

Da inviolabilidade do Escritório de advocacia, de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativa ao exercício profissional

The inviolability of the firm, their tools, their written correspondence, electronic, telephone and telematics, since relative to professional practice

Carlos Eden Melo Mourão¹

Resumo

O presente artigo tem como espoco fazer um estudo analítico acerca da inviolabilidade do Escritório de advocacia, de seus instrumentos de trabalho e de sua correspondência escrita, eletrônica e telemática, desde que relativa ao exercício profissional, à luz do prisma constitucional, penal, sociológico e das normas infraconstitucionais (lei 8.906/94 e suplementares). Visa ainda a preservação da Ordem Constitucional, e a correta manutenção e preservação das prerrogativas do Advogado, quando em seu mister, afastando, destarte, a arbitrariedade no que diz respeito a violação do seu escritório profissional e de seus instrumentos de trabalho e afetos.

Palavras-chaves: Inviolabilidade; Escritório de Advocacia; Instrumentos de trabalho; Correspondências escritas; Correspondências telefônicas; Correspondências telemáticas.

¹ Advogado, Membro da Comissão de Defesa das Prerrogativas da OAB/CE, Presidente da Subcomissão de Defesa das Prerrogativas –Área Justiça Federal, Membro da Associação dos Advogados do Ceará-AACE e Pós-Graduando em Processo Civil e Gestão processual pela Escola da Magistratura do estado do Ceará-ESMEC.

Abstract

This article presents an analytical study of the inviolability of law firms, their work tools and their written, electronics and telematics correspondences, since relative to professional practice, in light of the constitutional prism, criminal, sociological and of infra-constitutional norms (Law 8.906/94 and supplementary). It also aims to preserve the constitutional order, and the proper maintenance and preservation of the prerogatives of Attorney when in his profession away, Thus, the arbitrariness with regard to breach of their professional office and their tools and affections.

Keywords: Inviolability; Law Office; work tools; Written and Telephone correspondences; Telematic interchanges.

1 Introdução

Remonta a Roma antiga, na origem do direito em si, a ideia de propriedade como parte integrante do patrimônio individual, particular. Os Romanos primitivos nominavam como *res Mancipi* as coisas mais úteis para si, entendendo como algumas dessas o solo situado em Roma e na Península Itálica, bem como os imóveis situados sobre esses fundos, além das servidões prediais.

Da evolução acerca do entendimento da propriedade como parte integrante do patrimônio do indivíduo, chegou-se a moderna noção de propriedade, e por via oblíqua a ideia de ocupação da propriedade como “morada ou edifício que se destina a habitação”², isto é, a ideia de casa.

Em consequência da ideia de casa como morada, logrou-se o entendimento de sua inviolabilidade, a ideia da morada como ambiente sagrado onde não se pode perpetrar em seu núcleo sem autorização dos moradores.

Foi a partir das tradições inglesas que se petrificou o instituto da inviolabilidade domiciliar, tendo-se a ideia de que nem mesmo o poder mais prestigioso que pairava sobre a terra podia ingressar na casa sem consentimento do morador, qual seja, o poder do Rei. Neste diapasão, em citação feita por Alexandre de Moraes na obra “Direito Constitucional”, 18ª Edição, p.49, este lembrou que em épocas remotas, Lord Chatham, parlamentar britânico,

2 Dicionário Eletrônico Houaiss, edição 2006.

proferiu discurso no Parlamento Inglês da seguinte forma:

O homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar.

Com a evolução das civilizações e advento de Constituições, cartas políticas voltadas para proteção do Estado e do indivíduo, criou-se a ideia de constitucionalizar os direitos fundamentais destes, dentre os quais se encontra a inviolabilidade do domicílio.

Com efeito, com o progresso do Direito Constitucional e das sociedades modernas, o instituto da “casa” teve seu conceito ampliado, compreendendo-se “casa” também como “todo local, delimitado e separado, que alguém ocupa com exclusividade, a qualquer título, inclusive profissionalmente”³. A dimensão do termo tomou amplitude, como se pode observar, que alcança não tão somente o local de morada, mas também o próprio local de trabalho do indivíduo, sendo aí o ponto celular do presente estudo.

Não é novidade informar que não foi diferente aqui no Brasil a proteção Constitucional do domicílio como local inviolável, sendo escudado pela nossa *lex constitucionalis* de 1988 no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), em especial no art.5º, inciso XI, donde se depreende que “A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial” (art.5, XI, CRFB/88), sendo sua violação considerada crime no âmbito do direito penal, conforme se vislumbra do art.150 do Código Penal.

