MONITORAMENTO ESTATAL DA COMUNICAÇÃO ORAL DO DEFENSOR COM O DEFENDIDO NO PROCESSO PENAL: VIOLAÇÃO A GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E A PRERROGATIVAS PROFISSIONAIS

Edson Pereira Belo da Silva, Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC-SP (aguardando defesa), Especialista em Direito Penal e em Direito Processual Penal, Advogado Criminal, Membro da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípios Constitucionais e Dignidade Humana. Bens jurídicos constitucionais. 4. Direitos e Garantias Fundamentais do Acusado e Processo Penal. 5. Direito do Defendido à Comunicação Reservada com o seu Defensor. 6. Violação a Prerrogativas Profissionais. 7. Conclusão.

1. Introdução

O presente artigo busca demonstrar que a pretensão do poder estatal em monitorar as conversas dos advogados com os clientes nas unidades prisionais – notadamente aqueles investigados ou acusados da prática de delitos hediondos ou assemelhados e de comandar “organizações criminosas” –, não está em consonância com os princípios constitucionais que regem o Estado Democrático de Direito (artigos 1.º a 4.º) e os direitos e garantias fundamentais (artigos 5.º a 17) do defendido (investigado, indiciado, acusado, preso ou condenado), além do que viola as prerrogativas do advogado.

O monitoramento dessa comunicação particular sacrifica, sobretudo, a *dignidade humana* do defendido (CF, artigo 1.º, III), pois o Estado pode valer-se de prova ilícita para privar a sua liberdade por conta da violação à garantia do *devido processo legal* (CF, artigo 5.º, LIV), da qual são corolários os direitos de defesa e ao silêncio, dentre outros, em especial. Por sua vez, a *cidadania*, outro princípio fundamental (CF, artigo 1.º, II), também restará violado, na medida em que o cidadão defendido não mais terá preservado ou mantido e sigilo o conteúdo da sua comunicação reservada com o defensor, direito esse decorrente da Lei Maior, do Código de Processo Penal (artigo 185, § 5.º) e da Lei de Execução Penal (artigo 41, inciso IX).

Por outro lado, o defensor, portador de prerrogativas (CF, artigo 133, Lei n.º 8.906/1994, artigo 7.º, III) para o efetivo exercício de seu ministério constitucional e essencial à Justiça, terá quebrado o seu sigilo profissional, sem motivo legal justificado.

Tais princípios, direitos, garantias e prerrogativas não são absolutos, conforme entendimento doutrinário; pelo que cedem à decisão judicial motivada e específica, principalmente em relação ao defensor, o qual não pode valer-se de tais predicados legais para, eventualmente, praticar delitos, em concurso ou não com o defendido.

A entrevista pessoal e reservada com o advogado é um direito do cliente, preso ou não; ao passo que a comunicação livre e particular do defensor com o defendido é uma prerrogativa profissional, sobremaneira para o exercício da plenitude de defesa.

2. Princípios Constitucionais e dignidade humana

Os princípios constitucionais são aqueles que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica. Valores esses albergados pela Lei Maior com o escopo de dar sistematização ao documento constitucional, de servir como critério de interpretação e, sobretudo, expandir os seus valores, pulverizando-os sobre todo o universo jurídico.¹

Destarte, logo no seu Preâmbulo,² ou seja, antes mesmo de dar conteúdo aos seus atuais 250 artigos, a Constituição Federal de 1988 deixa assente que o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Os quatro primeiros artigos do texto constitucional vigente – os quais inauguram o Título I, denominado de “Dos Princípios Fundamentais” – delineiam os contornos básicos do Estado social e Democrático de Direito que identifica a nossa República. Neste referido título, além do regime democrático social, encontram-se expressos outros fundamentos, objetivos e, sobremaneira, princípios fundamentais

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18.^a ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 153-154.

² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24/03/2011.

regentes do Estado brasileiro, tanto no plano jurídico interno como nas relações internacionais.

Ainda nesse contexto, oportuno enfatizar que a Lei Fundamental em vigor foi à primeira na história do constitucionalismo pátrio a prever um título próprio destinado aos “Princípios Fundamentais”, situando logo na abertura do texto constitucional, após a aludida parte preambular e antes dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (CF, artigos 5.º ao 17).

