

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: A DEFESA SOB VIGILÂNCIA

Milton de Jesus Pereira Junior*

Resumo: O presente trabalho versa sobre a possibilidade do emprego da prova, obtida em interceptação telefônica realizada sobre o advogado, suspeito de participação em fato criminoso, em concurso com o seu próprio cliente.

Palavras-chave: Prova, Interceptação telefônica, Advogado, Sigilo Profissional, Direito de defesa.

Abstract: This research is about the possibility of using the evidence obtained through phone tapping against the lawyer when he is suspect of a crime with his client.

Keywords: Evidence, Phone tapping, Lawyer, Professional Secret, Rights of defense.



INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por fim analisar o problema da validade e alcance das provas obtidas através de escutas sobre

* Mestrando (Ciências Jurídico-Criminais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA – BRASIL). Delegado de Polícia Civil do Estado do Maranhão. Atualmente, é Chefe do Centro de Inteligência da Polícia Civil do Estado do Maranhão.

o defensor, quando o mesmo aparece como cúmplice de crime do catálogo, atribuído a seu cliente, a partir da análise das realidades jurídicas de Brasil e Portugal.

Para tanto, de início, à luz dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, serão investigados os seguintes requisitos de admissibilidade das escutas telefônicas: exigência da reserva judicial, presença de um catálogo taxativo de crimes e necessidade de demonstração da existência de indícios de autoria, todos correlatos à problemática em questão.

Com a intenção de aprofundar a reflexão acerca do assunto, serão examinadas as implicações decorrentes da implementação da escuta telefônica sobre a prerrogativa do sigilo profissional do advogado, como também em torno da relação de confidencialidade entre o investigado e seu defensor, além do modo como tal fato repercute no exercício do direito a uma defesa concreta e efetiva.

Ainda, no sentido de aprimorar o aporte teórico deste tema, analisar-se-á a jurisprudência específica do TEDH, com o fim ampliar as fontes utilizadas nesta pesquisa para, logo em seguida, enfrentar-se a questão de saber em que momento o advogado perde a sua prerrogativa profissional e torna-se um alvo em potencial da medida de interceptação telefônica.

Por fim, serão travadas as discussões essenciais acerca do problema central do trabalho, que servirão de base para o alcance da sua solução.

1 ANÁLISE COMPARADA: PORTUGAL E BRASIL

1.1 REGIME JURÍDICO

A interceptação telefônica tem sido cada vez mais utilizada pelos órgãos de investigação criminal nos diversos países do globo, sob a alegação da necessidade de se sofisticar o combate ao crime, especialmente, a criminalidade

organizada.

Em razão de não possuir por si só autonomia probatória suficiente para ensejar uma condenação, funciona apenas como mais um dos importantes instrumentos de investigação criminal.

Não deve ser considerada, portanto, a redentora dos instrumentos de obtenção da prova.

Na maioria dos casos, com traços de emoção e não ponderação, a implementação da vigilância das comunicações atesta sim a própria incapacidade do Estado em fazer frente a uma eficiente repressão ao crime.

E mais, por limitar o alcance do direito fundamental e, em consequência, carregar consigo riscos concretos de danos irreversíveis à sociedade, a vigilância das comunicações sofre a imposição de restrições, tanto no aspecto material como formal, sem as quais não se legitimaria, nos planos ético e jurídico, como medida válida em um Estado Democrático de Direito, enquanto instrumento de investigação criminal¹.

Dentre as restrições impostas, nas legislações portuguesa e brasileira, destacam-se, por oportuno, as que visam à preservação das relações de confiança e segredo estabelecidas entre o investigado e o seu advogado.

A Constituição da República Portuguesa, em seu artigo

¹ No Estado Democrático de Direito, tolera-se a interceptação telefônica desde que caminhe de mãos dadas com o princípio da proporcionalidade. Assim, apesar da vigilância das comunicações causar restrições ao alcance do direito fundamental, a sua utilização encontrar-se-á legitimada se servir para garantia do exercício de outros direitos de igual valor. Para tanto, deve funcionar como medida adequada para a constituição da prova em uma investigação (VALENTE, 2008, p. 63), apresentar-se como indispensável para a realização dos fins que a justificam constitucionalmente (SILVA RODRIGUES, 2008, p. 264) e, ainda, decorrer de um ponderação entre os efeitos de sua danosidade e os resultados pretendidos (SANTOS, 2001, p. 364). O princípio da proporcionalidade, desse modo, opera na sustentação político-jurídica das interceptações telefônicas, vez que possibilita, de forma sistemática, a conjugação entre a supremacia do interesse público, evidenciada no seu direito de punir, e o exercício das liberdades individuais.

208^{o2}, garante aos advogados a proteção necessária ao exercício do mandato, estabelecendo assim como regra a inviolabilidade de suas comunicações no desempenho da sua atividade profissional.

Entretanto, o desvio da regra exsurge no artigo 187, nº 5, do Código de Processo Penal Português³, onde, apesar do reforço à proibição da interceptação e gravação de conversações ou comunicações entre o arguido⁴ e seu defensor, excetuam-se os casos em que o magistrado judicial tenha fundadas razões para acreditar que elas constituam objeto ou elemento de crime.

Por sua vez, no Brasil, por meio do Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei 8.906/94, no seu artigo 7º, inciso II⁵, em consonância com o que dispõe a legislação portuguesa, também é garantido o direito ao defensor a não violação das suas comunicações telefônicas, desde que relacionadas ao exercício da sua atividade profissional, todavia permite a escuta, de acordo com o parágrafo 6º do mesmo artigo⁶,

² Artigo 208.º - “A lei assegura aos advogados as imunidades necessárias ao exercício do mandato e regula o patrocínio forense como elemento essencial à administração da justiça”.

³ Artigo 187.º, 5 – “É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objecto ou elemento de crime.”

⁴ Arguido deve ser entendido como investigado, afinal não teria eficácia alguma o esforço protetivo dispensado ao suspeito pelo dispositivo referido, tão somente quando o mesmo fosse formalmente acusado.

⁵ Art. 7º - São direitos do advogado:

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

⁶ § 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.

quando se verifique a existência de indícios de autoria e comprovação da prática criminosa de advogado. O referido dispositivo garante também o respeito ao princípio da reserva judicial, o direito à fundamentação da decisão ensejadora da quebra do sigilo, a presença do representante da Ordem, além criar mecanismos impeditivos de qualquer atentado aos direitos dos outros clientes do profissional alvo daquela medida.

1.2 JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA

As jurisprudências brasileira e portuguesa têm se manifestado no sentido de equalizar direitos e bens constitucionais, que se apresentam por vezes em situação de conflito aparente, por meio do devida ponderação, caso a caso.

