

AS BUSCAS E APREENSÕES NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS DE EMPRESAS

*Márcio Schlee Gomes**

ABSTRACT: The present paper aims to analyse the limits for searches and seizures in offices of in-house lawyers, discussing the doctrine adopted by the Court of Justice of the European Union (ECJ) according to which they are not covered by the confidentiality regime in the same way as the external lawyers are. This doctrine is applicable to the dawn raids conducted by the European Commission against the companies, in the province of the Competition Law. However, in the province of Criminal Procedure Law, in many countries, like Portugal, Spain, Brazil, among others, where the statutory laws do not distinguish between external and in-house lawyers, there is no possibility of being adopted the doctrine of the ECJ. In fact, that would hurt the privilege of confidentiality, which is granted by the Constitution, insofar it has a direct connection with the principle of full defence. At the end of the day searches and seizures in independent law firms and in-house lawyers must obey the same rules.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Posição do Tribunal de Justiça da União Europeia. 1.1. Caso AM&S. 1.2. Caso AKZO. 2. As buscas e apreensões nos escritórios de advogados internos (*in-house lawyers*). 2.1. Advogados externos e internos. 2.2. A problemática da extensão do sigilo profissional aos advogados internos. 2.2.1. O sigilo profissional do advogado: importância e aspectos gerais. 2.2.2. A situação específica dos advogados internos. 2.2.3 Posição nos países europeus, Brasil e Estados Unidos da América. 2.3. A busca e apreensão como meio de obtenção de prova em escritórios de advogados internos. 2.3.1. Requisitos do regime legal das buscas e apreensões em escritórios de advocacia. 2.3.2. Análise da questão à luz do princípio da ampla defesa. 2.3.3. Reflexos da possível violação de direitos do advogado interno no campo do processo penal. Conclusão.

* Membro do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil) e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa abordar o regime das buscas e apreensões em escritórios de advogados de empresas, chamados de advogados “internos” ou *in-house lawyers*. Diante de um quadro de avanço da criminalidade organizada¹, a utilização de empresas para práticas delitivas, principalmente na área econômica-financeira, ambiental e em questões ligadas à Administração Pública, a busca e apreensão constitui um importante meio de obtenção de prova na fase investigatória, sendo relevante o estudo da posição dos advogados nesse contexto, pois, como ocorre atualmente, exercem, cada vez mais, sua atividade profissional dentro dessas empresas, em relação de emprego, o que torna essencial a análise de todas as implicações possíveis e seus reflexos no processo penal, a partir de algumas prerrogativas que a legislação garante aos advogados e, conseqüentemente, faz-se necessário investigar se há extensão aos advogados de empresas.

O advogado é o responsável pela defesa, sendo esta, em seu sentido mais amplo, um princípio basilar do processo penal em um Estado democrático. Na relação com o cliente, de confiança, vigora o direito-dever de sigilo profissional. Por outro lado, o Estado, na busca da verdade, a partir da notícia da prática de um delito, dispõe de inúmeros meios de obtenção de prova para averiguar e confirmar que determinada pessoa praticou um crime e, assim, a partir da afirmação dos fatos imputados, sujeitá-la à responsabilidade penal. Entretanto, necessário ressaltar que uma série de garantias devem ser observadas para que o Estado possa adotar suas medidas punitivas².

Nesse contexto, no decorrer de uma investigação criminal e diante da necessidade de uma busca e apreensão em escritórios de advogados, a legislação processual penal portuguesa prevê algumas medidas de garantia, com vista a respeitar-se a situação especial de um profissional que é responsável

1 Sobre a questão da “criminalidade organizada”, Albrecht (2009: 91) pondera que, “*enquanto que no caso da ‘criminalidade normal’, que se resume à criminalidade individual, se aborda o grau de envolvimento do indivíduo ou a sua posição nas estruturas sociais, no caso da criminalidade organizada a questão é haver condições para a formação de uma organização duradoura e estável e de que forma tal capacidade se relaciona com as estruturas sociais. A constituição de organização e de estruturas similares a estruturas empresariais não surge naturalmente, dependendo de toda uma série de características do meio envolvente, do tipo dos mercados, do contexto étnico, econômico e político*”. Nesse quadro, diante da “profissionalização” na questão da criminalidade, a atuação de advogados faz-se necessária para, muitas vezes, fazer a filtragem do que é possível de manter-se na fachada de licitude, em casos de crimes cometidos no contexto empresarial.