Da Análise do inciso XI do art.5º da CRFB/88, observa-se que a *lex maior* deixou exceções à regra da inviolabilidade do domicílio, quais sejam, em casos de flagrante de delito ou desastres, para prestar assistência em socorro, ou durante o dia por determinação judicial, entendendo-se dia o horário compreendido entre as 6h da manhã às 18h, como entende o constitucionalista José Afonso da Silva e o penalista Fernando da Costa Tourinho Filho, e

3 Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Editora Atlas, 2005, p.49.

entendendo dia como o lapso astronômico compreendido entre a aurora e o pôr do sol os doutrinadores Júlio Fabbrini Mirabete e Guilherme de Souza Nucci. Em razão de empreender horário para cumprimento da exceção a infranqueabilidade domiciliar nos casos de “dia”, com o fito de evitar abusos por conta da policial judiciária e ou pelo Poder Judiciário, é prudente que se determine que “dia” é o horário compreendido entre às 6h da manhã às 18h.

2 Desenvolvimento

Pois bem, feita as breves digressões históricas e conceituais, importante lembrar que a noção de domicílio compreende também o local, espaço físico (quarto, apartamento, sala comercial, cubículo, etc.), onde o indivíduo exerce seu munus, sua mais rebuscada ou humilde profissão, sendo aí o objeto do presente debate.

Para se poder entender melhor a inviolabilidade do domicílio-local de trabalho, e, por conseguinte, do escritório profissional do advogado, com a devida vênias as demais profissões, salutar se faz informar que a advocacia foi à única profissão a ser abroquelada pela Carta Política pátria, em especial inserindo em seu texto que é uma profissão essencial a efetivação da justiça, à luz do seu art.133. O animus do Poder Constituinte Originário, quando inseriu tal dispositivo, foi trazer derivados constitucionais protetores do processo e do indivíduo, como os princípios do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, da inadmissibilidade da prova ilícita, regularidade prisional e por fim da inviolabilidade do domicílio.

Como profissão albergada constitucionalmente com o fito exclusivo de serem respeitados princípios constitucionais de direitos e garantias fundamentais, a advocacia também foi objeto de proteção infraconstitucional por meio da lei 8.906\94, conhecida como Estatuto da OAB e da Advocacia.

Contudo, importante se abrir um parêntese quanto à nomeação da lei 8.906/94 como “Estatuto da OAB e da Advocacia” por meio do Poder Constituinte derivado, pois quando o legislador intencionou nominar a lei como “Estatuto da Advocacia”, não trouxe um bem à classe dos advogados, na medida em que, com o passar do tempo e aplicabilidade da referida medida, pareceu, como de fato parece, no meio jurídico como Judiciário, Legislativo, Executivo, Ministério Público e entidades públicas, que o estatuto é uma lei restrita aos advogados e que é uma lei protetiva, quando na verdade não o

é, afinal existem comandos norteadores a todos os poderes acima mencionados, normas cogentes que explicitam como deve ser o trato com o advogado e com a advocacia, assim como os meios de consecução da validade do processo e conduta do advogado, sendo na verdade uma Lei Federal, como prefiro nominar, posto que, concede uma ideia de abrangência e aplicabilidade erga omnis, e afasta a ideia de que é uma lei corporativista e que só tem abrangência a OAB e aos advogados.

A lei 8.906/94 previu a inviolabilidade do escritório profissional do advogado, apesar deste também ser considerado domicílio e protegido constitucionalmente; salutar explicitar que a inviolabilidade dos escritórios de advocacia tem o objetivo de assegurar a liberdade de defesa e sigilo profissional do advogado, enquanto que a inviolabilidade do domicílio tem objetivo assegurar o direito de propriedade. Tal previsibilidade encontra-se amparada no art.7, inciso II, artigo este que possuiu duas redações, a primeira rezava que é um dos direitos do advogado: “Ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB”.

Ocorre que, na parte final do supracitado artigo, a expressão “acompanhada de representante da OAB” foi suspensa por força de medida liminar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.127-8 pelo Supremo Tribunal Federal, confirmada posteriormente pelo pleno daquele Tribunal, fato que causou extrema insegurança e ocorrência de diversas ilegalidades perpetradas por alguns juízes que realizavam buscas e apreensões com o fito às vezes de não só investigar advogados, mas também de incriminar e angariar provas contra clientes daqueles, sem respeitar o local sagrado do labor do profissional, fato que, de per si, feria de morte o sigilo profissional.

