da gestão da referida entidade, também estaria participando ativamente nas condutas delituosas, bem como na sua ocultação. (grifo nosso)

No mesmo sentido a decisão proferida no RMS 10.857/SP<sup>18</sup>:

A proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas do advogado não consubstancia direito absoluto, cedendo passo quando presentes circunstâncias que denotem a existência de um interesse público superior, especificamente, a fundada suspeita da prática da infração penal.

Por fim, importante registrar a decisão proferida no RHC 28.643/SP<sup>19</sup>, por meio da qual o STJ *reconheceu ter havido a violação ao sigilo profissional do advogado*, demonstrando que a Corte está atenta na

17 STJ - HC 210.351/PR, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2014, DJe 01/09/2014. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101413972&dt\\_publicacao=01/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101413972&dt_publicacao=01/09/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

18 STJ - RMS 10.857/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2000, DJe 02/05/2000, p. 152. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900384342&dt\\_publicacao=02/05/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900384342&dt_publicacao=02/05/2000)>. Acesso em: 30 set. 2016.

19 STJ - RHC 28.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013. Inteiro teor do acórdão disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001255489&dt\\_publicacao=29/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001255489&dt_publicacao=29/10/2013)>. Acesso em: 30 set. 2016.

preservação dos direitos consagrados ao profissional, buscando inibir eventuais abusos e, de certa forma, a vulgarização da medida que deve ser excepcional. Confira-se os fundamentos extraídos da ementa do acórdão:

**RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÕES CARENTES DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL ENTRE ADVOGADO E CLIENTE. MÁCULA EVIDENCIADA.**

1. O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna).

2. O artigo 5º da Lei 9.296/1996, ao tratar da manifestação judicial sobre o pedido de interceptação telefônica, preceitua que “a decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também 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”.

3. *No caso dos autos, nas decisões que autorizaram a quebra do sigilo telefônico do recorrente não há qualquer menção à suspeita de prática de crime, tendo a interceptação sido autorizada sem que demonstrados os indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal punida com pena de reclusão, bem como a impossibilidade de se obter a prova por outros meios, o que revela que não foram atendidos os requisitos previstos no artigo 2º da Lei 9.296/1996.*

4. *Ademais, sem que houvesse a menor suspeita de que o recorrente, advogado, estaria cometendo algum ilícito, as estratégias que discutia com seu cliente acerca do ajuizamento de ação indenizatória foram indevidamente monitoradas a partir de decisões judiciais complementamente desprovidas de fundamentação, o que demonstra que seu sigilo profissional foi indevidamente violado.*

[...]

2. Recurso parcialmente provido apenas para determinar o desentranhamento dos autos e a respectiva inutilização das provas decorrentes das interceptações telefônicas realizadas em detrimento do recorrente, deferidas mediante pronunciamentos judiciais não fundamentados e em violação ao seu sigilo profissional.

(RHC 28.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013) (grifo nosso)

## 2.2 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já em relação à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, sob a Constituição de 1988, identificam-se dois momentos significativos em relação à interceptação telefônica.

Num primeiro momento, o STF entendia pela invalidade da prova, mesmo precedida de autorização judicial, tendo em vista a ausência de lei regulamentadora do art. 5.º, XII, da Constituição. Entendia-se que diante dos ditames da nova Constituição, que impunha uma reserva legal qualificada para a efetivação da interceptação, não se poderia considerar recepcionada a lei anterior, a saber, o art. 57, II, *a*, do Código Brasileiro de Telecomunicações.

Com a superveniência da Lei n. 9.296/96, o STF passou a considerar a prova lícita.

Destacamos, a seguir, dois julgados bem representativos da jurisprudência do STF em relação ao tema em debate.

O primeiro caso é o do julgamento do HC 96.909/MT<sup>20</sup>, pela 2ª Turma do STF, sendo relatora a Ministra Ellen Gracie, em que se entendeu pela ausência de ilegalidade da prova relativa à interceptação telefônica, por não restar configurada a violação ao sigilo do advogado, justamente porque o mesmo teria cometido delitos justamente no exercício da profissão. Confira-se, no ponto que interessa, a ementa do acórdão:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. EXCEPCIONALIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL. DENÚNCIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCOMPATIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

[...]

20 STF - HC 96909/MT, 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. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606676>>. Acesso em: 30 set. 2016.