2 Nesse aspecto, Tiedemann (2007: 154), ao lembrar que “*uma vez que a verdade não pode ser investigada a qualquer preço, mas somente mediante preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais do acusado, fica evidente mais uma vez a estreita ligação do Direito Processual Penal com o Direito Constitucional*”.

pela defesa e tem que ser detentor de prerrogativas para o melhor desempenho possível de sua atividade, que, acima de tudo, é essencial para a realização de justiça. O Estatuto dos Advogados também traz algumas prerrogativas dos advogados, de modo garantir o sigilo profissional e a atuação livre e independente do advogado.

Porém, uma questão acaba passando sem receber maior atenção: como fica a situação dos advogados “internos” ou *in-house lawyers*, que são aqueles que possuem uma vinculação trabalhista junto a uma empresa? Estão ao abrigo das mesmas garantias previstas para os advogados “externos”, liberais e independentes, sobretudo, a prerrogativa do sigilo profissional? É possível uma busca e apreensão em um escritório ou gabinete de um advogado interno, sem que seja necessário observar as garantias elencadas na legislação processual penal vigente e no Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA)?

A importância do estudo surge diante do aumento da criminalidade econômica, que muitas vezes envolve empresas, as quais estão implicadas, pela ação de seus dirigentes, em delitos contra a Administração Pública, como corrupção, concussão, tráfico de influência, além de outros crimes, tais como tráfico de drogas, contra a ordem tributária e contra o sistema econômico-financeiro. Nessas empresas, funcionam advogados, às vezes em setores jurídicos definidos, às vezes trabalhando de um modo mais informal, mas atuando como “funcionários” dessas empresas, existindo uma relação de hierarquia.

Havendo indícios suficientes de crimes envolvendo essas empresas e seus responsáveis, para a realização de uma busca e apreensão de documentos, correspondências, materiais de informática, no gabinete do “advogado da empresa”, impõe-se a necessidade de observância das regras de garantia reconhecidas aos advogados? Essa é a questão a ser desvelada no presente estudo, com a pesquisa de posições doutrinárias e da jurisprudência, de maneira a possibilitar uma conclusão que esteja de acordo com todos os princípios de um processo penal lido em consonância com a Constituição, justo e adequado a uma democracia³.

3 Como observa Sousa Mendes (2004: 137), ao abordar a questão das proibições de prova no processo penal, “[a] velha máxima de que o processo penal é direito constitucional aplicado tem toda a razão de ser no campo da obtenção de meios de prova. Ou então não é verdade que a Constituição elevou à categoria dos direitos fundamentais a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana. Nas múltiplas garantias constitucionais do processo criminal cabem as proibições de prova subentendidas na cominação de nulidade de todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”.

Para atingir esse objetivo, principiaremos pela análise de dois casos julgados pelo Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE), “Caso AM&S” e “Caso AKZO”, que tratam, especificamente, desta matéria no âmbito do Direito de Concorrência. A partir desses dois casos, será realizado um estudo das prerrogativas e garantias dos advogados, externos e internos, sobretudo, observando a questão do sigilo profissional e seus desdobramentos, inclusive com a abordagem deste tema no campo do Direito Comparado. Em seguida, a verificação das regras específicas relativas à busca e apreensão, para posterior análise da questão do princípio da ampla defesa e os reflexos dos entendimentos possíveis no processo penal⁴, principalmente, na questão da valoração da prova, observando a quebra ou não de garantias essenciais asseguradas na legislação. Por fim, diante do quadro analisado, o estudo das posições na legislação, doutrina e jurisprudência sobre o tema e suas consequências no processo criminal, será possível tecer algumas conclusões.

1. POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA: CASO AM&S E CASO AKZO

A questão dos advogados “internos” ou *in-house lawyers* e seu direito ao sigilo profissional, em casos de buscas e apreensões em seus gabinetes pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional da concorrência, já foi objeto de apreciação pelo TJUE, cabendo destacar dois julgamentos que espelham o entendimento da mencionada Corte, os quais servirão de base para a discussão no presente estudo, porém no campo do processo penal. Observa-se que, embora os casos tratem de matéria de Direito de Concorrência, as ações desenvolvidas pelas autoridades na investigação e em procedimentos sancionatórios podem, diretamente, lidar com a ocorrência de crimes, o que se verifica na prática e, inclusive, já houve discussão e decisão no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH). Além da aplicação subsidiária das regras do processo penal, como se verá adiante, as buscas e apreensões, por exemplo, podem identificar atos criminosos, o que faz incidir a discussão sobre a

4 Figueiredo Dias (2004: 74) explica a conformação jurídico-constitucional do Direito Processual Penal, observando que “o direito processual penal é, como exprime H. Henkel, verdadeiro direito constitucional aplicado. Numa dupla dimensão, aliás: naquela, já caracterizada, derivada de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente”. Nesse caminho, vale lembrar a lição de Beleza & Pinto (2010: 5), os quais ressaltam que “[n]ão existe um processo penal válido sem prova que o sustente, nem um processo penal legítimo sem respeito pelas garantias de defesa”.

necessidade de proteção dos direitos individuais e aplicação das garantias do processo penal.

Cabe, então, analisar a posição do TJUE sobre os advogados de empresas.

1.1. Caso AM&S

No ano de 1979, no Reino Unido, agentes da Comissão Europeia, ao procederem uma investigação por infração às regras de concorrência, apreenderam documentos no interior da empresa AM&S (Australian Mining and Smelting Europe Ltd.), os quais estavam na posse de seus advogados.

A empresa alegou que os documentos estavam cobertos pelo sigilo profissional, pois os advogados, embora fossem empregados, desempenhavam a sua função jurídica em seu interior. Em primeira instância, essa alegação não prosperou, a partir do entendimento de que advogados “internos” não são independentes, ao exercerem sua atividade em uma relação empregatícia que desvirtua as finalidades da profissão de advogado, pelo que lhes restaria afastada a prerrogativa do sigilo profissional. Inconformada, a AM&S recorreu ao TJUE, que, em 18 de maio de 1982, julgou a demanda, mantendo a posição de que os advogados internos não são detentores da garantia do sigilo profissional.

Os fundamentos do acórdão são os seguintes: os advogados de empresas, que atuam com vínculo jurídico-laboral, não exerceriam sua atividade de forma autônoma e independente, não estando vinculados a mesma ética e deontologia dos advogados que atuam de forma liberal e sem vínculo empregatício⁵.

A atuação do advogado “empregado” não poderia ser comparada àquela desempenhada por um advogado independente, característica que seria essencial para o exercício da advocacia.

A posição do Tribunal, assim, formou um precedente no sentido de que a busca e apreensão nos gabinetes de advogados internos não precisaria obedecer a um regramento mais rigoroso e específico como ocorre nos mais diversos ordenamentos jurídicos com a finalidade de preservar a atividade profissional dos advogados, sendo que isso só seria exigível para escritórios de advogados independentes (externos).

5 Acórdão do TJUE, de 14 de Setembro de 2010, *Akzo VS .European Commission*, processo C-550/07, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

1.2. Caso AKZO

No ano de 2003, foi realizada uma diligência de instrução por funcionários da Comissão Europeia, no interior da empresa AKZO Nobel Chemicals e sua filial, Akros Chemicals, no Reino Unido, para investigação de prática anti-concorrencial. Durante a operação, os agentes apreenderam documentos e mensagens eletrônicas de um advogado da empresa em comunicação com um diretor-geral desta. A Comissão, ao analisar a questão, entendeu, na esteira da posição do TJUE, que o advogado da empresa, por exercer sua atividade profissional em situação de vínculo laboral, não estaria protegido pela confidencialidade de suas comunicações. A empresa interpôs recurso, em primeira instância, ao qual foi negado provimento em 17 de setembro de 2007.

A AKZO, então, recorreu ao TJUE, buscando a decretação da ilegalidade da prova que estaria, segundo a tese defendida na inconformidade, protegida pelo sigilo profissional. Porém, o TJUE, apreciando a matéria em 14 de setembro de 2010, embora havendo toda a pressão da classe dos advogados de empresa que chegou, após a decisão do Caso AM&S em 1982, a fundar uma associação e passou a defender suas questões e prerrogativas, acabou por manter a mesma posição, no sentido de não entender que os advogados de empresas, os advogados “internos”, sejam detentores de sigilo profissional na relação com seus clientes, no caso, a própria empresa⁶.