Tal artigo era visto pela classe da advocacia com certa desconfiança, visto que quando se determinava a busca e apreensão no escritório do advogado com vistas a procurar provas contra clientes que estavam sendo submetidos à investigação criminal, a imagem do advogado restava inteiramente execrada perante a sociedade, esta, imaginando de forma errônea ser o advogado o investigado, com a visão da “barata metamorfoseada Ka-

fkiana”⁴, além de que se destruiria em fragmentos o instituto do sigilo profissional e dos documentos que o cliente confiou ao advogado, parecendo o causídico o verdadeiro algoz de toda a conduta ilícita.

Diante da lesão a princípios legais e constitucionais, se estava diante de uma lei que provocava ilegalidade, e como tal era legal impedir que fosse injusta. Há muito, Shakespeare, na obra *“Vida e Morte do Rei João (1596-1597)”*, no ato V-Cena I: Demétrio, aponta na mesma direção acima, afirma que *“Quando não pode a lei fazer justiça, é legal impedir que seja injustiça”*⁵. Destarte, o único modo de impedir que uma lei impere a injustiça é revogá-la por meio de outra, esta outra, logicamente, justa com vistas a sanar a injustiça. Foi o que foi feito, foi necessária a urgente reforma do artigo anterior, por meio de projeto de lei que culminou com a edição da lei 11.767/08, lei esta que deu nova redação ao art.7º, II da lei 8.906/94.

Assim, a infranqueabilidade do escritório profissional do advogado tomou força com a edição da referida lei 11.767/08, na medida em que o artigo tomou nova roupagem, desta vez com caráter mais robusto, considerados por alguns como infranqueabilidade absoluta. O novo inciso II, do art.7º da lei 8.906/97, prevê que um dos direitos do advogado é: *“A inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de sua correspondência escrita, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia.”* *A prima face*, observa-se que o *animus* do legislador foi conceder caráter absoluto ao escritório do advogado e aos seus instrumentos de trabalho.

Contudo, após a edição da lei, apesar do legislador não deixar lacunas para exceções, intencionando que realmente o escritório fosse intocável, diversas foram às doutrinas acerca do tema indicando que a inviolabilidade não seria tão absoluta, que restariam arestas a serem reparadas, que haveria exceções, exceções estas que somente se dariam em dois casos: *primo*- quando o advogado fosse o próprio investigado por prática de ato ilícito; *secundo*- quando a busca e apreensão objetiva encontrar documento(s) que constitua(m) corpo de delito praticado pelo advogado ou por um cliente que o constituiu. Caso a busca e apreensão não se enquadre em algum dos dois

4 Expressão utilizada para denominar uma visão diferente que alguém possui da imagem pessoal, uma visão distorcida da sua realidade, expressão esta oriunda da obra *“A Metamorfose”* do escritor austríaco Franz Kafka.

5 Shakespeare, William. *William-Shakespeare de A a Z*, Editora L & PM Pocket, 2007, p.70

casos, ilegal se encontra o ato judicial que o autorizou, considerado para todos os efeitos legais como prova ilícita. A jurisprudência tem acompanhado a discussão doutrinária acerca do tema, tendo se posicionado o Excelso Supremo Tribunal Federal da mesma forma.

Salutar se faz necessário apontar que boa parte dos membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Delegados de Polícia entenderam a lei 11.767/08 como a “lei da blindagem”, e que os escritórios de advocacia serviriam como local inviolável onde se poderiam guardar resquícios de crimes, na verdade não o foi nem nunca será, visto que, o próprio Excelso Supremo Tribunal Federal e a doutrina majoritária entendem haver possibilidade de exceções a regra da inviolabilidade do escritório do advogado, conforme já mencionado no parágrafo anterior.

Certa feita, ao considerar o local de trabalho do advogado (leia-se também escritório) impenetrável, o *animus leges* do novo inciso II do art.7º da lei 8.906/94 foi de respeitar inteiramente o sigilo profissional, a ampla defesa e sua liberdade, assim como a indispensabilidade do profissional da advocacia ao processo; isto sim foi a vontade legislativa, e não querer proteger o advogado que acoberta crime em seu local de trabalho, fato repudiado em sua inteireza pela Ordem dos Advogados do Brasil-Nacional e Seccionais.