6. *A alegação de afronta ao sigilo profissional, tendo em vista que o paciente é advogado e teriam sido interceptadas ligações travadas com seus clientes, também não merece acolhida, já que os delitos que lhe foram imputados teriam sido cometidos justamente no exercício da advocacia.* 7. O simples fato de o paciente ser advogado não pode lhe conferir imunidade na eventual prática de delitos no exercício de sua profissão. (grifo nosso)

O outro caso selecionado é o do INQ 2.424/RJ<sup>21</sup>, da relatoria do Ministro Cezar Peluso. Na ocasião, o Pleno do STF concluiu pela lícitude da interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. Ainda de acordo com o julgado, havia indícios da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão, e, nesses termos, trata-se de situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Seguem-se os trechos de interesse extraídos da ementa do julgado:

4. PROVA. Criminal. *Interceptação telefônica. Necessidade demonstrada nas sucessivas decisões. Fundamentação bastante. Situação fática excepcional, insuscetível de apuração plena por outros meios.* Subsidiariedade caracterizada. Preliminares rejeitadas. *Aplicação dos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, e arts. 2º, 4º, § 2º, e 5º, da Lei nº 9.296/96.* Voto vencido. *É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso.* [...]. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. *Escritório de advocacia.* Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. *Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94.* Preliminar rejeitada. Votos vencidos. *Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão.* [...]

21 STF - INQ 2.424/RJ, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341. Inteiro teor do acórdão disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>>. Acesso em: 30 set. 2016.

(Inq 2424, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 26/11/2008, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-02 PP-00341) (grifo nosso)

Como se pode observar, os julgados ora apresentados, denotam a harmonia e a convergência da interpretação conferida ao tema tanto pela Corte Suprema como pelo Superior Tribunal de Justiça.

### **3 O TRATAMENTO DO TEMA NO ÂMBITO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS**

#### **3.1 O ART. 8º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM – CEDH**

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, ou simplesmente *Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)*<sup>22</sup>, foi assinada em 4 de novembro de 1950, em Roma, e entrou em vigor em 1953. Tem sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1º de dezembro de 1948.

Cumprе observar que, do ponto de vista técnico jurídico, a CEDH é um tratado internacional ao abrigo do qual os Estados Membros do Conselho da Europa garantem os direitos fundamentais, civis e políticos, não apenas aos seus próprios cidadãos, mas também a qualquer pessoa que se encontre sob a sua jurisdição. Tendo a natureza jurídica de tratado, obriga os Estados que a ele aderiram.

Não se trata de mera declaração de intenções, mas fonte de obrigações cuja observância importa responsabilidade do Estado-Membro perante o sujeito lesado e à própria comunidade internacional. Segundo afirmam Marinelli e Spigarelli:

A Convenção Europeia dos Direitos Humanos é o documento com o qual os Estados signatários se comprometem a adotar e proteger os direitos humanos fundamentais, assim como constituídos na referida Convenção e interpretados pela Corte Europeia dos Direitos Humanos. Esta última também tem a função de decidir sobre queixas individuais e dos Estados sobre lesões a esses direitos, podendo, para este fim, impor sanções aos governos, que, tendo se vinculado à Convenção, estão sujeitos à autoridade do Tribunal. Assumiram, de um lado, a obrigação negativa de não violar os direitos do homem, do outro, o

<sup>22</sup> Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

compromisso positivo de modificar seus próprios ordenamentos, onde estes não tutelem adequada e eficazmente as prerrogativas fundamentais reconhecidas pela CEDH aos indivíduos.<sup>23</sup>

Dentre os principais direitos garantidos pela CEDH estão o direito à vida; o direito a um processo equitativo; o direito ao respeito pela vida privada e familiar; a liberdade de expressão; a liberdade de pensamento de consciência e de religião; e o direito à proteção da propriedade. Por outro lado, a CEDH proíbe a tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; a escravidão e o trabalho forçado; a pena de morte; a detenção arbitrária e ilegal; e a discriminação no gozo dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção.

O direito ao respeito pela vida privada e familiar está previsto na CEDH, em seu Artigo 8.º, nos seguintes termos:

#### ARTIGO 8.º

Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

O Artigo 8º é o dispositivo comumente invocado como violado perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, nos casos de interceptação de comunicações telefônicas.

### 3.2 A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE

A Corte Europeia dos Direitos Humanos, constituída em 1959, é o Tribunal internacional competente para se pronunciar sobre queixas

<sup>23</sup> MARINELLI, Damiano; SPIGARELLI, Elisabetta. *Giusto Processo ed Equa Riparazione*. Nápoles: Simone, 2010. p. 8. Apud VILLA-VERDE FILHO, Erasto. *O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro*. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*. n.21, vol. 1, p. 117-143. Brasília: EAGU, 2012. p.122-123.

individuais ou dos Estados que aleguem violações dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem - CEDH. O Tribunal tem sua sede em Estrasburgo, na França, no Palácio dos Direitos do Homem.