Na decisão, foi novamente realçado que o TJUE entende que um advogado, mesmo que esteja inscrito na ordem profissional e até possa estar sujeito aos deveres deontológicos, não tem independência em relação ao seu empregador, não é “independente” como aqueles advogados que têm atuação externa. Na condição de “assalariados”, não teriam condições de se afastarem das estratégias comerciais de suas empresas empregadoras, o que lhes retiraria a capacidade de agir com independência. Assim, por haver dependência econômica do advogado “interno” ao seu empregador, decorreria um desvirtuamento da própria natureza da atividade profissional de um advogado (externo), o que tornaria impossível a equiparação no campo da garantia de confidencialidade das informações.

O TJUE ressaltou, ainda, na decisão, que não haveria uma quebra do princípio da igualdade, tendo em conta que o advogado interno estaria numa situação diferente daquela de um advogado “externo” e, por fim, que as legis-

⁶ Acórdão do TJUE, de 18 de Maio de 1982, *AM&S VS. European Commission*, processo C-155/79, disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>.

lações dos Estados-membros não permitiriam uma alteração da jurisprudência sobre o assunto, por não haver qualquer unanimidade quanto à questão de o sigilo profissional ser estendido aos advogados de empresas.

Como se observa, embora a decisão do TJUE de 1982, no Caso AM&S, tenha inaugurado a polêmica e gerado forte reação dos advogados que atuam em empresas⁷, a jurisprudência manteve-se no mesmo sentido, em que pese em alguns casos específicos tenha se vislumbrando uma possível modificação dessa tendência⁸. Porém, com a decisão do “Caso AKZO”, em 2010, não se pode deixar de observar a consolidação da posição do TJUE em relação aos advogados “internos”.

Apesar de ser a presente questão objeto de demanda no Direito da Concorrência, deve ser considerado que, realizadas tais buscas e apreensões, o resultado destas ações pode gerar reflexos no processo penal, no momento em que algumas práticas poderão corresponder a condutas criminosas.

E, nesse aspecto, surgem questões obrigatórias que dizem respeito ao princípio constitucional da ampla defesa e da própria atividade profissional da advocacia, que podem estar relacionadas ao Direito da Concorrência, mas, igualmente, ao Direito Processual Penal⁹.

7 Em 1983 foi criada a *European Company Lawyer Association* (ECLA) e, em 1988, o “Código de Conduta para Advogados da União Europeia”, adotado pela *Council of the Bars on Law Societies of the European Community* (C.C.B.E.)

8 Neves (2011: 303) afirma que nos Casos “Carsen” e “Interpoc”, relativos à prerrogativa do sigilo profissional de advogados internos da própria Comissão, a decisão do TJUE seria no sentido de estendê-la aos advogados de empresa, citando, como base, o Parecer do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados de Portugal n.º E-07/07. Entretanto, apesar de não se extrair da leitura destes acórdãos essa mesma conclusão da autora e da própria Ordem dos Advogados, a jurisprudência do TJUE, em sentido oposto ao apontado por estes, manteve-se no mesmo sentido, ao julgar, em 2010, o Caso AKZO, e não reconhecendo o sigilo profissional aos advogados internos, ao considerar legal a ação da Comissão Europeia em apreender documentos do advogado da empresa sem observar o possível sigilo profissional.

9 A questão pode remeter à discussão que trata do chamado “Direito de Intervenção”, proposto por Hassemer (1993: 22), um meio-termo entre Direito Penal e Direito Administrativo, com sanções menos rígidas que aquelas do Direito Penal, para casos da denominada criminalidade moderna, relativa a bens jurídicos supraindividuais. Sousa Mendes (2009: 224), inclusive, faz essa menção, ao abordar a relação dos procedimentos sancionatórios promovidos em razão da prática de infrações a regras de concorrência, vislumbrando o enlace da questão com o Direito Penal e Direito Processual Penal. Nesse mesmo caminho, vale citar Albrecht (2010: 593 ss.), que faz contundente alerta sobre essa questão, que, embora não caiba aprofundar no presente estudo, merece ser destacada: “*Deste Direito Penal da legalidade penal precisa ser nitidamente delimitado o contemporâneo Direito sancionador europeu, praticado atualmente sem grande fundamento teórico, que foi projetado como instrumento de coação e de controle para os interesses econômicos da União Europeia [...]. Infelizmente, na atualidade é de se observar o contrário. A atual política trabalha precisamente na nivelação desta linha divisória entre o Direito Administrativo Sancionador e o Direito Penal da legalidade Penal. A este processo de produção de um europeu Direito Penal de Administração falta legitimação não somente material, mas formal, isto, é falta legitimação democrática. Não existe*

Assim, será importante a análise das questões referentes ao sigilo profissional dos advogados e o regime de buscas e apreensões no processo penal, à luz da leitura da Constituição e seus princípios aplicáveis ao caso específico, sobretudo, repita-se, no que se refere à ampla defesa e o exercício da advocacia como atividade com a finalidade de garantir a realização da justiça.