A título de exemplo, em decisão proferida no dia 16.03.2000, em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, de nº 1999/0038434-2, com relatoria do Ministro Felix Fischer, foi afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça que a tutela à inviolabilidade das comunicações telefônicas do defensor não consiste em um direito absoluto, relativizando-se quando presentes elementos que demonstrem a existência de um interesse público maior, no caso, a fundada suspeita da prática criminosa.

Imbuído da mesma intenção, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, em decisão proclamada no dia 17.11.2009, em *Habeas Corpus, de nº 96909 / MT*, com relatoria da Ministra Ellen Gracie, sob a fundamentação de que o argumento de violação do segredo profissional, dada a condição de advogado, e terem sido interceptadas conversas realizadas com seus constituintes, não merecia acolhida, pois os crimes que lhe foram atribuídos haviam sido cometidos, exatamente, quando do desempenho da prática da advocacia. Acrescentou ainda que a condição de advogado não poderia lhe outorgar isenção de responsabilidade na eventual prática de

delitos no exercício de sua atividade profissional.

Em sintonia com a justiça brasileira, o Tribunal da Relação do Porto, em acórdão publicado no dia 08.03.2000, de relatoria da juíza Maria da Conceição Simão Gomes, decidiu pela nulidade de escutas realizadas entre arguida e sua defensora por entender que do processo não se extraíam fundadas razões para crer que a vigilância das suas comunicações constituía objeto ou elemento de crime.

Em busca da compreensão do espírito do legislador português em torno da matéria, MATA-MOUROS (2003, p. 83) sustenta que o fundamento desta garantia não se encerra na proteção do segredo profissional dos advogados, com efeito, a sua motivação vai mais além e decorre da necessidade de proteção do exercício do direito de defesa⁷, instituto sem o qual sequer é possível falar-se em justiça.

Na mesma linha, BENJAMIM SILVA RODRIGUES (2008, p. 290) fundamenta a proteção dada ao sigilo das comunicações entre o arguido e seu defensor pela garantia do *status activus processualis* do arguido, que, segundo o mesmo autor, consiste na preservação de todos os direitos intrínsecos à realização da sua defesa em um processo penal, como também pelo resguardo do segredo profissional inerente à atividade do advogado.

A relação de confiança que se estabelece entre o visado e seu defensor se assemelha em muito a do paciente com seu médico; em ambas busca-se amparo e solução para um problema demasiadamente incômodo. Assim como o enfermo que, ao ser examinado, informa o seu médico dos seus sintomas, o cliente, quando se comunica com seu advogado, fá-lo despido de armaduras por acreditar que encontrará refúgio no seu confessor e, acima de tudo, um profissional voltado para

⁷ MATA-MOUROS (2003, p.82) coloca em questão a eficácia por si só do dispositivo referido como elemento de proteção do direito de defesa no processo penal sem a conjugação de uma atividade judicial presente, cautelosa e que tenha como fim maior a garantia do exercício dos direitos e liberdades fundamentais.

a construção de uma estratégia de defesa que lhe assegure a liberdade ou pelo menos lhe proteja da fúria do Estado, da mídia e da própria sociedade.

Constata-se face ao exposto que Portugal e Brasil procuraram instituir em seus ordenamentos jurídicos, através da densificação do princípio da proporcionalidade⁸, critérios de razoabilidade, que, de um lado, asseguram o exercício pleno do direito de defesa, indispensável à realização da justiça e, de outro, relativizam a prerrogativa do advogado, para possibilitar assim o seu alcance pelos mecanismos de repressão do sistema penal, quando o mesmo figurar como autor ou partícipe de crime.

Para não correr o risco de nada dizer ou de dizer tudo com a afirmação anterior, faz-se necessário, por conseguinte, analisar o modo como se manifestam os princípios da legalidade e da proporcionalidade nas legislações de Portugal e do Brasil, face às realidades político-criminais concretizadas, decorrentes da conjugação da exigência de requisitos especiais para o cabimento da escuta e da proteção concedida à relação de segredo e confiança estabelecida entre o arguido e seu defensor.

2 REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Os princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade devem ser utilizados para equalização das tensões, dialeticamente imprescindíveis ao amadurecimento da democracia, surgidas em razão do conflito entre o direito à intimidade e o interesse na promoção da segurança pública.

O princípio da legalidade é a expressão maior das

⁸ Nesta marcha, seguiu a Procuradoria-Geral da República de Portugal, com a edição do parecer nº 92/91.

limitações impostas ao Estado.

Consoante o princípio da legalidade, a vigilância das comunicações apenas se justifica quando instrumentalizada em conformidade com a lei, exigindo-se que a mesma não ultrapasse a fronteira do razoável e seja precisa em seu conteúdo para não provocar, de modo desnecessário, prejuízos maiores à sociedade.

Está colocada no plano dos direitos fundamentais em oposição ao próprio poder legiferante na medida em que somente a lei, em conformidade com os pressupostos constitucionais, tem força para restringi-los. (CANOTILHO, 2003, p. 729)

Com relação ao princípio da proporcionalidade, em linhas gerais, pode-se afirmar que, na maioria dos Estados Democráticos de Direito, a sua concretização se evidencia por meio da aplicação de um controle rigoroso sobre a interceptação telefônica, tanto de natureza material como formal, a fim de se evitar os abusos estatais e principalmente diminuir ao máximo a danosidade social que dela deflui.⁹

A interceptação telefônica legitima-se por seu sentido teleológico de buscar a preservação do direito fundamental, inobstante para tanto tenha que restringir outro direito de igual valia.

Funciona tão somente como mais um importante instrumento de busca da verdade material, razão pela qual não deve ser analisada isoladamente, mas sim em confronto com os demais elementos probatórios contidos em uma investigação.

Enfim, por conta da democratização das relações de poder e o conseqüente fortalecimento da idéia de preservação das garantias e liberdades individuais, as limitações ao uso da interceptação telefônica, enquanto instrumento de investigação criminal, tanto na fase de sua institucionalização jurídico-política como da aplicação da medida pelo juiz, devem ser

⁹ No mesmo sentido (ALBRECHT, 2009, p. 732).

ponderadas, caso a caso, em observância ao conteúdo dos princípios constitucionais da legalidade e da proporcionalidade.

2.1 RESERVA JUDICIAL

A legislação brasileira, assim como a portuguesa, fazem depender de ordem judicial a implementação da medida¹⁰, o que não é absoluto no planeta, como no caso da Alemanha, onde se permite que o promotor de justiça determine a diligência, sempre que se evidencie o *periculum in mora* (COSTA ANDRADE, 2006, p. 289).

Pressuposto formal de maior relevância, a garantia absoluta da reserva judicial consagra a não submissão dos princípios democráticos aos postulados de uma cultura securitária, que, em nome das promessas não cumpridas de proteção aos seus cidadãos e, legitimada precisamente pelo mesmo discurso que nos dias de hoje busca fundamentar um sistema de vigilância e repressão implacável, têm sido responsáveis pela destruição de direitos, garantias e liberdades fundamentais, conquistados ao longo da história¹¹.