Essa postura organizacional e valorativa do legislador Constituinte, deixa clara e inequívoca a sua intenção de outorgar aos princípios fundamentais a qualidade de normas embasadoras e informativas de todo ordenamento constitucional, inclusive dos direitos fundamentais, que também integram aquilo que se pode denominar de núcleo essencial da Constituição material. No mesmo sentido, e sem precedentes no aspecto evolutivo constitucional, foi o reconhecimento do princípio da dignidade humana, no âmbito do direito positivo.³

Dentre os princípios fundamentais descritos no artigo 1.º da Lei Maior,⁴ com o fim de desenvolver o presente estudo, destaca-se substancialmente dois deles, quais sejam: a “cidadania” e a “dignidade da pessoa humana”⁵ (incisos II e III, respectivamente).

O primeiro princípio (“cidadania”) consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade humana, da integração participativa no processo do poder, com igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir par o aperfeiçoamento de todos.⁶ Por sua vez, a expressão “cidadania”,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.104.

⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político”.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 24/03/2011.

⁵ Por ser a expressão “dignidade da pessoa humana” um pleonasma, a doutrina tem utilizado somente a expressão “dignidade humana”. Nesse sentido, é o entendimento de Luis Antonio Chaves de Camargo [*Diretos humanos e direito penal: limites da intervenção estatal no estado democrático de direito*]. In “Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva” (Criminalista do Século). São Paulo: Método, 2001. p. 74].

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 4.ª ed. de acordo com a emenda constitucional 53, de 19.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2007. p 36.

fundamento da República brasileira, não se resume apenas à posse de direitos políticos, mas, em acepção diversa, parece galgar significado muito mais abrangente, consubstanciado no pensamento de Hanna Arendt “do direito a ter direitos”; de modo que a idéia de cidadania está entrelaçada, intimamente, com a dignidade humana.

Quanto ao segundo princípio (“dignidade humana”), apesar da dificuldade da doutrina em defini-lo, pode-se afirmar ser ele um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar. Ademais, tal princípio fundamental apresenta-se em uma dupla concepção: em primeiro lugar prevê um direito individual protetivo, seja em relação ao próprio Estado, seja em relação aos demais indivíduos; ao passo que, em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.⁷

A doutrina constitucional tem entendido que se a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, ela repousa na dignidade humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado. Como característica essencial da pessoa, a dignidade é um princípio que coenvolve todos os princípios relativos aos direitos e também aos deveres das pessoas e à posição do Estado perante elas. Na qualidade de princípio axiológico fundamental e limite transcendente do poder constituinte, ter-se-á que a dignidade humana como um *metaprincípio*.⁸

Como se vê, uma das características salientes do Estado de Direito de que aqui se trata é seu comprometimento prioritário, não como o Estado e o poder instituído constitucionalmente, mas com os direitos fundamentais, inerentes à cidadania, razão de ser, justificativa primeira e última de um Estado que se pretenda verdadeiramente democrático.⁹

⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 1.ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 129.

⁸ MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais*. In “Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana”. 2.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 169-170.

⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais*. In “Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana”. 2.ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 307.

Portanto, os princípios constitucionais fundamentais, em especial o da “dignidade humana”, norteiam o ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo assim limites para atuação estatal na sociedade contemporânea, sobremaneira na esfera penal.

3. Bens jurídicos constitucionais

A Constituição Federal delimita quais são os bens jurídicos relevantes carecedores de proteção do Direito Penal (vida, liberdade, propriedade, igualdade, segurança, artigo 5.º, *caput*). No presente estudo, apenas duas categorias de “bens jurídico-penais individuais merecem destaques”: a) os bens jurídicos denominados personalismos, como a *vida*, a *integridade física*, a *liberdade*, a *honra*; b) e os bens pessoais, como o *patrimônio*.¹⁰ Bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito normativo penal, por se revelarem insuficientes em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico em outras áreas extrapenais.¹¹

Vale ressaltar, que o legislador ordinário penal, visando à incriminação de certas condutas, deve sempre se nortear pelas diretrizes estabelecidas na Constituição Federal e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal, pois, como já enfatizado, os bens dignos ou merecedores de tutela penal são, em princípio, os de indicação constitucional específica e aqueles que se encontram em harmonia com a noção de Estado de Direito. O recurso à privação de liberdade deve ser a *ultima ratio*, quando absolutamente indispensável.¹²

Uma vez violado bem jurídico-penal, nasce para o Estado o dever de prestar a tutela jurisdicional à sociedade, por meio do devido processo legal, com vistas a punir o infrator da norma repressora, segregando-lhe o bem jurídico-constitucional mais caro, depois da *vida*, a *liberdade* de locomoção.