Então, passa-se a abordagem dos pontos acima referidos para confrontação da posição adotada pelo TJUE e verificação de sua aplicação no processo penal e seus possíveis reflexos.

2. AS BUSCAS E APREENSÕES NOS ESCRITÓRIOS DE ADVOGADOS INTERNOS (*IN-HOUSE LAWYERS*)

2.1. Advogados externos e internos

Conforme aponta Costa (2009), em razão do interesse público que envolve o exercício da atividade profissional de advogado, o modelo adotado consiste em um sistema de advocacia colegiada, em que os licenciados em Direito deverão estar inscritos em uma Ordem, que disciplina regras para a atuação profissional, de maneira a garantir um equilíbrio entre a independência e esse interesse público que há na advocacia¹⁰.

Em Portugal, o sistema é colegiado e a matéria está regulada no EOA. Para exercer a profissão de advogado deve haver a inscrição obrigatória na Ordem.

Na legislação portuguesa, não há qualquer distinção entre advogados externos e internos. Na realidade, trata-se de uma distinção conceitual, de acordo com a forma com que a advocacia é desempenhada pelo profissional.

nenhum fundamento de autorização de instituições europeias para criação de Direito Penal. Mas existe, infelizmente, a tentativa muito bem sucedida, de criar a legitimação jurídico-penal, que não se tem, através de outras bases de autorização, que estão em relação com a realização do mercado interno europeu, portanto, uma base de autorização de pura referência econômica. Até agora, um legislador parlamentar legitimado pelo povo não criou nenhuma competência para legislação penal da UE”.

¹⁰ Quanto a este relevante ponto sobre o interesse público da advocacia, Costa (2009: 53) ressalta: “A coexistência do interesse público da profissão com a sua independência na caracterização da advocacia colegiada está referida no próprio preâmbulo do anterior Estatuto da ordem dos Advogados Portugueses, que começa por salientar a natureza jurídica de associação pública da Ordem, a qual, por devolução normativa dos poderes públicos, integra a administração estadual autónoma, e que acentua, depois, a clara opção pelo princípio da independência do Advogado no exercício da profissão”. Ainda, como observa o referido autor, “para o exercício da advocacia, isto é, para a prática de actos próprios dos Advogados, designadamente para o exercício do mandato forense e da consulta jurídica, é obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados” (2009: 81), o que deixa claro que para a prática de atos de advocacia é imperativa a inscrição na Ordem profissional.

O advogado “externo” é aquele que desenvolve suas atividades no sentido clássico de aceção da advocacia. Trata-se de um exemplo claro de profissional liberal, com plena independência em sua atividade. Exerce sua profissão totalmente livre e em seu escritório privado.

Já o advogado “interno” ou *in-house lawyer*, em sentido oposto, é o advogado que atua no interior de empresas, vinculado a estas como empregado, com vínculo jurídico-laboral, estando sua atividade limitada aos interesses da empresa, ou seja, não age com a mesma independência em razão do vínculo contratual que possui.

Sem dúvida, a advocacia “interna”, desenvolvida no interior de empresas, é uma atividade mais recente, que passou a ocorrer em razão da própria dinâmica das relações jurídicas e sócio-econômicas, em que as empresas passaram a contar com um setor jurídico ou consultor jurídico em suas próprias dependências para agilizar as suas ações.

De acordo com pesquisa realizada em 2003 pela Ordem dos Advogados de Portugal e publicada na *Revista da Ordem dos Advogados*, verifica-se que quase 15% dos advogados entrevistados exercem suas atividades vinculados, direta ou indiretamente, a empresas, ou seja, como prestadores de serviços numa empresa ou como trabalhador por conta de outrem numa empresa, numa instituição ou organismo público ou associação ou fundação de direito privado¹¹. Isso demonstra a mudança de rumos da atividade, que por fatores relacionados às necessidades do mercado, começaram a exigir a vinculação de advogados às empresas como uma forma de melhor atender à demanda de serviços.