Consagrando um conjunto de direitos de diversas naturezas (civis, políticos, econômicos e culturais), a CEDH instituiu um mecanismo de garantia da aplicação desses direitos, com a criação de um órgão internacional independente: a Corte Europeia dos Direitos Humanos.

Importante registrar que a jurisdição da Corte é suplementar em relação à jurisdição dos Estados. É dizer, a Corte somente pode ser acionada, em caso de esgotamento dos recursos previstos no ordenamento interno do Estado demandado, sob pena de as queixas sequer serem analisadas pela Corte. Trata-se de condição para o exercício de jurisdição por parte da Corte.

E mais, é necessária uma manifestação expressa do país signatário aceitando a jurisdição da Corte e aceitando submeter-se a ela, não bastando a mera ratificação da Convenção que criou a Corte ou de suas posteriores alterações.

Feita essa breve explanação, segue-se a apresentação de alguns julgados que contribuíram para a construção da jurisprudência da Corte em relação à inviolabilidade das comunicações<sup>24</sup>, incluindo-se aí a violação e interceptação de correspondências, e as escutas telefônicas, sendo que em alguns dos casos a discussão se dá em torno de quebra do sigilo envolvendo advogados.

#### **O Caso Golder vs. Reino Unido.**

No ano de 1970, Sidney Elmer Golder, presidiário, requereu ao Ministro do Interior britânico autorização para consultar um advogado, tendo em vista seu interesse em processar um dos carcereiros. O pedido foi negado pelo Ministro, determinando-se a retenção das correspondências a ele destinadas, inclusive as remetidas por seu advogado.

Golder, então, apresentou duas queixas perante a Corte Europeia de Direitos Humanos pela violação de sua correspondência e pela impossibilidade de ser assistido por advogado. O Governo britânico argumentou que os direitos previstos na Convenção não seriam aplicáveis àqueles que se encontrassem cumprindo pena privativa de liberdade.

Esse argumento não prosperou por se tratar de exceção não prevista na Convenção, e que, portanto, não poderia possibilitar a quebra do sigilo.

24 EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Factsheet - Personal data protection*. Jun. 2016. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)>. Acesso 20 set. 2016.

A Corte concluiu que houve ofensa ao Artigo 8º da Convenção, *reafirmando a inviolabilidade da comunicação por meio da correspondência*.

#### **O Caso Malone vs. Reino Unido (2/8/1984).**

Trata-se do primeiro caso envolvendo a interceptação de comunicações telefônicas. O Sr. Malone, comerciante de antiguidades, foi acusado de vários crimes de receptação. As acusações eram baseadas em gravações de conversas telefônicas interceptadas pela autoridade policial, com autorização do Ministro do Interior britânico. As interceptações, todavia, foram consideradas ilegais pelo Judiciário, razão pela qual ele não foi condenado.

O Sr. Malone decidiu, então, ingressar com uma ação indenizatória em face do chefe de polícia de Londres. Sua pretensão, todavia, não prosperou, e o caso chegou à Corte Europeia de Direitos Humanos. A Corte deliberou que, *apesar de o próprio dispositivo da Convenção prever a quebra da inviolabilidade por alguns motivos pontuais, outros requisitos devem ser preenchidos para que as gravações sejam admitidas como provas lícitas*.

A Corte decidiu no sentido de que a possibilidade de interceptação das comunicações, além da previsão constante da Convenção, deve estar prevista em lei formal do país em questão, que estabeleça seus requisitos e defina os procedimentos adequados para sua efetivação. Assim, entendeu que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, no que diz respeito à interceptação de comunicações e liberação de registros pela polícia, porque não haviam sido realizados de acordo com a lei. A Corte, todavia, não se manifestou sobre quais os requisitos e pressupostos que entenderia como necessários e adequados para o deferimento da medida.

#### **O Caso Klass e outros vs. Alemanha (6/9/1978).**

Neste caso, os requerentes, *cinco advogados alemães*, queixaram-se, em particular, sobre a legislação alemã que dava poderes às autoridades para monitorar suas correspondências e comunicações telefônicas, sem, contudo, obrigar essas autoridades a informá-los, posteriormente, das medidas tomadas contra eles.

A Corte considerou que não houve violação do Artigo 8.º da Convenção, entendendo que o legislador alemão tinha razão para considerar a interferência resultante da legislação, confrontada com o exercício do direito garantido pelo Artigo 8º, § 1º, como sendo *necessária numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional e para a prevenção da desordem ou crime* (§ 2º Artigo 8º).