Qualquer que seja o bem jurídico-penal individual violado, sempre resultará em ofensa à dignidade humana da vítima. Por outro lado, sem a fiel observância do

¹⁰ PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção jurídico-penal e direitos universais: tipo, tipicidade e bem jurídico universal*. São Paulo: Quartie Latin, 2008. p. 93. O mesmo autor, nesta obra, leciona ainda sobre os bens-jurídicos supra-individuais ou universais.

¹¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-07-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

¹² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 76, 78 e 85.

devido processo legal (e penal), no tocante a persecução penal, o investigado, indiciado ou acusado, de igual forma, também terá sua dignidade humana violada, mas pelo Estado.

4. Direitos e garantias fundamentais do acusado e processo penal

A dignidade humana, como foi visto, a partir da Constituição brasileira de 1998 passou a ser parâmetro de interpretação jurídica para todas as áreas do Direito, de sorte que, sem exagero, o sistema jurídico pátrio gravita em torno desse fundamental princípio.

Para salvaguardar ou proteger mencionado princípio, a mesma Lei Maior estabeleceu um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, notadamente no âmbito do Direito Penal e Processual Penal, tanto que a doutrina nacional passou a denominá-los de “Constituição Penal”, “Processo Penal Constitucional”, dentre outros, justamente porque tal norma fundamental cuidou de prevê-los.

A doutrina processual, por seu turno, tem entendido no sentido de que o direito processual, como ramo do direito público, tem suas diretrizes fundamentais traçadas pelo direito constitucional, a ponto de asseverar que o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade. Mas, além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela norma constitucional.¹³

Pode-se afirmar, por esse pensamento doutrinário, que o Processo Penal é instrumento pelo qual se materializam os direitos e garantias fundamentais do cidadão investigado ou acusado. Vale dizer ainda, que o processo constitui a primeira e mais fundamental garantia do indivíduo, pois é por meio desse instrumento, que se realiza a proteção efetiva dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição.¹⁴

Sob esse enfoque, percebe-se que o acusado não é um mero “objeto” da investigação criminal ou uma simples “coisa” no processo penal, mas sim sujeito

¹³ ARAUJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO; Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78. No mesmo sentido, isto é, “de que o direito processual penal é verdadeiro direito constitucional aplicado”: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. v. I. p. 74.

¹⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 28.

(cidadão) de direitos e garantias, cujo qual também goza dos sobreditos princípios fundamentais, mais especificamente, da dignidade humana. Ora, tanto é patente essa garantia-proteção penal-constitucional que a Constituição Federal resguarda a “dignidade física e moral do preso” (artigo 5.º, XLIX); de modo que, com relação ao investigado ou acusado em liberdade, a exegese não pode ser diferente.

A preservação do bem jurídico “liberdade”, um dos fundamentais e invioláveis direitos da pessoa no Estado Democrático de Direito, encontra fundamento nas garantias constitucionais, inerentes ao devido processo penal, previstas no artigo 5.º, a saber: a) *acesso à justiça penal* (LXXIV e LXXVII); b) *juiz natural em matéria penal* (XXXVII, XXXVIII e LIII); c) *tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo penal* (*caput* do artigo 5.º); d) *plenitude de defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes* (XXXVIII, a, LV); e) *inadmissibilidade do uso de prova ilícita* (LVI); f) *da publicidade dos atos processuais penais* (LX); g) *direito à não auto-incriminação, ao silêncio e à assistência familiar e de advogado* (LXIII); h) *liberdade provisória* (LXIV); i) *motivação dos atos decisórios penais* (artigo 93, IX); j) *duração razoável do processo penal* (LXXVIII); l) *legalidade da execução penal* (XLV, LXVI, LXVII, LXVIII, LXIX, L, LXXV).

5. Direito do defendido à comunicação reservada com o seu defensor

Importante frisar, desde logo, que o atual Código de Processo Penal, em seu artigo 185, § 5.º, prevê que “Em qualquer modalidade de interrogatório, ¹⁵ o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor”. Idêntico direito está previsto na Lei n.º 7.210/1984 (LEP, artigo 41, inciso IX).