Entretanto, em que pese essa diversificação da atividade tradicional de exercício da advocacia, essa tomada de novos rumos, com uma atuação vinculada a empresas, de acordo com a legislação portuguesa, não se vê qualquer ressalva quanto à forma de desempenho da advocacia, se externa, de modo independente e no sentido clássico, ou interna, com seu exercício no interior de empresas.

Inclusive, no artigo 68.º do EOA há previsão expressa de garantia de prerrogativas aos advogados que atuam em regime de subordinação (embora não

11 Na pesquisa realizada verificou-se que 9,3% responderam que exercem a advocacia como prestador de serviços numa empresa, numa instituição/organismo público ou associação ou fundação de direito privado; 5,3% responderam que atuam como trabalhadores por conta de outrem nessa mesma situação acima mencionada, o que totaliza 14,6%. Há, ainda, mais 4,3% em funções distintas da advocacia em empresas e instituições. No outro plano, na advocacia externa, o número é de 59,3%, sendo a pesquisa complementada com a porcentagem de advogados que atuam em sociedade e, por fim, em situações gerais (docência, formador, autarca). Esses dados, efetivamente, demonstram o crescimento da advocacia em empresas e a mudança no perfil clássico da profissão (Caetano, 2003: 157 ss.).

seja referido se em empresas ou entre advogados), porém, a questão pode ser lida por um lado conceitual e prático, inclusive, sendo essa a posição do TJUE, como se pode observar nos Casos AM&S e AKZO, ao distinguir advogados externos de internos.

Todavia, diante dessa posição do TJUE, que se refere diretamente à questão da busca e apreensão e que pode ter reflexos no campo do processo penal, o principal tema que surge é a possibilidade ou não de tratamento diferenciado dos advogados, por sua atuação como advogado externo ou interno, no que diz respeito a suas prerrogativas, onde o ponto nevrálgico, com certeza, vem a ser a questão do sigilo profissional e sua correspondência, em última análise, ao direito de defesa.

2.2. A problemática da extensão do sigilo profissional aos advogados internos

2.2.1. O sigilo profissional do advogado: importância e aspectos gerais

A advocacia, segundo previsão expressa do artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), é atividade fundamental para a administração da justiça. O exercício da profissão de advogado impõe o postular direitos, aconselhar, demonstrar caminhos, em casos que podem dizer respeito aos mais importantes bens jurídicos admitidos em uma comunidade.

Para seu exercício pleno e independente são necessárias certas garantias e prerrogativas, as quais possibilitam o advogado trabalhar com todas as vertentes possíveis para fazer valer os direitos de seu cliente.

Entre as principais prerrogativas dos advogados está o sigilo profissional.

Como referia o clássico Robert (2002: 6), “*os advogados são as testemunhas profissionais dos maus dias, os confidentes obrigatórios a quem o cliente é forçado a confessar os seus segredos*”. Recebem as informações de seus clientes e, a partir deste momento, poderão esboçar um caminho que possa melhor ajudar a um pleito de seus possíveis direitos. Para isso, certamente, as confidências de seus mandatários são essenciais, de modo que, para que possam exercer sua atividade profissional, tudo o que lhe foi repassado deve estar salvaguardado pelo sigilo profissional.

Arnaut (2005) refere que “*o segredo profissional foi sempre considerado honra e timbre da advocacia, condição sine qua non da sua plena dignidade*”¹². Cardoso

12 Sobre o sigilo profissional, observa, ainda, o Autor que “*o cliente ou simples consulente deve ter absoluta confiança no advogado para lhe poder contar toda a verdade, numa verdadeira confissão, e saber*

(2003: 28) aponta que “*a essência do segredo profissional está no cerne e também na essência da advocacia: sem aquele, esta não existe*”. Certo é que o segredo profissional revela-se como a “alma” da advocacia e, assim, é a essência para o exercício livre e independente da atividade profissional.

E essa garantia é de interesse público, ao ser reconhecido, no artigo 208.º da CRP, que o advogado faz parte da administração da justiça.