¹⁰ A autorização judicial da escuta telefônica, por carregar consigo um caráter restritivo, deve ser fundamentada em meio à aplicação do princípio da proporcionalidade, a fim de que seu alcance encontre limite na justa medida para a preservação dos direitos e bens, constitucionalmente tutelados. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 543)

¹¹ Vera Andrade (2003, p. 298) disserta que “a radiografia interna dos sistemas penais é, também, uma radiografia direta e um testemunho definitivo do profundo déficit histórico de cumprimento da função instrumental racionalizadora/garantidora prometida pela Dogmática Penal e de que não tendo assegurado o exercício do controle penal com igualdade e segurança jurídica não é pelo cumprimento desta função que se explica sua vigência na modernidade. *Pari passu*, ao visibilizar a abrangência e complexidade do fenômeno do controle sociopenal, evidencia também que, em definitivo, o campo de intervenção vital e o poder racionalizador/garantidor da Dogmática Penal nesta fenomenologia é muito menor do que o dogmaticamente idealizado e prometido, potencializando argumentos explicativos de seu déficit funcional de garantismo também por limitações estruturais do próprio paradigma que remetem, por sua vez, para seus déficits cognoscitivos. Se toda a argumentação aqui desenvolvida demonstra que o limite do sistema penal é o limite da própria

Neste contexto, a prerrogativa da inviolabilidade das comunicações dos defensores, já relativizada pela própria lei, como anteriormente dito, por critérios até mesmo de razoabilidade, enfraquecer-se-á ainda muito mais se sair da esfera de controle de um juiz, órgão vocacionado à preservação dos valores de maior dignidade ético-social, e se deslocar para as mãos de aço do ministério público que, por obviedade, à conservação dos mesmos valores sobrepõe os interesses da investigação, traduzidos na descoberta da “verdade” material, que desemboca na pseudo-idéia de eficácia da ação dos mecanismos de combate ao crime, hodiernamente, em especial, estabelecidos e potencializados contra a criminalidade organizada e o terrorismo.

2.2 CATÁLOGO TAXATIVO DE CRIMES

Outro ponto de convergência se apresenta na eleição dos pressupostos materiais para a determinação da escuta sobre o defensor, pelo que subjaz ainda mais claramente à instituição destes requisitos o intuito de concretização do princípio da proporcionalidade.

No Brasil, a partir da interpretação sistemática da Lei 9296/96¹² com a Lei 8906/94, emergem as condições de admissão da interceptação telefônica contra um defensor, sendo autorizada judicialmente, como instrumento para a constituição da prova em investigação criminal ou instrução processual penal, sempre que de forma cumulativa houver indícios suficientes de autoria ou participação no delito, não for possível materializar a prova por outros meios e o fato apurado

sociedade e, conseqüentemente, não pode ser atribuído unicamente a limitações dogmáticas, por outro lado é fundamental pontualizar tais limitações porque a Dogmática Penal assumiu a onipotente função de racionalizar o sistema. E, fazendo-o, estaremos desvelando sua ‘ilusão’ de poder neste sentido.”

¹² A referida lei regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, ao dispor sobre a instrumentalização da interceptação telefônica.

for punido com pena de reclusão.

Em Portugal, o rol de crimes que oportunizam a implementação da medida excepcional encontram-se dispostos, no nº 1, do artigo 187, do Código de Processo Penal.¹³ Em consonância com o nº 5 do mesmo artigo, quando investigado por um dos crimes do catálogo, para o defensor tornar-se alvo da escuta, valerão tanto a autoria como a sua participação, na multiplicidade das suas expressões, não sendo equivalente para tanto a suspeita de seu envolvimento nos delitos de favorecimento pessoal, auxílio material ou receptação¹⁴ (COSTA ANDRADE, 2006, p. 290).

COSTA ANDRADE (2006, p. 297) demonstra o quanto é controvertida a questão suscitada há pouco, para tanto cita decisão paradigmática do Tribunal Federal da Alemanha, proferida em 20.02.1986, na qual se reputaram ilícitas provas, produzidas em desfavor de um defensor, por meio de escutas telefônicas, acusado na ocasião de favorecimento pessoal, como também expõe o posicionamento contrário patrocinado por Suppert ou Kleinknecht, que defendem a possibilidade de realização de escutas entre o arguido e seu advogado, em razão de aplicação analógica do regime das apreensões, constante do § 97, do Código de Processo Penal Alemão, bastando apenas que parem sobre o defensor indícios de autoria da prática dos crimes de auxílio material, receptação e mesmo favorecimento

¹³ Paulo Pinto De Albuquerque (2009, p. 508) relembra que, antes da reforma do Código de Processo Penal, o Tribunal Constitucional havia proclamado, através do Acórdão 7/87, que o elenco dos crimes do catálogo não contrariava os princípios da proporcionalidade e da necessidade, quando confrontados com o artigo 34, nº 4, da Constituição da República Portuguesa. Acresce, entretanto, que a Lei 48/2007, ao modificar o catálogo em comento, violou a Constituição, referindo-se o autor à inclusão no elenco do crime de evasão, cuja motivação surgiu da necessidade de se encontrar o foragido, através das comunicações telefônicas realizadas, após a prática do ato, alvo da investigação.

¹⁴ Helena Susano (2009, p. 40), para dar solução à controvérsia estabelecida em torno da responsabilidade do defensor, quando de ato criminoso praticado em função da ligação próxima do mesmo com o arguido, socorre-se do princípio da legalidade, afirmando a validade da prova somente se se tratar de delito do catálogo.

pessoal.

2.3 INDÍCIOS DE AUTORIA

Não bastará a mera dúvida para ensejar a determinação de escuta telefônica contra o defensor nem mesmo deve funcionar aqui a concepção de que diante da ausência de certeza no transcorrer da investigação o interesse maior será sempre o público.

A concretização deste instituto se dará, durante a fase investigatória, a partir da obtenção de elementos indicativos, confirmatórios de determinados fatos, que levem o juiz a crer na real possibilidade de participação do advogado do arguido na prática criminosa.

Na defesa do sentido mais correto de suficiência de indícios, JORGE NORONHA E SILVEIRA (2004, p. 171) considera que para sua caracterização deve haver um genuíno convencimento de uma provável condenação futura, não satisfazendo uma mera tendência condenatória.

Para que se evidencie a qualidade de suspeito da prática criminosa, assevera COSTA ANDRADE (2006, p. 290), reclama-se antes de tudo uma avaliação rigorosa em torno da concreticidade de determinados fatos ensejadores desta percepção.