A Corte observou, em especial, que os poderes para realização de uma vigilância secreta sobre os cidadãos, caracterizando-se um estado policial, são toleráveis sob a Convenção apenas *na medida do estritamente necessário para salvaguardar as instituições democráticas*. Anotou, ainda, que as sociedades democráticas nos dias de hoje encontram-se ameaçadas por formas altamente sofisticadas de espionagem e pelo terrorismo, do que resulta que o Estado deve ser capaz, de forma eficaz, de realizar a vigilância secreta desses elementos subversivos que operam em sua jurisdição. Assim, *o Tribunal considerou que a existência de uma legislação outorgando poderes de vigilância secreta sobre o e-mail, correios e telecomunicações era, em condições excepcionais, necessária numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional e/ou para a manutenção da ordem e para a prevenção do crime*.

#### **O Caso Krulin vs. França (24/4/1990).**

Nesse processo discutiu-se sobre escutas telefônicas ordenadas por um juiz de instrução em um caso de assassinato. A decisão da Corte foi no mesmo sentido do caso Malone, *reconhecendo a inexistência de lei reguladora no direito francês*. Mas, no presente caso, a decisão foi ainda mais enfática sobre a obrigatoriedade de previsão legal para que a prova obtida seja considerada lícita. Alguns dispositivos do Código de Processo Penal citavam de forma superficial a possibilidade de o juiz autorizar a quebra do sigilo telefônico.

A Corte decidiu que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, sob o entendimento de que a lei francesa não indicou com clareza razoável o alcance e a forma de exercício do poder discricionário das autoridades nesta área.

#### **O Caso Kopp vs. Suíça (25/3/1998).**

Este caso dizia respeito ao *monitoramento das linhas de telefone da firma de advocacia* do requerente por ordem do Ministério Público Federal.

O Tribunal considerou que houve uma violação do Artigo 8º da Convenção, sob o fundamento de a legislação suíça não indicava com suficiente clareza o âmbito e a forma de exercício do poder discricionário das autoridades no assunto. A Corte, conseqüentemente, considerou que o requerente, como advogado, não tinha gozado do grau mínimo de proteção exigido pelo Estado de Direito em uma sociedade democrática.

#### 4 A DECISÃO DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “VERSINI-CAMPINCHI E CRASNIANSKI VS. FRANÇA”.25

O caso diz respeito à interceptação, transcrição e utilização para fins disciplinares contra a requerente, advogada, de conversas tidas com um de seus clientes.

Na decisão proferida no julgamento da Câmara<sup>26</sup>, em 16 de junho de 2016, no caso “*Versini-Campinchi e Crasnianski vs. França*”, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu, por unanimidade, que houve: *Não violação do Artigo 8º* (direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência) da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

A Corte entendeu que, como a transcrição da conversa entre a requerente e seu cliente tinha sido baseada no fato de que os conteúdos poderiam dar origem à presunção de que a própria requerente havia cometido uma infração, e as Cortes internas haviam entendido que a transcrição não infringia o direito de defesa do cliente, o fato de a primeira ser advogada do segundo não é suficiente para caracterizar uma violação do Artigo 8º da Convenção no que diz respeito à requerente.

##### A origem do caso.

Os requerentes, Jean-Pierre Versini-Campinchi e Tania Crasnianski, ambos advogados, são de nacionalidade francesa, nascidos em 1939 e 1971, respectivamente, e residem em Paris, na França.

Seguindo-se à morte de um número de pessoas suspeitas de terem sido contaminadas depois de comer carne de gado infectada com encefalopatia bovina espongiforme, uma investigação judicial foi aberta em dezembro de 2000. A companhia Districoupe, subsidiária da franquia de restaurantes fornecedores da carne Buffalo Grill, era suspeita de quebrar

25 COUR EUROPEËNNE DES DROITS DE L'HOMME. *AFFAIRE VERSINI-CAMPINCHI ET CRASNIANSKI c. FRANCE*. (Requête no 49176/11). Arrêt. Strasbourg. 16 juin 2016. Inteiro teor da decisão disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-163612>>. Acesso 20 set. 2016.

26 A decisão foi proferida por uma Câmara de sete juízes, assim composta: Angelika Nussberger (Alemanha), Presidente; Ganna Yudkivska (Ucrânia); Erik Mose (Noruega); André Potocki (França); Yonko Grozev (Bulgária); Carlo Ranzoni (Liechtenstein); Martinš Mits (Letônia); e também Claudia Westerdiek, Secretária de Seção. Nos termos dos Artigos 43 e 44 da Convenção, o julgamento dessa Câmara não é final. Durante o período de três meses seguintes a sua expedição, qualquer parte pode requerer que o caso seja devolvido à Grande Câmara da Corte. Se tal pedido for feito, um painel de cinco juízes avalia se o caso merece um exame mais amplo. Nesse caso, a Grande Câmara apreciará o caso e expedirá um julgamento final. Se o requerimento para devolução for indeferido, o julgamento da Câmara se tornará definitivo nessa data. Quando um julgamento se torna final, ele é transmitido para o Comitê de Ministros do Conselho da Europa para supervisão de sua execução.

o embargo de importação de carne bovina do Reino Unido, região afetada, à época, por uma epidemia da doença.