Essas previsões legais decorrem, sobretudo, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 – *Pacto de San José da Costa Rica*, que passou a integrar o nosso sistema jurídico por força do imperativo constitucional (artigo 5.º, § 2.º) ¹⁶ e do Decreto Presidencial n.º 678, de 6 de novembro de 1992 – a qual em seu

¹⁵ Após o advento da Lei n.º 11.719/2008, o interrogatório passou a ser um verdadeiro meio de defesa, haja vista que o acusado é ouvido somente depois das testemunhas de acusação e defesa, bem como após conhecer todas as demais modalidades de provas encartadas nos autos. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16.ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009. p. 511. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008. p. 326. Para ele o interrogatório do acusado encontra-se inserido fundamentalmente no princípio da ampla defesa.

¹⁶ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

artigo 8.º, 2, d, estabelece o direito do acusado de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se com ele livremente e em particular.

As expressões “entrevista reservada” e “comunicar-se livremente e em particular” deixam claro, a nosso sentir, que esse caráter reservado ou particular da entrevista do defendido com o seu defensor está revestido de sigilo, de modo que o conteúdo dessa entrevista goza de inviolabilidade, só podendo ser revelado pelo próprio defendido, posto ser dever legal do advogado (artigos 34, VII, da Lei n.º 8.906/1994, e 154 do Código Penal) guardar para si tudo o que ouviu e sabe do cliente.

Pouco importa se o defensor é constituído ou público, ainda sim o investigado ou acusado tem o direito de se comunicar com ele de forma livre e particular, isto é, sem as presenças de terceiros no local da entrevista e de sistema de monitoramento do áudio ou da comunicação. Oportuno frisar que mesmo sendo a aludida entrevista particular realizada por meio de videoconferência (CPP, artigo 185, § 4.º), fundamental é que o conteúdo dessa comunicação restrinja-se apenas ao defensor e defendido.

A entrevista reservada pode ser exercida livremente pelo defendido a qualquer momento da persecução criminal ou da execução penal, devendo a autoridade pública (policial, judicial, prisional) cuidar para que a sigilosidade do seu conteúdo se mantenha preservada, fornecendo os recursos materiais (parlatórios condignos e sem monitoramento da comunicação, por exemplo), pois, como dito, ela é inviolável.

Não haveria sentido lógico algum a legislação citada tornar reservada ou particular a entrevista do defendido com o seu defensor se depois ela seria revelada, no todo ou em parte, pelos agentes públicos que a monitoram, sem decisão judicial. O ordenamento jurídico não é perfeito porque os seres humanos também não o são; porém, acredita-se que esse ordenamento tem um sentido lógico para o qual foi criado.

O desrespeito à entrevista particular ou à comunicação oral reservada, por meio do monitoramento estatal, implica diretamente na violação de pelo menos quatro dos mencionados direitos e garantias constitucionais de processo penal, quais sejam: a *plenitude de defesa*, a *proibição do uso de provas ilícitas*, o *direito ao silêncio* e a *assistência de advogado*.

É na comunicação reservada que o defendido leva ao conhecimento do defensor, detalhadamente, a sua versão sobre os fatos e as circunstâncias que lhes são atribuídos pelo Estado. Depois de tomar conhecimento do que lhe foi revelado, o defensor traça uma estratégia defensiva, erguendo teses, e, com a aquiescência do defendido, passa a materializá-las nos autos da investigação ou da ação penal.¹⁷

É nesse instante, vale salientar, que o defendido faz revelações substanciais e comprometedoras ao seu defensor, cujas quais podem até implicar na segurança de ambos e de seus familiares, já que a questão poderia estar a envolver pessoas poderosas, do setor público e privado, como é comum acontecer, inclusive em todas as Regiões do país. Mesmo que as informações absorvidas do defendido, na entrevista reservada, sejam até certo ponto “irrelevantes” e digam respeito apenas a ele, ainda sim elas estão acobertadas pelo manto da inviolabilidade.

O desejado monitoramento pelo Estado dessa “entrevista reservada ou particular” – daí a efetiva necessidade de decisão judicial para tanto –, além de violar o sigilo da comunicação, também atinge o *direito ao silêncio* do defendido, cujo qual, ao revelar sua versão fática para o defensor, ainda que a título de desabafo, pois sabe da incidência do sigilo profissional, é posteriormente surpreendido nos autos (e hoje extra-autos) com a revelação do diálogo que confidenciou somente ao defensor.