No entanto, por mais que a lei proteja o escritório/local de trabalho do advogado contra a arbitrariedade à sua violação, entristece-se a classe da Advocacia ver o inciso *supracitado* ser desintegrado em pedaços por meio de mandados de busca e apreensão genéricos, por mandados de busca e apreensão que não dizem respeito à exceção do inciso II do art.7º da lei 8.906/97, em especial em operações espetaculosas praticadas pela Polícia Judiciária, seja Federal, seja Estadual, muitas vezes acompanhadas da imprensa como forma de execrar o cidadão ou o profissional que o defende.

Vê-se na prática esforços hercúleos por parte de algumas Entidades para praticar exceções a regra do artigo *retro* citado, conforme a Comissão de Defesa das Prerrogativas dos Advogados-OAB Seção Ceará pode constatar por diversas vezes. A razão na aplicação da lei não guarda consonância com a intenção do legislador, na verdade trata-se de uma anomalia na aplicação errônea da lei, pois “quando alguém se esforça tanto para dar razão a uma lei, é preciso que essa razão seja digna dela.”⁶

6 Montesquieu. Do espírito das Leis. São Paulo 2002. Editora Martin Claret, p.600

De mais a mais, mesmo diante de alguns desvios praticados na aplicação da lei, esta foi bastante oportuna quando do seu ingresso no mundo jurídico, pois se protegeu mais a liberdade profissional e os direitos constitucionais.

A lei 11.767/08 trouxe ainda em seu bojo, na modificação ao inciso II do tão falado art.7º da lei 8.906/97, não só a inviolabilidade do espaço físico “escritório”, mas também dos seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica e telemática, lembrando-se que desde que ligadas ao exercício da advocacia.

Ao emoldurar a proteção a correspondência escrita, o constituinte derivado nada mais fez que ratificar a garantia fundamental da infranqueabilidade a intimidade e vida privada já prevista constitucionalmente, garantia esta que transpassou ao âmbito profissional, sendo vedada a violação de tais correspondências dirigidas ao advogado por cliente ou terceiro, lembrando-se que ligadas ao exercício da profissão. Cumpre lembrar que é considerado ilícito penal a violação a correspondência, segundo prevê o art.151 do CP.

Restou evidente a proteção ao instrumento de trabalho do profissional advogado, pois o fito era, como de fato é, proteger os seus dados quando no seu exercício profissional e de seus clientes. Da mesma forma protegeu-se o sigilo das informações de suas correspondências quando ligadas a sua atividade profissional, assim com as correspondências eletrônicas e telemáticas; quanto a esta última merece melhor debate.

Cumpre antes de adentrar no âmago do estudo da proteção e consequente violação a comunicação advogado-cliente, cumprir situar comunicações eletrônicas e telemáticas; insere-se a primeira quanto às comunicações realizadas por correio eletrônico ou similares, por meio de computador, e quanto a segunda as comunicações realizadas também através de comunicação falada, tipo telefones.

“A Constituição Federal, ao tratar, no mesmo inciso XII do art.5º, a questão do sigilo das comunicações epistolares, telegráficas e telefônicas permitiu, às expensas, a interceptação apenas das últimas, desde que presentes os seguintes requisitos: (a) seja deferida por ordem judicial; (b) seja destinada apenas à investigação criminal ou instrução processual penal; (c) nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.”⁷

Do exame da lição de Capez, certamente se está claro que o sigilo das comunicações pode ser quebrado nas hipóteses acima. Importante ressaltar que a violação às referidas comunicações tem como escudo a 9.296/96, lei esta que prevê e autoriza a violação às comunicações telefônicas.

Infelizmente, mesmo existindo uma garantia constitucional e uma garantia infraconstitucional quanto à inviolabilidade de comunicações, restando somente à exceção no caso de autorização judicial, esta muitas vezes, para não ser pessimista em dizer que na quase totalidade das vezes ocorre. Ousa-se aqui afirmar que realmente a exceção está indiscriminada e banalizadamente sendo utilizada por meio do Judiciário a pedido do Ministério Público e ou Delegados de Polícia, beirando as veias do estado totalitário, da ilegalidade e do arbítrio, sem respeitar os indícios de “autoria e materialidade do delito” que justifiquem a autorização, e sem a devida fundamentação, conforme exige fundamentação expressa através do art.5º da lei 9.296/96.