O Sr. Versini-Campinchi, foi incumbido da defesa dos interesses do Sr. Picart, diretor administrativo da Districoupe e presidente do conselho executivo da Bufallo Grill. A Sra. Crasnianski, também advogada, o ajudou no caso.

A linha telefônica do Sr. Picart foi grampeada, em 2/12/2002, por ordem judicial. Conversas telefônicas entre o Sr. Picart e os requerentes (seus advogados) foram interceptadas e transcritas, incluindo uma conversa com a Sra. Crasnianski em 17/12/2002, e uma com o Sr. Versini-Campinchi em 14/01/2003.

O Sr. Picart foi colocado sob custódia policial em 17/12/2002 e acusado em 18/12/2002, juntamente com três outras pessoas. Em 31/03/2004, apresentou queixa à Corte Europeia dos Direitos Humanos, no contexto do processo penal posteriormente conduzido contra ele. Este pedido foi declarado inadmissível por decisão datada de 18/03/2008 (*caso Picart vs. França*).

Em 12/05/2003, chamada a se pronunciar sobre a legalidade dos registros de interceptação de telefones em questão, a câmara de instrução do Tribunal de Apelação de Paris *anulou a transcrição de uma conversa* de 24/01/2003 entre o Sr. Picart e o Sr. Versini-Campinchi, *com o fundamento de que ela estava relacionada ao exercício dos direitos de defesa do acusado e não poderia embasar a presunção de que o advogado tivesse participação em algum delito*. A câmara, no entanto, recusou-se a anular outras transcrições considerando que os *conteúdos eram capazes de revelar uma violação da confidencialidade profissional e desobediência ao magistrado por parte do Sr. Versini-Campinchi e da Sra. Crasnianski*. Em decisão de 01/10/2003, a Corte de Cassação negou provimento a um recurso sobre questões de direito apresentadas pelo Sr. Picart.

O processo disciplinar instaurado contra os requerentes.

Em 27/02/2003, o Procurador Geral junto do Tribunal de Apelação de Paris enviou ao Presidente da Ordem dos Advogados de Paris um pedido de instauração de processo disciplinar contra os requerentes. Em 21/03/2003, foi instaurado um processo disciplinar contra a Sra. Crasnianski, por quebra de sigilo profissional. No entanto, ele arquivou o pedido de processo contra o Sr. Versini-Campinchi sobre o conteúdo da conversa, de 14/01/2003. Perante o Conselho da Ordem os requerentes solicitaram que a transcrição do registo de interceptação de telefones, de 17/12/2002, fosse desentranhada por causa de sua ilegalidade.

Em 16/12/2003, o Conselho da Ordem, reunido como um conselho disciplinar, rejeitou o pedido. Quanto ao mérito, o Conselho decidiu que

as declarações da Sra. Crasnianski gravadas em 17/12/2002 infringiam o Artigo 63-4 do Código de Processo Penal e violavam o segredo profissional a que estava obrigada como advogada. Observando que ela tinha agido sob as instruções do Sr. Versini-Campinchi, o Conselho considerou que tinham agido em conjunto. O Conselho da Ordem pronunciou contra o Sr. Versini-Campinchi a pena de interdição temporária do exercício da profissão de advogado por dois anos, com sursis de 21 meses, e, contra a Sra. Crasnianski a pena de interdição de um ano, com sursis.

Em 12/05/2004, o Tribunal de Apelação de Paris rejeitou o recurso dos requerentes contra a decisão do Conselho da Ordem, de 16/12/2003. Esse acórdão foi cassado e anulado, em 10/10/2008, pela Corte de Cassação que determinou o reenvio ao Tribunal de Apelação. Este Tribunal, em novo julgamento, negou provimento ao recurso dos recorrentes, por decisão de 24/09/2009. Essa decisão foi novamente objeto de recurso dos requerentes à Corte de Cassação, recurso esse declarado inadmissível.

A alegação dos requerentes perante a Corte Europeia.

Invocando o Artigo 8.º (direito ao respeito à vida privada e familiar, do domicílio e da correspondência), o Sr. Versini-Campinchi e a Sra. Crasnianski reclamaram da interceptação e transcrição de suas conversas telefônicas com o seu cliente e da utilização dos registros correspondentes nos processos disciplinares interpostos contra eles. O pedido foi apresentado à Corte Europeia dos Direitos Humanos em 1º/08/2011.