Mas, se por ventura, na entrevista reservada e “monitorada” pelo poder estatal, constar à confissão do defendido ou detalhes relevantes do delito a ele imputado, isso pode ser tido como prova contra ele, mesmo que tal monitoramento tenha sido determinado por decisão judicial? E essa prova é válida para efeito de condenação, uma vez silenciando o acusado por completo no feito? Diante do monitoramento, de que forma o defendido deverá proceder para se comunicar reservadamente com o defensor, visando elaborar sua defesa? Se o silêncio imperar nas entrevistas com os presos, por causa da possibilidade do seu monitoramento

¹⁷ Para se evitar que as teses do acusado venham colidir com àquelas eleitas pelo defensor, e vice-versa, é indispensável que ambos estejam sintonizados nas mesmas teses, daí a necessidade de o defensor revelar para o acusado toda a estratégia defensiva, bem como as teses. Exemplo: no crime de competência do Tribunal do Júri, o acusado pode defender no seu interrogatório que agiu em legítima defesa, ao passo que o defensor pode sustentar apenas a tese de homicídio privilegiado. Ou, ainda, o réu sustenta a negativa de autoria, enquanto que o advogado trabalha com a tese do homicídio simples ao defender o afastamento das qualificadoras. O defensor deve ser ético e manter o defendido bem informado acerca do andamento e conteúdo das investigações ou do processo, pois é a liberdade e patrimônio do cliente ou assistido que está em jogo.

pelo Estado, qual milagre o defensor deve operar para dar efetividade ao princípio da plenitude de defesa? Além disso, os dados, as estratégias e teses defensivas reveladas à polícia e à acusação, por conta da monitoração da entrevista, não ensejam na violação do princípio da não auto-incriminação do defendido? Por fim, como é possível defender-se amplamente se o Estado tem conhecimento daquilo que o defendido falou e revelou ao seu defensor?

As indagações sobre essa questão são inúmeras. Destarte, não convence e não se justifica o argumento absurdo de que o monitoramento dos diálogos entre defensor e defendido ou preso se enquadra na política criminal da segurança pública, na medida em que essa forma poderia prever a prática de delitos e, sobremaneira, o fim do controle das “organizações criminosas” por presos. Essa alegação das autoridades públicas, que compartilham dessa visão retrograda e inconstitucional, é de toda genérica e discriminatória, dando a entender que são os advogados autênticos “pombos-correio” dos seus clientes.¹⁸

Seja advogado, seja qualquer outra pessoa que tenha acesso ao preso ou com ele se comunica, deve ser alvo de intensa investigação policial quando o fim da comunicação ou entrevista com o preso apresenta fundadas suspeitas de fugir da estrita legalidade, especialmente. E o caminho a ser seguido pela polícia, notadamente quanto ao seu defensor, é a investigação inteligente, despreguiçosa e externa, ou seja, no cotidiano forense do advogado, e não na monitoração de suas conversas com o preso nas unidades prisionais e nas audiências por videoconferência.

A prevalecer essa visão estatal, no mínimo teratológica, dentro do Sistema Penitenciário nacional, quiçá um dia nas audiências criminais e julgamentos no Tribunal do Júri, quando do primeiro contato entre defensor e defendido, assim como nos Distritos policiais, deve os respectivos agentes públicos expandir essa “modalidade” de monitoramento ou de interceptação de conversas para as “visitas íntimas”¹⁹ nas prisões, posto ser possível, naquele momento íntimo do preso com a visitante, ouvir-se algo que lhe comprometa criminalmente. Tudo em nome da investigação criminal e da segurança pública.

¹⁸ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-dez-02/oab-sp-repudia-monitoramento-conversa-entre-advogado-cliente>. Acesso em 26/03/2011.

¹⁹ Há uma intensa discussão doutrinária sobre esse tema, daí a razão de tê-lo colocado entre aspas.

O Estado, paulatinamente, sob o pretexto de combater a “criminalidade organizada”, a todo custo, vem ampliando o número de violações a direitos e garantias dos investigados e dos acusados, principalmente. Chega-se ao ponto de nada mais ser surpreendente em termos de desrespeito à Lei Fundamental.