3 IMPLICAÇÕES AO DIREITO DE DEFESA

Independentemente da pauta de combate ao crime estabelecida por cada país, o recurso à interceptação telefônica cada vez mais se mostra de extrema relevância, dada sua capacidade de penetração no meio social e, por consequência, de extração de informações fundamentais para a elucidação de fatos apurados em investigação criminal.

Ademais, há determinados crimes que não são tolerados,

ou por provocarem uma tormentosa sensação de insegurança modificadora da rotina das pessoas ou pelos reflexos danosos aos valores eleitos como de maior importância na sociedade, tais como os ligados ao terrorismo e à criminalidade altamente organizada¹⁵.

A intolerância à ocorrência de certos crimes está ligada diretamente à validade do próprio Direito Penal e Processual Penal, que sofrem a cobrança social da utilização de todo seu aparato normativo para dar uma resposta proporcional à violação dos seus bens jurídicos.

Neste contexto, fica demonstrado que a interceptação telefônica sobre advogado, que abandona a sua função de múnus público para atuar no mundo do crime, apresenta-se como mais um importante instrumento de luta contra as mais sofisticadas e variadas formas de delito, no entanto sua autorização requer todo um cuidado especial, marcado por uma análise sempre criteriosa de cada caso em meio aos reflexos do princípio da proporcionalidade, a fim de garantir a preservação do direito a uma defesa concreta e efetiva, que se evidenciará na tutela das relações de confiança estabelecidas entre o investigado e seu defensor, como também pela proteção necessária do seu sigilo profissional.

3.1 PRESERVAÇÃO DA CONFIDENCIALIDADE

Não há dúvida que tanto Portugal como Brasil convergem no sentido de responsabilizar o defensor, que se envolve na prática de crime no exercício da função própria do

¹⁵ De acordo com o artigo 1º, alíneas “i” e “m”, do Código de Processo Penal Português, terrorismo está definido como “as condutas que integram os crimes de organização terrorista, terrorismo e terrorismo internacional” e criminalidade altamente organizada, como “ as condutas que integram crimes de associação criminosa, tráfico de pessoas, tráfico de armas, tráfico de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas, corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento”.

seu múnus profissional.

Entretanto, diante da existência dos riscos inerentes à dispensa de um tratamento repressivo implacável contra o defensor e o próprio arguido, que despreze direitos e garantias fundamentais, pondo assim em perigo a estabilidade das instituições democráticas e até mesmo invalidando a ação do Estado, como agente de justiça, responsável pela promoção da segurança e paz social, irrompe oportunamente a necessidade de realização de uma abordagem densa sobre os problemas associados a esta questão, relativos às razões da preservação do segredo e da relação de confiança.

A motivação para a garantia da inviolabilidade das comunicações entre o arguido e seu defensor decorre da obediência aos valores de maior importância eleitos em uma sociedade democrática, relacionados à administração da justiça, que se traduzem, no caso, na aplicação dos princípios do devido processo legal, do direito ao silêncio e de acesso a uma defesa qualificada.

COSTA ANDRADE (2006, p. 294) informa que, assim como em Portugal, na Alemanha, as relações de confiança estabelecidas entre estes sujeitos processuais também se encontram asseguradas, em regra, o que se evidencia pela sólida proteção dada a “funcionalidade da defesa” – expressão atribuída a WELP.

A necessidade de acesso a uma defesa qualificada impõe ao Estado o dever de preservar a confidencialidade estabelecida entre o arguido e seu defensor e principalmente impedir a utilização de artifícios que transformem o arguido em mais um meio de obtenção de prova, desprezando assim a sua condição de sujeito processual, dotados de direitos e garantias.

A proteção da relação de confiança e segredo estabelecido entre o arguido e seu defensor não busca a criação de uma espécie de direito absoluto à inviolabilidade que impossibilite à descoberta da verdade material, no transcorrer

de uma investigação - afinal, a segurança pública é interesse também constitucionalmente tutelado, que deve ser promovido em favor da sociedade - ao contrário, institui-se, sim, como a concretização de uma postura político-jurídica impeditiva da tomada débil de direitos fundamentais, que encontra seu fundamento no controle do arbítrio estatal.

BRANCO (2002, p. 141) assevera que o direito de defesa proíbe o Estado de agir no plano das liberdades, constituindo-se, nesta circunstância, regra de atribuição negativa para o Poder Público. Além da funcionalidade da defesa, COSTA ANDRADE (2006, p. 296) traz à discussão outro fator de extrema importância intrinsecamente ligado ao contexto de proteção da esfera de segredo e confiança mantida entre o arguido e seu defensor. Trata-se da tutela da privacidade do advogado, cuja violação provoca danos irreparáveis a toda sociedade.

De logo, há que se deixar claro, para evitar críticas infundadas e rasas, que a inviolabilidade das telecomunicações não é um privilégio do defensor, outorgado em função da sua pessoa, mas sim uma prerrogativa profissional, destinada ao advogado, em razão da sua indispensabilidade à realização da justiça, para que com esta proteção possa atuar com independência funcional e principalmente na defesa dos direitos dos seus clientes¹⁶.

3.2 SEGREDO PROFISSIONAL DO ADVOGADO

O sigilo é a marca da relação de confiança que se estabelece entre o investigado e seu defensor.

Consiste no alicerce que dá funcionalidade à

¹⁶ O segredo profissional visa a proteger direitos e bens que ultrapassam a pessoa individualizada do advogado, para torná-lo uma espécie de depositário destes interesses, de titularidade do seu cliente, de outras pessoas, até mesmo de outros defensores, bem como os da Justiça e do Estado Democrático de Direito (CALDAS, 2005, p. 792).

administração da justiça, pois sem confidencialidade jamais se poderá falar no exercício do direito a uma defesa concreta e efetiva.

Para que haja paridade de armas no confronto entre o investigado e os órgãos de repressão estatal, o advogado deve ter condições de elaborar uma estratégia de defesa com o conhecimento da maior quantidade possível de informações sobre os fatos em análise no processo, que em regra giram em torno da pessoa do acusado e são do seu conhecimento.

Este repasse de informações se efetuará se o acusado confiar plenamente no seu defensor e acreditar que os fatos transmitidos, em decorrência desta ligação, serão mantidos em segredo, sob a condição de somente serem revelados em seu favor, no momento oportuno, se necessário.

CALDAS (2005, p. 794) assevera que a prerrogativa em comento possui uma dupla face. Na expressão de um direito, apresenta-se como uma espécie de blindagem perante as forças externas impulsionadoras da divulgação dos fatos, como também a materialização da independência funcional do advogado, razão pela qual pode ser invocada perante o poder público e a sociedade em geral, inclusive face ao próprio beneficiário da defesa, que não tem poder para obrigá-lo a divulgar os fatos sigilosos, acrescentando, entretanto, que a exigência da efetivação desta prerrogativa frente a seu cliente relativiza-se diante dos deveres de informação, lealdade e zelo. Com a configuração de dever, continua o autor, a preservação das informações adquiridas em virtude da relação constituída visa a beneficiar precipuamente o cliente, não cessando a obrigação mesmo depois da vigência do mandato.