A Decisão da Corte.

A Corte entendeu que a interceptação, a gravação e a transcrição da conversa telefônica de 17/12/2002 entre o Sr. Picart e a Sra. Crasnianski constituem uma interferência no exercício do direito ao respeito de sua vida privada e de sua correspondência. Esta ingerência foi seguida, no caso da Sra. Crasnianski, pela utilização da transcrição desta conversa no âmbito do processo disciplinar conduzido contra ela.

A base legal da interferência em questão se encontra nos artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal francês, uma vez que a interceptação, a gravação e a transcrição da conversa foram realizadas em execução de escutas telefônicas autorizadas por um juiz de instrução com fundamento nesses dispositivos. Uma operação dessas, por definição, tem como consequência que conversas com terceiros são ouvidas e, portanto, envolve a interceptação de declarações provenientes de pessoas que não são visadas pela medida ordenada pelo juiz.

A Corte lembra, ainda, que já admitira que os artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal atendem ao requisito de “*qualidade de lei*”. Observa, no entanto, que estas disposições não cobrem a situação das pessoas cujas declarações foram interceptadas

por ocasião da escuta da linha telefônica de uma outra pessoa. Em particular, elas não preveem a possibilidade de utilizar o conteúdo interceptado contra o autor no contexto de um outro procedimento diferente daquele no qual a escuta foi permitida.

No entanto, a Corte observou que a Corte de Cassação já tinha, à época dos fatos, afirmado que, excepcionalmente, *uma conversa entre um advogado e o seu cliente*, surpreendida por ocasião de uma medida de instrução regular, poderia ser transcrita e admitida nos autos do processo, quando se verificasse que o seu conteúdo permitisse presumir a participação do advogado em fatos constitutivos de uma infração.

É certo que foi apenas em um julgamento proferido em 01/10/2003 - no contexto do presente caso - que a Corte de Cassação indicou expressamente que o mesmo se aplica quando a infração não se relaciona com o caso que está sendo examinado pelo juiz de instrução.

A Corte considerou, no entanto, que, em vista dos artigos 100 e seguintes do Código de Processo Penal e da jurisprudência da Corte de Cassação francesa, a Sra. Crasnianski, profissional do Direito, poderia prever que a linha telefônica do Sr. Picart era suscetível de estar sob escuta com fundamento nestes artigos, e, ainda, que as declarações que pudessem levar à presunção de sua participação numa infração poderiam ser gravadas e transcritas, apesar da sua qualidade de advogada, correndo, assim, o de responder por isso. Ela podia prever que revelar uma informação coberta pelo sigilo profissional a exporia a uma acusação com base no artigo 226-13 do Código Penal. Também poderia prever que uma violação dessa natureza iria expô-la a um processo disciplinar perante o Conselho da Ordem dos Advogados, que poderia notadamente agir por demanda do Procurador Geral. *Assim, a Corte admitiu que a interferência em questão era prevista por lei.*

A Corte já havia esclarecido (*Picart vs. França, 18 mar. 2008*) que no âmbito de um processo penal, a interceptação, a gravação e a transcrição de comunicações telefônicas do Sr. Picart de acordo com a autorização judicial de 2/12/2002, perseguiram um dos objetivos listados pelo Artigo 8º, qual seja, *“a defesa da ordem”*. A Corte considerou que o mesmo se aplica ao uso da transcrição da conversa telefônica de 17/12/2002, no contexto do processo disciplinar conduzido em face da Sra. Crasnianski por violação do sigilo profissional.

A interceptação e a transcrição em questão foram requisitadas por um juiz e executados sob sua supervisão; uma revisão judicial ocorreu no contexto do processo penal instaurado contra o Sr. Picart; e a Sra. Crasnianski obteve um reexame da legalidade da transcrição da gravação no contexto dos processos disciplinares instaurados contra ela.

A Corte considerou que, mesmo que ela não tenha tido a possibilidade de apelar a um juiz para obter a anulação da transcrição da comunicação telefônica de 17/12/2002, ocorreu, nas específicas circunstâncias do caso, um controle eficaz apto a limitar a interferência em questão ao que era *necessário em uma sociedade democrática*.

No que diz respeito ao fato de que em 17/12/2002 a Sra. Crasnianski estaria se comunicando com o Sr. Picart na qualidade de sua advogada, a Corte já havia ressaltado em sua jurisprudência anterior<sup>27</sup> que *embora o sigilo profissional dos advogados tenha uma grande importância tanto para o advogado e seu cliente quanto para o bom funcionamento da justiça, e se trate de um dos princípios fundamentais sobre os quais repousa a organização da justiça numa sociedade democrática, ele não é, todavia, intangível*. Ele se constitui, antes de tudo, em obrigações a cargo dos advogados e encontra sua base na missão de defesa de que são encarregados.