Quando o poder estatal defende publicamente o sacrifício dos direitos e garantias constitucionais do defendido, encurtando assim as investigações policiais para logo se chegar ao resultado que satisfaça o interesse da coletividade ou da sociedade, percebe-se que o Estado Democrático de Direito está mesmo na “UTI” (Unidade de Terapia Intensiva), diante dos sinais iminentes de falência parcial de alguns dos seus órgãos.

Ao contrário dos pensamentos retrógrados e desumanos, na investigação policial ou na busca pela produção de prova, o Estado Democrático de Direito não admite a adoção do popularmente conhecido “vale tudo probatório”, como a adoção da prova ilícita para condenar.

Existem critérios legais e científicos rigorosos a serem observados e seguidos pela investigação policial, notadamente na apuração dos crimes hediondos e assemelhados; de sorte que, se o Estado ainda pretende cumprir a sua função constitucional de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional penal justa e democrática, deve resguardar e dar efetividade aos direitos e garantias do defendido, pois, do contrário, sem o fiel respeito à Constituição Federal será difícil se afastar ou se distinguir das nações totalitárias e involuídas.

A democracia processual penal se revela, em especial, com a efetividade da garantia do *devido processo legal*, a qual reclama rigorosa observação de todas as formalidades prescritas na legislação para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflitos de interesses socialmente relevantes, quais sejam, o *punitivo* e o de *liberdade*.

É Inadmissível a privação da liberdade sem a garantia consubstanciada num processo desenvolvido na forma que a lei estabelece, dotada de todas as garantias do processo legislativo. Esse é um postulado universalmente concebido e contemplado pelos ordenamentos jurídicos de todos os países que se personificam num Estado de Direito.²⁰

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3.^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 77.

6. Violação às prerrogativas profissionais

O defensor, por conta do cotidiano forense criminal, acaba por desenvolver, dentre outras, duas qualidades substanciais para o bom desenvolvimento da defesa, são elas: saber ouvir atentamente o defendido e investigar os mínimos detalhes dos fatos que caracterizam ou não o tipo penal. Realmente, o ofício mais humano do advogado é o de ouvir o cliente, ou seja, de dar às almas inquietas o alívio de encontrar no mundo um confidente imperecível das suas inquietações.²¹

No processo penal, em regra, essa audição do defendido a que se submete o defensor dá-se num lugar reservado na parte interna da unidade prisional, denominado de parlatório, onde o advogado se comunica reservadamente com o preso. Trata-se, na verdade, de uma prerrogativa profissional, prevista na Lei n.º 8.906/1994, artigo 7.º, III,²² que decorre do artigo 133 da Constituição Federal, a qual tem o advogado como “indispensável a administração da justiça”, colocando-o no Capítulo “Das Função Essencial à Justiça”.

Portanto, a prerrogativa de comunicar-se pessoal e reservadamente com o preso, ainda que incomunicável, está constitucionalmente amparada, não sendo ela nenhum privilégio. Pelo contrário, as prerrogativas profissionais dos advogados são definidas como um conjunto de direitos e garantias que lhes é especificamente dirigido para o exercício livre da profissão ou ministério com interesse social.²³

A prerrogativa profissional em referência envolve também o caráter de sigilidade do conteúdo da comunicação, como visto anteriormente, de sorte que, no exercício dessa prerrogativa, é vedado qualquer interferência ou impedimento de órgão estatal e de seus agentes. Nem mesmo o defensor, voluntariamente e sem justa causa, poderá quebra o sigilo da comunicação, sob pena de responder penal, cível e administrativamente.

No universo jurídico atual, o “direito ao sigilo”, destinado a proteger o segredo da pessoa e integra o rol dos direitos fundamentais do cidadão, cujos quais

²¹ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogado*. Lisboa, 1940. p. 181.

²² “Comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis”.

²³ TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. Florianópolis: OAB Editora, 2006. p. 21.

são invioláveis, inclusive em face do legislador infraconstitucional. O sigilo profissional, que resguarda a comunicação reservada com o defendido, é um dever legal imposto ao advogado (artigos 34, VII, da Lei n.º 8.906/1994,²⁴ e 154 do Código Penal²⁵) com o escopo de assegurar a plenitude de defesa do cidadão defendido, protegendo-se o seu segredo.