Nota-se que o sigilo profissional do advogado é uma garantia sagrada do exercício digno da advocacia¹⁷ e, deste

¹⁷ O dever de manter em segredo as informações obtidas no exercício da profissão constitui uma das características mais importantes da advocacia, inclusive pressuposto da sua própria validade, como também um dever do advogado. Inaceitável deste modo a prática da advocacia sem a proteção do sigilo profissional

modo, um dos pilares em que se assenta o Sistema de Justiça, daí a razão de ser da sua especial proteção em uma sociedade democrática.

Este reforço protetivo, vale dizer, no entanto, não existe para dar abrigo aos que se utilizam da advocacia para atuar no crime nem serve de escudo para o livramento sem responsabilidade destes profissionais por práticas atentatórias aos valores ético-sociais de maior relevância, muito menos, como mencionado ainda há pouco, posiciona o advogado em um lugar privilegiado em relação aos demais membros da sociedade.

Por conta disso, a interceptação telefônica realizada sobre o defensor, quando o mesmo se encontra envolvido com o seu cliente em uma prática criminosa, longe de colocar em risco a independência funcional do profissional encarregado da defesa, atua sim como uma espécie de mecanismo de controle de validade da própria prerrogativa, pois garante a sua legitimidade ao responder duramente contra as práticas repugnantes daqueles que se travestem de advogados para agir desembaraçadamente no mundo do crime.

4 INTELIGÊNCIA DO TEDH

Com base na interpretação sistemática decorrente da conjugação dos artigos 6.3^o¹⁸ (consagra o direito a uma defesa

do defensor, que traz consigo notório interesse público, transcendendo o aspecto contratual da relação. (ALVES, 2006, p. 725)

¹⁸ Artigo 6^o. Direito a um processo equitativo.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender - se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer - se assistir

concreta e efetiva como elemento indispensável à realização de um processo justo) e 8.2¹⁹ (dispõe sobre os pressupostos e as condições em que a implementação da escuta será legítima) da CEDH, o TEDH tem se manifestado acerca da possibilidade de intromissão nas comunicações telefônicas realizadas entre o arguido e seu defensor.

Neste sentido, LÓPEZ YAGÜES (2003, págs 83 e 84) traz à baila decisão paradigmática sobre o assunto, proclamada em um processo conhecido como KOPP c. SUÍÇA, no qual o Tribunal, ao se deparar com o debate em torno da legitimidade de determinadas escutas realizadas sobre advogados, reconheceu, como regra, a proteção dada pela CEDH às relações de confiança, estabelecidas entre o profissional encarregado da defesa e o investigado, como meio necessário para o exercício pleno do direito de defesa²⁰, no entanto, não deixou de considerar sua exceção, materializada quando do envolvimento do próprio defensor na prática crimininosa, caso em que declarou estar plenamente justificada a ingerência do Estado nas suas comunicações telefônicas.²¹

gratuitamente por intérprete, se não compreendeu não falar a língua usada no processo.

¹⁹ Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar

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 económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

²⁰ A existência de garantias especiais, tal como a reserva judicial, é imprescindível, quando a interceptação puder até mesmo em tese comprometer à preservação do sigilo profissional, fato observado no caso Kopp c. Suíça, no qual “the court emphasised the importance of protecting ‘a lawyer’s work under instructions from a party to proceedings’, and described it as ‘astonishing’ that domestic law entrusted the authorization of intrusive surveillance ‘in the sensitive area of the confidential relations between a lawyer and his clients’ to an official without supervision by and independent judge”(EMERSON; ASHWORTH, 2001, p. 7-02).

²¹ Em consonância com esta postura, Bachmaier Winter (2009, p. 183) assevera que “sólo en casos excepcionales, cuando exista la sospecha de que el cauce de comunicación entre el abogado y la parte está siendo utilizado para fines delictivos o

Vê-se que a Convenção, em linhas gerais, possui parâmetros de decisão não muito diversos dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, contudo, a jurisprudência do seu Tribunal tem problematizado a questão e de certo modo se aprofundado nas discussões mais sutis em torno da matéria, fato que acabou por ampliar seu horizonte de conhecimento, possibilitando assim uma visão mais crítica da situação.

Neste diapasão, como resultado dos enfrentamentos travados no TEDH, merecem especial destaque as recomendações destinadas a alguns Estados contratantes, que apontam para a ausência de clareza, objetividade, acessibilidade e determinabilidade dos seus regramentos jurídicos²².

Para o Tribunal, a deficiência do processo legislativo tem levado à frustração da própria lei, enquanto instrumento maior de controle do arbítrio estatal, pois tem dado espaço à edição de regulamentações marcadas por um conteúdo puramente securitário, em total desrespeito às maiores conquistas da humanidade, sacralizadas nos direitos e garantias fundamentais.

Em harmonia com o que fora mencionado, LÓPEZ YAGÜES (2003, p. 77), cita como exemplo a sentença do caso KRUSLIN, na qual o TEDH enumerou uma série de exigências que devem constar em qualquer lei sobre interceptação telefônica, como garantia do indivíduo contra arbítrio do Estado, dentre elas, necessidade da delimitação de sua amplitude subjetiva, definição da natureza dos crimes ensejadores da medida, determinação do seu prazo de duração e fixação dos critérios de operacionalização, com o fim de garantir sua validade enquanto meio probatório em um processo equitativo.

ilícitos, se admite la detención y lectura de esa correspondencia”.

²² Vide Caso MALONE, sentença de 2 de agosto de 1984; Caso VALENZUELA CONTRERAS, sentença de 30 de julho de 1998 ; Caso KOOP, sentença de 25 de março de 1998 e; Caso HUVIG, sentença de 24 de abril de 1990.

Ao adotar uma postura crítica, BACHMAIER WINTER (2009, p. 178-179) sustenta que a maior parte das decisões do TEDH tem se ocupado apenas da verificação do papel dos Estados contratantes no cumprimento satisfatório da exigência de previsão de lei para a regulamentação das escutas, deixando de lado a análise acerca da aplicação, caso a caso, do princípio da proporcionalidade, razão pela qual não se encontram critérios objetivos em sua jurisprudência, referentes à necessidade e à proporcionalidade da vigilância das comunicações.