Como exemplo de todo esse excesso de autorizações telefônicas, cita-se o trabalho realizado pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) das escutas telefônicas criadas no âmbito da Câmara Federal, o qual apurou que somente no ano de 2007 foram autorizadas mais de 375 mil interceptações, número este que assusta e banaliza o instituto do uso da quebra do sigilo telefônico. Importante lembrar que quando o Estado lança mão de tal exceção se está ferindo muitas vezes princípios constitucionais como o da intimidade, da vida privada e do sigilo de informações esculpido no art.5º da CRFB/88.

No meio desse emaranhado arbitrário de autorizações de escutas se encontram o universo dos advogados, na maioria das vezes pegos na “fome” voraz da Polícia Judiciária que procura incriminar, espetacularizar e ridicularizar muitos causídicos em conversa com seus clientes, conversas estas que na maioria das vezes não tem relação com o ato ilícito de seu cliente, bastando uma mera orientação lícita por parte do causídico para cair nas “guarras” da Polícia Judiciária.

Todavia, com o advento da lei 11.676/08, tal cenário começou a se descortinar de forma díspar, visto que a parte final do inciso II do art.7º da lei 8.906/97 previu a “inviolabilidade das comunicações telemáticas”, isto é, a inviolabilidade das comunicações por telefone entre advogado e cliente, sendo sua obtenção tida como prova ilícita, além do que dela derivar. Está-se diante da doutrina do *fruit of the poisonous tree*, “ou simplesmente *fruit doctrine*, “fruto da árvore envenenada”, adotada nos Estados Unidos desde 1914

para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, US 385 (1920), quando a corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.”⁸

Caso o advogado esteja diante do exercício de sua profissão e não esteja praticando ilícito, utilizando a comunicação telefônica para o fim, não se permite a quebra de seu sigilo por simples suspeita de ajuda ou facilitação a seu cliente em tentar este “livrar-se” de prática do suposto ilícito praticado, devendo ainda a decisão judicial que concedeu a quebra do sigilo ser devida e coerentemente fundamentada.

Considerações Finais

Extrai-se de todas as considerações acima realizadas que mesmo com o advento do novo inciso II do art.7º da lei 8.906/94 que prevê a “inviolabilidade” em determinados casos ao exercício da advocacia, aqui no Brasil se está diante de um Estado que utiliza muitas vezes de exceções como meio de obtenção e busca provas, devendo os advogados, diante de tal fato, buscarem auxílio perante a Ordem dos Advogados do Brasil por meio de comissões especializadas na defesa das Prerrogativas, e, quando sem auxílio, serem exímios conhecedores do art.7º da lei 8.906/94 e não aceitarem de forma alguma a violação às suas prerrogativas, lembrando, antes de tudo, que no exercício de sua guerra diária, a “prudência”, pois “ a prudência é necessária na guerra”⁹.

Cotejando uma metáfora antiquíssima com os dias atuais, metaforizar faz-se necessário, explicitando que na época em que se acreditava que a terra era quadrada e suspensa no espaço por gigantes e ou elefantes, os cartógrafos da época, desconhecendo vastas regiões do infinito oceano, desenhavam nas cartas em tais regiões, dragões fumegantes emergindo do mar, e, logo abaixo, utilizavam a expressão “AQUI HÁ DRAGÕES” em letras garrafais. Com todas as vênias possíveis, é fundamental que os advogados conheçam bem os mares para que se possam navegar com certeza, pois, como bem diziam

8 Filho, Fernando da Costa Tourinho. Manual de Processo Penal. São Paulo.2006. Editora Saraiva. p.516.

9 Erasmo de Rotterdam. Elogio da loucura. Sec.XVI

os navegadores portugueses “*navegar é preciso (exige precisão)*”, respeitando, sendo respeitado e exigindo respeito às prerrogativas; e os mares não conhecidos deve-se ter cuidado, porque no exercício diário da profissão de advogado, em tais mares “*HÁ DRAGÕES*”.

Referências

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

HOUAISS. **Dicionário Eletrônico**, edição 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Lei**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

ROTTERDAM. Erasmo. **Elogio da Loucura**. São Paulo: Editora L & PM Pocket, 2003.

SHAKESPEARE, William. **Shakespeare de A a Z**, São Paulo: Editora L & PM Pocket, 2007.