A doutrina constitucional entende que o sigilo das comunicações não é somente um corolário da livre expressão do pensamento, mas também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade. Romper a confidencialidade dessa comunicação é frustrar o direito do emissor (do defendido) de escolher o destinatário do conteúdo de sua comunicação.²⁶

Tendo em conta esse cenário legal, pode-se afirmar que o defensor está submetido a rigoroso dever de sigilo que se reveste de significativa relevância, sobremaneira pela garantia do direito de defesa, essencial à liberdade e à personalidade.²⁷ E esse direito de defesa, que é princípio de ordem pública, apenas pode ser exercido em toda sua plenitude com a garantia da inviolabilidade do segredo profissional, de maneira que o advogado está obrigado a guardar esse segredo, não só pela força da lei, como por dever fundamental e consciência profissional, superior à vontade.²⁸

O anterior Estatuto da Advocacia, Lei n.º 4.215/1963, mais especificamente nos artigos 87, V, e 103, VIII, também impunha ao advogado o dever de proteção do sigilo profissional. Na preservação desse sigilo, vale ressaltar, muitas das vezes reside não somente a segurança do cliente, mas quiçá a sua própria vida.²⁹

Diante da previsão legal da referida prerrogativa profissional, que busca dar efetividade aos sobreditos direitos e garantias do defendido, não pode o Estado violá-la sob o pretexto infundado de se estar investigando certa “organização

²⁴ Artigo 34 - “Constitui infração disciplinar: VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional”.

²⁵ Artigo. 154 - “Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COLEHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 392.

²⁷ GONZAGA, João Bernardino. *Violação de segredo profissional*. São Paulo: Max Limonad, 1976. 88p.

²⁸ SODRÉ, Rui de Azevedo. *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*. 2.ª ed. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. p. 303.

²⁹ HADDOCK LOBO, Eugênio R.; COSTA NETTO, Francisco. *Comentários ao Estatuto da OAB e às Regras da Profissão do Advogado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 244.

criminosa” da qual o defensor seria suposto integrante ou sócio e não advogado no exercício do seu mister.

Para ultrapassar, legalmente, a prerrogativa do sigilo ou da inviolabilidade das comunicações do advogado, constante da Lei n.º 8.906/1994, artigo 7.º, II,³⁰ monitorando as suas conversas com o cliente, até mesmo no parlatório de unidade prisional, além de outras medidas legais, é de todo necessário que ele seja alvo da investigação criminal ou sujeito passivo na ação penal, conforme expressa exigência dessa mesma norma específica, artigo 7.º, § 6.º.³¹

É preciso, portanto, que a decisão judicial, que objetiva monitorar a conversa reservada do advogado com o cliente, mesmo que na prisão, esteja muito bem fundamentada, demonstrando à presença dos requisitos processuais penais de materialidade e de indícios de autoria, além de especificar, pormenorizadamente, a finalidade da providência acautelatória judicial.

Nessa situação, não é mais o advogado que é alvo da busca da prova para investigação policial ou ação penal, mas sim o cidadão, que resvalou para o crime, não podendo ele valer-se da prerrogativa de inviolabilidade ou sigilo dos meios de exercício profissional.³²

Não havendo decisão judicial, devidamente motivada e pormenorizada, que retire o manto da inviolabilidade, somente para o caso em concreto, o agente público não poderá ter acesso ao conteúdo dessa comunicação e muito menos monitorá-la, pois, se assim proceder, violará tal prerrogativa, devendo ele responder por essa infração no âmbito administrativo, cível e penal.

É preciso asseverar, que o agente público, exceto por determinação judicial, como já mencionado, jamais poderá ter acesso ou monitorar a comunicação reservada ou particular do defensor com seu defendido. Isso porque o conteúdo dessa conversa, revestida de inviolabilidade e de natureza profissional, não lhe diz

³⁰ “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”.

³¹ “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 à 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”.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

respeito – sequer para saciar a sua curiosidade –, nem mesmo ao órgão estatal para o qual serve.

Oportuno lembrar, que gabinetes de magistrados foram alvos de buscas e apreensões determinadas pela Justiça,³³ motivadamente, revelando assim que nem mesmo os membros do Poder Judiciário podem se valerem de suas prerrogativas (Lei Complementar n.º 35/1979, artigo 33) para infringir a norma penal.

Necessário assentar que o profissional do direito, portador de prerrogativas para o exercício de nobre função, não é um “marginal”; dessa forma, não pode ser ele presumido ou tratado como tal. Entretanto, ao infringir a lei penal, e nessa qualidade de infrator, ele não pode lançar mão de certas prerrogativas, exclusivas do operador do direito, para obstacularizar ou impedir o Estado de buscar provas com vistas a comprovar determinada prática delitiva.