Em razão das suas imprecisões, por vezes, até mesmo decorrentes de uma inusitada imperícia no processo de elaboração das normas e do não enfrentamento das questões fundamentais, ligadas à preservação das relações de confiança e à garantia do exercício pleno do direito de defesa, diga-se novamente e quantas vezes se mostrar necessário, indispensável à realização da Justiça, as falhas na produção das regulamentações internas, que inclusive deixam de disciplinar o modo de procedimentalização das escutas sobre advogados, têm sido apontadas como as principais razões para as violações dos direitos fundamentais em causa.

LÓPEZ YAGÜES (2003, p. 84) assevera que, na comparação entre os vários diplomas legais, tem se observado uma determinada contradição entre a tutela dispensada ao segredo profissional do advogado e a ausência de proteção necessária ao exercício da sua atividade profissional, o que demonstra não ser privilégio de um ou outro Estado apenas esta incapacidade de criar mecanismos de controle suficientemente eficazes em favor da garantia de direitos fundamentais.

Esta situação de indeterminação ou ausência de regulamentação, identificada pelo TEDH, tem causado danos irreparáveis à sociedade e gerado instabilidades de natureza política e social, provocando inclusive a descrença nos órgãos do sistema de justiça e a intensificação do sentimento de

insegurança jurídica na sociedade.

5 DA CONDIÇÃO DE ADVOGADO PARA A DE SUSPEITO

Por estarem em risco interesses e direitos de extrema relevância, nomeadamente o direito a uma defesa efetiva e concreta e o segredo profissional do advogado, a definição clara de critérios concretos acerca do momento em que este perde as prerrogativas intrínsecas à qualidade de encarregado da defesa, para ser visto como um alvo qualquer da medida excepcional de interceptação, deve ser considerada um elemento crucial para o avanço na consolidação de um processo justo e equitativo.

Não se põe em causa que o criminoso travestido de advogado, que age em conluio com seu cliente, deve ser perseguido pelo sistema penal, inclusive tornando-se alvo de escuta, pois, ao atuar desta forma, perde a prerrogativa da inviolabilidade de suas comunicações, no entanto, tal incursão deve revestir-se da máxima cautela possível, tendo em vista os direitos e interesses em questão, já largamente especificados nos itens anteriores deste trabalho.

A definição do momento em que o advogado perde sua prerrogativa funcional é uma tarefa extremamente complexa, pois pressupõe um julgamento prévio sobre o modo como se comporta o referido profissional no assessoramento jurídico do seu cliente.

Como saber se o advogado está a atuar em função de uma estratégia de defesa ou em concurso com seu cliente em uma prática criminosa? De que maneira julgar o comportamento do defensor que possa parecer suspeito por servir como uma espécie de confidente do investigado, mas, que, mais tarde, revela-se apenas mais próximo dele, por questões de ordem pessoal (amizade, parentesco e outras) ou até mesmo

profissional, como no caso dos empresários, que mantém verdadeiros escritórios de advocacia a serviço das suas empresas e não de si mesmos?

Certamente, a resolução destas questões encontra abrigo em nível do regime de proibição de prova, contudo a preclusão desta análise poderá oportunizar a ocorrência de prejuízos desastrosos e incalculáveis ou para sociedade ou para o investigado, seu defensor e, principalmente, para, os não menos afetados, demais clientes do referido advogado²³.

Com o intuito de fornecer mecanismos eficazes para dar solução a este dilema, a Diretiva 2001/97/CE, aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da União Européia, que visa ao aperfeiçoamento dos instrumentos de combate ao branqueamento de capitais, em seu parágrafo 17^o²⁴, após reforçar o respeito ao segredo profissional dos advogados, que

²³ Sensível à complexidade da matéria, López Yagües (2003, p. 484) comenta que ““el problema no resulta indiferente a la doctrina, pero, el paso de la reflexión a las respuestas concretas, sin embargo, falla. Dar com la solución perfecta teniendo en cuenta lo delicado de los bienes en juego no es, quizás, posible, pero es claro que se aleja de toda aquella que recurra a la injerencia en el desarrollo de la comunicación Abogado-cliente. A nuestro juicio, la misma pasa por la adopción de las oportunas medidas en contra del abogado incumplidor, no sólo de sus deberes deontológicos, sino de la legalidad – por lo que habrá de depurarse su responsabilidad penal y civil consiguiente – y mantener a su cliente-imputado en el disfrute íntegro de su derecho a la asistencia y defensa letrada junto al resto de los que resultan instrumentales a su propia defensa”

²⁴ *Directiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho*

(17) Todavía, sempre que membros independentes de profissões que prestam consulta jurídica, legalmente reconhecidas e controladas, tais como os advogados, determinem a situação jurídica de um cliente ou representem um cliente no âmbito de um processo judicial, não seria adequado, ao abrigo da diretiva, impor a esses profissionais forenses, a respeito dessas atividades, uma obrigação de notificarem as suas suspeitas relativas a operações de branqueamento de capitais. Há que exonerar de qualquer obrigação de declaração as informações obtidas antes, durante ou depois do processo judicial, ou no processo de determinação da situação jurídica por conta do cliente. Por conseguinte, a consulta jurídica permanece sujeita à obrigação de segredo profissional, excepto se o consultor jurídico participar em atividades de branqueamento de capitais, se a consulta jurídica for prestada para efeitos de branqueamento de capitais ou se o advogado souber que o cliente pede aconselhamento jurídico para efeitos de branqueamento de capitais.

prestam consulta jurídica, admitindo por conta disso não ser razoável obrigá-los a comunicarem as suas suspeitas relativas às operações de lavagem de dinheiro, elencou três situações em que os mesmos não estarão acobertados pela prerrogativa mencionada, quais sejam: a) se o advogado estiver envolvido na atividade criminosa em comento b) se o seu aconselhamento for realizado para fins de branqueamento de capitais ou c) se ele souber que o cliente solicita a consulta para a prática do citado crime.

O mérito da Diretiva reside no fato de ter dado concreticidade a esta matéria, ao estabelecer as condições em que o advogado deixa de estar amparado por sua prerrogativa de segredo profissional e passa a ser visto como um alvo do mesmo modo que qualquer outro dos instrumentos de investigação criminal.

Assim, como na primeira situação elencada, se o advogado abandona o seu papel para atuar no mundo do crime, ou, como nas hipóteses seguintes, mesmo sem a necessidade de comprovação do ajuste prévio ou do liame psicológico com seu interlocutor, o advogado age com o conhecimento de que aquela atividade servirá para fins de lavagem de dinheiro, objetivamente, perderá a proteção decorrente do exercício da sua função de *múnus público*.

Percebe-se que as regras do jogo foram postas à mesa, de forma clara e acessível, ou seja, presume-se que o advogado nestes casos saiba que uma vez que sua conduta se adeque a qualquer uma das hipóteses mencionadas, não poderá invocar em seu favor a prerrogativa de segredo profissional e, por consequência, a inviolabilidade de suas comunicações telefônicas.