Não por acaso, o ordenamento jurídico português contempla o sigilo profissional dos advogados em vários estatutos. A questão está regulada no EOA, no artigo 81.º e seguintes; no Código de Processo Penal (CPP), no artigo 177.º e seguintes e, ainda, no campo da tutela penal, constitui crime a quebra do sigilo profissional, conforme disposição do artigo 195.º do Código Penal (CP).

Além disso, há interpretação de que tal prerrogativa constitui um direito de cunho constitucional e que deve ser entendida, nesse compasso, como um direito fundamental. Sendo a atividade da advocacia essencial à realização da justiça, por expressa disposição constitucional, e seu efetivo exercício ocorre com a garantia do sigilo, que possibilita a liberdade e plenitude do desempenho da função e, em última análise, preserva a intimidade e a privacidade do cliente, pode ser entendido o segredo profissional no patamar de um direito afirmado no plano constitucional. É a posição defendida, por exemplo, por Cardoso (2003), Canas (2005) e Costa (2009)¹³.

que ele é um Sésamo que nunca se abre. Outras profissões (médicos, jornalistas, sacerdotes ou bancários) estão vinculados ao segredo, mas em nenhuma, como na nossa, é tão forte o vínculo de confiança. O segredo profissional abrange não apenas os fatos revelados pelos clientes e pela outra parte, mas também pelos próprios colegas, verbalmente ou por escrito, e em tudo que se relacione, direta ou indirectamente, aos empregados e aos colaboradores do advogado” (Arnaut, 2005: 93).

13 Cardoso (2003: 29), nesse caminho, observa: “*Com efeito, entendemos que a violação da reserva sigilosa representa uma abusiva intromissão na vida privada – como aliás foi reforçado no novo Código Penal quando incluiu os referidos crimes no capítulo ‘Dos crimes contra a reserva privada’ (Cap. VIII do Tít. I ‘Dos crimes contra as pessoas’), na medida em que representa a defraudação da justa esperança e confiança em que determinado profissional (no caso o advogado) partilhe de maneira privilegiada da privacidade necessária à respetiva relação profissional. Por isso, qualquer norma – ainda que oriunda de Diretiva Comunitária, como está neste momento em causa – que ponha em causa este primacial princípio constitucional terá de vir a ser considerada inconstitucional*”. É a mesma posição de Canas (2005: 793), ao afirmar que “*embora a Constituição não dê ao segredo profissional dos advogados relevo semelhante ao que confere ao segredo de justiça, o qual recolheu dignidade de garantia fundamental (art. 20.º), há motivos que aconselham a conferir ao primeiro idêntica consideração constitucional*”. Costa (2009: 347), por sua vez, também entende que o sigilo profissional, a partir da interpretação do art. 208.º da CRP e dos interesses que visa proteger, mais precisamente, a intimidade e privacidade, deve ser alçado à categoria de um direito fundamental.

Como o artigo 32.º, n.º 8, da CRP garante a nulidade das provas obtidas por meio ilícitos e, inclusive, mediante abusiva intromissão na esfera da intimidade e da privacidade e o artigo 208.º da CRP garante aos advogados todas as imunidades no exercício de seu mandato, nos mesmos moldes do segredo de justiça, o qual, no artigo 20.º da CRP, é reconhecido como garantia fundamental, o segredo profissional do advogado pode ser entendido nesse mesmo sentido e sua violação constituiria, além de tudo, uma inconstitucionalidade.

Há, na realidade, um direito-dever, como aponta Canas (2005: 791 ss.) com razão, pois se de um lado o advogado tem o dever de manter o sigilo das informações que lhe foram repassadas por seu cliente (podendo se desincumbir disto somente nos casos expressos previstos em lei – art. 135.º do CPP e previsões do EOA), de outro tem o direito de ver respeitado esse sigilo para que possa desempenhar sua atividade com a maior abrangência possível, de modo pleno e independente, o que contribui para a realização da justiça no caso concreto. E este direito-dever serve como garantia oponível em todas as frentes, quais sejam, perante as autoridades judiciárias e públicas de modo geral, demais cidadãos, a própria Ordem dos Advogados, advogados que atuam a favor da parte contrária, colegas, partes do processo e, inclusive, até perante o cliente, pois este não pode obrigar o advogado a quebrar o sigilo perante terceiros.

Entretanto, esse sigilo, por óbvio, não é absoluto, ilimitado, cedendo, então, em algumas situações específicas previstas expressamente em lei e, sobretudo, quanto ao próprio cliente devem vigorar também os princípios da lealdade e informação.