A Corte observou que *a legislação francesa muito claramente prevê que para o respeito aos direitos de defesa é necessário que as conversas telefônicas entre um advogado e seu cliente permaneçam confidenciais, e proíbe a transcrição de tais conversas, incluindo aquelas interceptadas durante a realização de uma medida de investigação legal*. Admite apenas uma exceção: a transcrição é possível, quando se caracterizar que o conteúdo da conversa possa levar à presunção de que o próprio advogado esteja participando de atos infracionais. Além disso, o artigo 100-5 do Código de Processo Penal estabelece expressamente que, sob pena de nulidade, as comunicações com um advogado relativas ao exercício dos direitos de defesa não podem ser transcritas.

Segundo a Corte, esta abordagem, compatível com sua jurisprudência, leva a constatação de que, *a título excepcional, o sigilo profissional do advogado, que encontra seu fundamento no respeito ao direito de defesa do cliente, não impede a transcrição de uma troca de informações entre um advogado e seu cliente no contexto da interceptação regular da linha do cliente, em que o conteúdo dessa conversa dá origem a uma presunção de que o próprio advogado participou de uma infração, e na medida em que a transcrição não afeta os direitos de defesa do cliente*.

A Corte aceitou que, como esta exceção ao princípio da confidencialidade das comunicações entre um advogado e seu cliente foi restritivamente formulada, ela continha uma salvaguarda adequada contra o abuso.

Reiterou que *o que importa neste contexto é que os direitos de defesa do cliente não sejam afetados negativamente*, isto é, que as declarações transcritas não sejam utilizadas contra ele no processo. No presente caso, a câmara de

<sup>27</sup> Michaud vs França, julgamento de 6 de dezembro de 2012.

instrução anulara outras transcrições sob o argumento de que o conteúdo gravado dizia respeito ao exercício dos direitos de defesa do Sr. Picart. A razão para a recusa da anulação da transcrição de 17/12/2002 foi em virtude de a câmara ter julgado que as declarações da Sra. Crasnianski eram capazes de revelar uma violação do sigilo por parte dela, e não porque constituíssem um elemento de prova contra seu cliente.

Como a transcrição da conversa de 17/12/2002 entre a Sra. Crasnianski e o Sr. Picart foi baseada no fato de que o conteúdo deu origem a uma presunção de que a Sra. Crasnianski havia cometido uma infração, e os tribunais internos tinham a convicção de que a transcrição não violaria os direitos de defesa do Sr. Picart, a Corte considerou que o fato de a Sra. Crasnianski ser advogada de Picart não era suficiente para caracterizar uma violação do Artigo 8º da Convenção. Um advogado é particularmente bem qualificado para conhecer os limites da legalidade e para perceber que, se necessário, as suas comunicações com o seu cliente seriam capazes de dar origem a uma presunção de que ele próprio teria cometido uma infração. E tanto mais quando suas próprias declarações são suscetíveis de constituir uma infração, tal como a violação do sigilo profissional.

Assim, a Corte decidiu que a interferência em questão não é desproporcional em relação ao objetivo legítimo perseguido, qual seja, a “defesa da ordem”, e pode ser considerada como “necessária numa sociedade democrática”, na acepção do Artigo 8º da Convenção. E, portanto, não houve uma violação do Artigo 8º.

## 5. CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais não são direitos absolutos, podendo ser objeto de limitações, quando em confronto com outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais.

O direito à inviolabilidade das comunicações entre advogados e clientes é uma conjugação do direito fundamental ao sigilo das comunicações (CF, art.5º, XII), inerente a todos os cidadãos; com o direito ao sigilo profissional conferido ao advogado (CF, art.133). Não se trata de um privilégio do advogado, mas, antes disso, uma proteção conferida ao cliente, para um efetivo exercício do seu direito de defesa.

O sigilo profissional impede, em regra, a interceptação de comunicações entre o cliente e o seu advogado. Todavia, essa garantia poderá deixar de ser observada quando o próprio profissional estiver envolvido na prática de crimes e, então, não estará atuando no exercício lícito e legítimo do seu múnus, mas sim agindo como partícipe de atividade delituosa.

Em nosso ordenamento jurídico, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas é disciplinada pela Lei n. 9.296/96, que regulamentou o inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/88.