Outro meio de identificação concreto da conduta do advogado, que se utiliza da sua função para a prática do crime, alcança-se através de uma atuação presente e alerta do juiz²⁵,

²⁵ Exige-se que a colheita da prova seja realizada com a participação efetiva do juiz,

no transcorrer da investigação.

Caberá, portanto, ao magistrado analisar, com cautela, diante de tudo que fora apurado até aquele momento de decisão, se o defensor está envolvido de fato com o seu cliente na prática do crime ou se tão somente desenvolve o seu papel de forma dedicada e comprometida com os ideais de justiça.

Não será uma tarefa fácil de resolver, no entanto, deve-se recordar que o interesse na promoção da segurança pública existe em favor da sociedade e desse modo, diante da presença de fortes indicativos de participação do advogado em concurso com seu cliente em uma prática criminosa, o referido profissional deverá perder sim sua prerrogativa de sigilo, tornando-se alvo da interceptação telefônica.

Apesar de complexa, a discussão em torno do momento em que o advogado perde a prerrogativa inerente a sua função de *múnus público* e passa a ser tratado como um alvo qualquer leva-nos à constatação da existência de mecanismos eficazes que podem ser perfeitamente utilizados pelo Estado para este fim.

O primeiro deles, materializa-se através da elaboração de leis que estabeleçam condutas, descritas de forma clara e acessível aos advogados, que, uma vez praticadas, autorizem o sistema de justiça, face ao interesse na promoção da segurança pública, a implementar a vigilância das suas comunicações.

Vale ressaltar que tal instrumento não deve de modo algum inibir a atuação destes profissionais, paralisando-os em suas atividades e, por consequência, ferindo de morte o direito a uma defesa concreta e efetiva.

A outra possibilidade reside na atuação presente, alerta e cautelosa do juiz, no transcorrer da medida, que deverá zelar pelo bom andamento das investigações, analisando sempre de

durante todo o desenrolar da medida, por meio de um acompanhamento próximo e concreto, para que o magistrado possa sentir-se habilitado a decidir acerca da continuidade ou não da escuta. (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 543).

pronto possíveis ameaças de violação à prerrogativa do sigilo profissional do advogado.

6 PROBLEMA CENTRAL

Feitas estas considerações de fundo, que de um modo ou de outro abordam problemas periféricos, chega-se ao momento de fazer o enfrentamento do problema central do trabalho, que coloca em questão a validade e o alcance das provas obtidas através de escutas do defensor, quando o mesmo aparece como cúmplice de crime do catálogo, atribuído a seu cliente.

COSTA ANDRADE (2006, p. 298) apresenta a posição do Tribunal Federal da Alemanha em torno do assunto, o qual considera válidas as provas obtidas neste caso. Informa ainda que tal entendimento é compartilhado por inúmeros autores, dentre eles, SCHLÜCHTER, segundo o qual se o defensor, em função de sua atividade profissional, participa de um crime, deve ter esta sua condição reputada como a de maior importância a partir de então, depreciando por consequência a relação de defesa, sendo, assim, determinada a interceptação. E continua, explicando que a implementação da medida se dará sem a necessidade de previamente se determinar a extinção do contrato de mandato, pois, de outro modo, frustraria a investigação face à deterioração do elemento surpresa²⁶.

Críticas a este entendimento, aduz COSTA ANDRADE (2006, p. 298), têm se ouvido de vozes não menos importantes do Direito Alemão, tais como ROXIN, WELP ou RUDOLPHI. Defensores de uma resposta mais limitativa, adotam a

²⁶ O êxito de uma interceptação depende do seu elemento surpresa. Obviamente, se o alvo tiver conhecimento da vigilância das suas comunicações telefônicas passará ou a ter todo um cuidado especial com o que disser para não contrair prova contra si mesmo ou tão somente ficará em silêncio, sem atender chamadas ou efetuar ligações, podendo, inclusive, a depender do seu nível de astúcia, tentar conduzir os destinos da investigação, a partir da transmissão de informações inverídicas acerca dos fatos apurados.

compreensão da impossibilidade da produção ou valoração de provas em desfavor do arguido colhidas sobre defensor. Como argumento, acentua RUDOLPHI que a lei adjetiva não autoriza nenhuma restrição de comunicação entre o arguido e seu defensor.

Para dar a resposta ao problema, COSTA ANDRADE (2006, p. 299-300), invocando as considerações de WELP, coloca frente a frente interesses em colisão, de um lado, a idéia de que o direito à defesa não gera nenhuma imunidade ao defensor, e, de outro, a concepção de que a defesa não está a serviço do sistema de justiça penal, para assim chegar à conclusão da necessidade de uma “relativização da finalidade de tutela da proibição das interceptações”, que possibilite tanto a funcionalidade da defesa como garanta a posição do arguido. Exige assim um *splitting* da proibição de produção ou valoração da prova, que, segundo o autor, ROXIN e RUDOLPHI buscam materializar através do instituto da exclusão da defesa. No caso da Alemanha, afirma então que somente deste modo será admissível a realização de escuta sobre o defensor. Em Portugal, contudo, continua o professor, como não consta no ordenamento jurídico o referido instituto, defende que será através do regime de proibição de provas que se fará o *splitting* das mesmas, para, sob o fundamento da necessidade de garantia da “funcionalidade da defesa”, considerar válidas as provas obtidas através de escutas somente contra o defensor, jamais em desfavor do arguido²⁷.

Em contrariedade a este entendimento, ANDRÉ LAMAS LEITE (2004, p. 46) sustenta que a lei portuguesa não estabelece nenhum impedimento à utilização desta prova também contra o arguido. Acrescenta que a tutela da relação de

²⁷ López Yagües (2003, p. 483), finalisticamente, coaduna-se com o entendimento aqui manifestado, no sentido de não considerar possível o emprego das informações, obtidas no transcorrer de escuta telefônica sobre o defensor, contra o seu cliente, em razão de tal circunstância chocar-se frontalmente com os postulados inerentes ao direito fundamental à defesa deste último.

segredo e confiança estabelecida entre o arguido e seu defensor deve relativizar-se diante dos interesses da investigação, principalmente pelo fato dos próprios envolvidos não terem dispensado à mesma a devida importância nem agido em função da sua finalidade. Argumenta por fim que a mencionada proteção legal não serve para que o arguido, em razão da “funcionalidade da defesa”, escape da ação do sistema penal, a partir da não utilização da prova obtida na escuta em seu desfavor.

Diante das divergências expostas e face aos argumentos apresentados, vê-se que a solução do problema da validade e alcance das provas colhidas por meio da interceptação do defensor, quando o mesmo se revela partícipe de crime imputado ao seu cliente, mostra-se extremamente difícil de ser obtida sem um exame rigoroso de cada caso por estar em jogo a garantia de direitos e interesses consagrados constitucionalmente.