Finalmente, deve o magistrado observar os princípios da inércia e imparcialidade que são corolários do processo penal democrático e justo, decidindo apenas quando expressamente provocado pelas partes – Ministério Público e Defesa – tanto de forma cautelar como no mérito da ação penal.

7. Conclusão

É um dever constitucional do Estado investigar e punir todas às praticas tidas como criminosas, independentemente de que sejam seus autores. Para tanto, a Constituição Federal lhe impõe determinadas regras e critérios normativos rigorosos que devem ser cuidadosamente observados, sob pena de ampla responsabilização do agente público.

A cidadania e a dignidade humana, sobretudo, como princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como os valores constitucionais eleitos pela sociedade representada, exigem dos órgãos estatais e de seus agentes uma permanente vigilância.

O ordenamento jurídico pátrio gravita em torno da dignidade humana, indistintamente, sendo que, nas suas relações internacionais, o Estado brasileiro tem como prevalência os direitos humanos.

³³ Disponível em: http://www.conjur.com.br/2007-abr-20/juizes_cobravam_150_mil_liminar_afirma_pf. Acesso em 31/03/2011.

Os bens jurídicos penalmente tutelados, quando violados, dão origem à persecução penal, a qual é toda norteadada pelos princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Vale dizer, com isso, que a Lei Maior fundamenta todas as normas de Direito Penal e Processual Penal.

O Direito Processual Penal é o instrumento jurídico pelo qual às garantias fundamentais esculpidas na Constituição Federal se materializam, é o verdadeiro Direito Constitucional aplicado; de modo que a violação ou a inobservância dos seus dispositivos pelos agentes e órgãos estatais implica na ausência de aplicabilidade da Lei Fundamental.

Durante a persecução penal, não é permitido ao Estado produzir provas ou combater a “criminalidade organizada” infringindo dispositivos legais, ora ignorando os direitos e garantias fundamentais do defendido ou do preso, ora violando as prerrogativas do advogado, haja vista que todas as suas ações devem estar resguardadas de estrita legalidade.

O monitoramento da entrevista ou da comunicação reservada entre o defensor e o preso, e vice-versa, sacrifica, de uma só vez, direitos, garantias e prerrogativas. O sacrifício substancial desses predicados que o Estado pretende impor, em prol de um “combate” a “criminalidade organizada”, desequilibra o sistema jurídico processual penal e torna-o antidemocrático.

O Desrespeito à democracia processual penal, decorrente das garantias constitucionais historicamente conquistadas pela sociedade contemporânea, afronta o princípio fundamental da dignidade humana do defendido e de seu defensor, na medida em que o primeiro é impedido de se defender plenamente, enquanto o segundo de exercer livremente constituição profissional regulada por lei.

Às prerrogativas dos advogados, doutrinariamente definidas como um conjunto de direitos para o efetivo exercício da função constitucional essencial à Justiça – e longe de ser “privilégios” –, são indispensáveis ao exercício da plenitude de defesa do defendido.

A manutenção do sigilo da comunicação pessoal e reservada do advogado com o cliente, também tem como característica essencial à preservação da integridade física de ambos e de seus familiares, posto ser comum o conteúdo dessa entrevista ensejar substancial perigo, se revelado ou tornado público.

Tanto as prerrogativas do defensor como os direitos e garantias fundamentais do defendidos cedem diante de decisão da Justiça Criminal motivada e pormenorizada, com a observação rigorosa e integral dos requisitos processuais penais de materialidade e de indícios de autoria.

O monitoramento da comunicação oral do advogado com o preso, realizado pelo agente estatal, sem fundada e pormenorizada determinação judicial, é de todo arbitrário e delituoso, requisitos próprios do Estado autoritário que não respeita a norma fundamental, resultando assim em manifesta violação de sigiloso profissional tutelado pela Constituição Cidadão e pelo Código Penal.

A investigação policial sempre dispõe de outros eficientes e legais meios ou instrumentos investigatórios para obtenção da prova (lícita) almejada. Mas, por vezes, as pressões de políticos, da sociedade, da mídia e, enfim da opinião pública, forçam os investigadores a encurtarem a longa jornada investigativa para, sem qualquer pudor, violarem as normas acima mencionadas, no intuito de se apresentar resultados imediatos.