A interceptação telefônica somente poderá ser autorizada por ordem judicial, nos limites das hipóteses estatuídas pela Lei n. 9.296/96, e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sendo imperiosa a observância de três requisitos: (1) a existência de indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; (2) a impossibilidade de obtenção da prova por outros meios disponíveis; e (3) o fato investigado constituir crime punido com reclusão.

Tratando-se de medida restritiva de direitos fundamentais, a interceptação de conversas telefônicas, como não poderia ser diferente, configura-se em elemento central de inúmeras controvérsias sobre sua licitude.

A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores relativa às questões envolvendo as interceptações telefônicas de conversas de advogados com seus clientes permite concluir que há uma sintonia na interpretação conferida ao tema tanto pelo STF como pelo STJ. Ambas as Cortes têm demonstrado equilíbrio na preservação dos direitos consagrados ao profissional da advocacia, buscando inibir eventuais abusos e, de certa forma, a vulgarização da medida que deve ser excepcional, mas, também demonstram firmeza quando os requisitos para relativização do direito ao sigilo estão devidamente comprovados, e as formalidades legais para a adoção das medidas foram observadas.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos o entendimento prevalente também é no sentido de que embora o sigilo profissional dos advogados tenha uma grande importância para a relação advogado/cliente, e se constitua em um dos princípios fundamentais para a administração da Justiça numa sociedade democrática, ele não é intangível.

Nesse sentido, a Corte Europeia tem decidido que o sigilo profissional do advogado, que encontra seu fundamento no respeito ao direito de defesa do cliente, não impede a transcrição de uma conversa entre um advogado e seu cliente no contexto da interceptação regular da linha do cliente, nos casos em que o conteúdo dessa conversa possa levar à presunção de que o próprio advogado participou de uma infração, e na medida em que essa transcrição não afete os direitos de defesa do cliente.

Constituindo-se, a interceptação das comunicações telefônicas, em uma relativização de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, é de se impor limites claros e objetivos para a realização dessa medida excepcional, restringindo-se as margens para a interpretação daqueles que aplicam a norma.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 8.906/1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8906.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 9.296/1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final do art. 5.º da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9296.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *Lei n. 11.767/2008*. Altera o art. 7.º da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, para dispor sobre o direito à inviolabilidade do local e instrumentos de trabalho do advogado, bem como de sua correspondência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11767.htm)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STF - HC 96909/MT*, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 11.12.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606676>> Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STF - INQ 2.424/RJ*, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-055 de 26/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609608>> Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - HC 132.137/SP*, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 5.ª Turma, DJe 30/08/2010. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200900544196&dt\\_publicacao=30/08/2010](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900544196&dt_publicacao=30/08/2010)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - HC 210.351/PR*, Rel. Ministra Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), 6ª Turma, DJe 01/09/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201101413972&dt\\_publicacao=01/09/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201101413972&dt_publicacao=01/09/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RHC 26.704/RJ*, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, 5ª Turma, DJe 06/02/2012. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200901698819&dt\\_publicacao=06/02/2012](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901698819&dt_publicacao=06/02/2012)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RHC 28.643/SP*, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 29/10/2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201001255489&dt\\_publicacao=29/10/2013](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201001255489&dt_publicacao=29/10/2013)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RMS 10.857/SP*, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 02/05/2000, p. 152. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num\\_processo=&num\\_registro=199900384342&dt\\_publicacao=02/05/2000](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199900384342&dt_publicacao=02/05/2000)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BRASIL. *STJ - RMS 33.677/SP*, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJe 03/06/2014. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201100251358&dt\\_publicacao=03/06/2014](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100251358&dt_publicacao=03/06/2014)>. Acesso em: 30 set. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, versão em português. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 15 set. 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Factsheet-Personal data protection*. Jun.2016. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Data\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf)>. Acesso em: 20 set. 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Affaire Versini-Campinchi et Crasnianski c. France*. Requête n. 49176/11. Arrêt. Strasbourg. 16 jun. 2016. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=001-163612>>. Acesso em: 20 set. 2016.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; SANTOS, Pedro Ravel Freitas. A Corte Europeia de Direitos Humanos e a criminalização da advocacia. *Revista Consultor Jurídico*. jul. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-01/corte-europeia-direitos-humanos-criminalizacao-advocacia>>. Acesso em: 20 set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VILLA-VERDE FILHO, Erasto. O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado por Danos Decorrentes de sua Violação. Comparação entre os Sistemas Europeu/Italiano e Interamericano/Brasileiro. *Publicações da Escola da AGU: 1º Curso de Introdução ao Direito Europeu: Tradizione Civilistica e Armonizzazione del Diritto nelle Corti Europee*. n.21, vol. 1, p. 117-143. Brasília: EAGU, 2012.