De fato, não há como deixar de considerar a forte densidade dos argumentos contrários à aceitação das provas obtidas, em escuta sobre o defensor, em desfavor do seu cliente, que patrocinam a sua inviabilidade por atentar contra o direito a uma defesa concreta e efetiva.

Entretanto, face ao entendimento de que o advogado que abandona o seu papel para agir no mundo do crime deixa de ser alcançado pelas prerrogativas inerentes a sua função de *múnus público*, como também principalmente pelo fato, neste caso em análise, do conluio com seu cliente revelar total desprezo de ambos pela finalidade visada pela garantia do sigilo destas comunicações, somado ainda ao postulado de que a promoção da segurança pública antes de tudo atua em favor da própria sociedade, mesmo causando por vezes restrições a direitos fundamentais, acolhe-se a posição quanto à validade das provas obtidas por meio de interceptações sobre defensor, não só em seu desfavor, mas também contra o arguido.

6 CONCLUSÕES

1. As legislações portuguesa e brasileira protegem as relações de segredo e confiança estabelecidas entre o argüido (investigado) e seu defensor, contudo autorizam a interceptação telefônica quando presentes fortes indícios de autoria e comprovação da prática criminosa por parte do advogado.

2. Brasil e Portugal consagram em seus ordenamentos jurídicos, a partir da concretização dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, critérios de admissibilidade das escutas sobre o defensor, que, mesmo relativizando as suas prerrogativas, garantem “a funcionalidade da defesa”.

3. A preservação, em regra, da inviolabilidade das comunicações entre o argüido e seu defensor é fundamental para a realização da justiça, do mesmo modo, que a sua relativização.

4. A decisão sobre a implementação de escuta telefônica sobre o advogado, suspeito de ter abandonado o seu papel de defensor da ordem jurídica para atuar no mundo do crime, em conluio com seu próprio cliente, fazendo-se valer para tanto das prerrogativas atinentes a sua função de *múnus público*, deve ser tomada com um zelo todo especial, traduzido por uma análise sempre meticulosa de cada caso, em meio à aplicação do princípio da proporcionalidade, para que desta forma possa impedir qualquer atentado ao direito de defesa deste e de outros clientes porventura também assistidos pelo referido profissional.

5. A garantia da não violação das relações de segredo e confiança estabelecidas entre o investigado e seu defensor, como também a proteção do sigilo profissional do advogado são pressupostos necessários para a materialização do acesso a uma defesa concreta e efetiva em uma sociedade democrática.

6. A possibilidade de escuta sobre o advogado, suspeito

de envolvimento na prática de crime, em concurso com seu cliente, de modo algum põe em risco a independência funcional do profissional encarregado da defesa, ao contrário, legitima o exercício da sua atividade e da advocacia como um todo, na medida em que evidencia a insatisfação social e o seu repúdio contra quaisquer práticas atentatórias à dignidade de tão importante função, indispensável à administração da justiça.

7. Assim como as legislações portuguesa e brasileira, a CEDH consagra em seus dispositivos a proteção necessária ao sigilo profissional do advogado como elemento indispensável à preservação da confidencialidade entre o investigado e seu defensor, admitindo, consoante interpretação sistemática do seu Tribunal, a possibilidade de realização de escuta sobre o encarregado da defesa, quando estiverem presentes indícios de autoria em seu desfavor e comprovação da materialidade delitiva.

8. A jurisprudência do TEDH tem identificado, em seus julgados, a falta de clareza e de acessibilidade das legislações internas dos Estados contratantes, que dispõe sobre a prerrogativa do sigilo profissional do advogado, como principal motivo para a não preservação das relações de confiança entre o acusado e seu defensor e, por consequência, da violação ao direito a uma defesa qualificada.

9. A definição do momento em que o advogado perde a sua prerrogativa de sigilo profissional, em termos práticos, é extremamente complexa, mas perfeitamente possível de ser alcançada com a utilização de ferramentas eficazes de controle externo da sua atividade, seja por meio de uma atuação judicial mais próximo da investigação, garantidora dos interesses fundamentais, seja através do estabelecimento de condutas pela própria lei, que, uma vez realizadas, legitimem os mecanismos de repressão penal a agir em função do interesse na promoção da segurança pública.

10. Por derradeiro, a validade e o alcance das provas

obtidas através de escutas sobre o defensor, quando o mesmo aparece como cúmplice de crime do catálogo, atribuído a seu cliente, têm sido alvo de divergências no mundo jurídico, encontrando-se as seguintes posições: de um lado, a que defende a legitimidade das provas obtidas somente contra o defensor, jamais contra o arguido e, de outro, entendimento compartilhado por este autor, relativo à compreensão de que as provas colhidas na interceptação devem ser usadas tanto contra o defensor como em desfavor do arguido.



REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Hans-Jörg. Vigilância das telecomunicações: análise teórica e empírica da sua implementação e efeitos. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Dir.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 725-743.
- ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do código de processo penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2009.
- ALVES, Rogério. Buscas e apreensões em escritórios de advogados : reflexões sobre o respectivo regime legal. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra, a.3. 2006. p. 725-738.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de, *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*, 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BACHMAIER WINTER, Lorena. Investigación criminal y protección de la privacidad en la doctrina del tribunal

- européu de derechos humanos. In: MENDES, Paulo de Sousa et al. (Orgs.). *2º Congresso de investigação criminal*. Coimbra: Almedina, 2010. pág. 161-185.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.
- CALDAS, Vitalino. O segredo profissional dos advogados. *Separata dos Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. II, Coimbra, 2005. p. 791-803.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- _____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- COSTA ANDRADE, Manuel da. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- EMMERSON, Ben; ASHWORTH, Andrew. *Human rights and criminal justice*. Londres: Sweet and Maxwell, 2001.
- LEITE, André Lamas. As escutas telefônicas: algumas reflexões em redor do seu regime...*Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 10-58.
- LÓPEZ YAGÜES, Verónica. *La inviolabilidad de las comunicaciones com el abogado defensor*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima. *Sob escuta*. Cascais: Príncípia, 2003.
- NORONHA E SILVEIRA, Jorge. O conceito dos indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (Coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 155-181.
- PORTUGAL. Procuradoria-Geral da República. Parecer nº

92/91.

SANTOS, Daniela Lacerda Saraiva. O princípio da proporcionalidade. In: PEIXINHO, Manoel Messias et al (Orgs.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 359-381.

SILVA RODRIGUES, Benjamim. *Das escutas telefónicas*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SUSANO, Helena. *Escutas telefónicas: exigências e controvérsias do actual regime*. Coimbra: Coimbra, 2009.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Escutas telefónicas: da excepcionalidade à vulgaridade*. 2. ed. Coimbra: Almedina. 2008.