Da análise do ordenamento jurídico português, portanto, observa-se que o sigilo profissional é reconhecido aos advogados de modo geral, inexistindo qualquer distinção entre advogados externos ou internos.

2.2.2. A situação específica dos advogados internos

Embora a legislação portuguesa, em diversos ordenamentos que tratam do assunto, não trace qualquer diferenciação para advogados externos ou internos, não se pode perder de vista, por outro lado, que não há norma expressa que estenda o sigilo profissional aos advogados de empresas. A questão entra, assim, na esfera da interpretação.

E a posição do TJUE é de que os advogados internos, com atuação subordinada, não estão ao abrigo do sigilo profissional, o que foi, inclusive, objeto de recente decisão, em 2010 (Caso AKZO), como foi analisado no primeiro capítulo.

Portanto, torna-se necessária a análise da questão, para posterior estudo sob a ótica do processo penal nos casos de buscas e apreensões como meio de obtenção de prova.

Inicialmente, como já referido, a distinção seria conceitual, diria respeito à própria essência da advocacia, para separação daqueles que a exercem de modo livre e independente (sentido clássico), daqueles que atuam de forma subordinada como empregados de empresas.

As decisões oriundas do TJUE, nos casos AM&S e AKZO, afirmam que os advogados internos não estão ao abrigo do sigilo profissional, por não atuarem com independência e estarem subordinados, algo que desvirtuaria o exercício da profissão. O advogado seria mais um “funcionário”, exercendo suas atividades dentro da empresa, em um setor jurídico ou algo semelhante, o que o vincularia aos interesses da empresa, de suas estratégias, podendo levá-lo a desempenhar cargos de chefia e direção nestas, ou seja, tudo o que foge do conceito de advogado como um profissional liberal e independente.

Em Portugal, porém, o artigo 68.º do EOA¹⁴ prevê que as prerrogativas reconhecidas aos advogados abrangem aqueles que atuam em relação de subordinação, mas não há menção expressa sobre os advogados de empresa.

Entretanto, algumas considerações precisam ser feitas. Em primeiro lugar, em que pese a nomenclatura de “advogado de empresa”, deve ser entendido como “advogado” aquele que está escrito na Ordem dos Advogados, pressuposto básico para o exercício da atividade profissional. Se atua de outra forma, em termos de consultoria, após a licenciatura em curso de Direito, não pode ser respaldado pelas regras de deontologia profissional, pois não é “advogado”.

Como se verá a seguir, em alguns países há os chamados “juristas de empresa”, como na França, com atividade específica nas empresas e que não têm o reconhecimento como advogado, além de terem suas ações especificadas em lei¹⁵.

Por outro lado, em Portugal há considerável posição doutrinária no caminho de reconhecer o sigilo profissional aos advogados de empresas.

Cardoso (1997: 51) observa que os advogados de empresas, embora atuando com um vínculo laboral, não podem perder a consciência de que

14 Artigo 68.º, n.º 1: “Cabe exclusivamente à Ordem dos Advogados a apreciação da conformidade com os princípios deontológicos das cláusulas do contrato celebrado com o advogado, por via do qual o seu exercício profissional se encontra sujeito a subordinação jurídica”.

15 Nesse sentido, Silva, 2006: 33 ss.; Favreau, 2008.

a sua função de advogado impõe o respeito ao sigilo profissional, o que não pode ser diminuído por haver uma situação jurídica de obediência funcional. Neves (2001: 301), igualmente, aponta que *“os advogados de empresa devem merecer a mesma salvaguarda conferida, em geral, pelo legislador ao exercício da advocacia, o que inclui, naturalmente, o âmbito do segredo profissional, até porque o dever de manter sigilo sobre as matérias com que lida lhe é exigido”*. Essa é mesma posição de Canas (2005: 791 ss.), Campos (1988: 471 ss.), Santiago (1997: 229 ss.) e Almeida (2006), os quais apontam que o advogado vinculado por contrato de trabalho, atuando em empresas, está sujeito, no que se refere ao sigilo profissional, às mesmas regras dos advogados externos.

Porém, as dificuldades da questão e algumas resistências são evidentes, as quais já se vislumbram pela própria posição do TJUE.

Costa (2009: 60), mesmo ressaltando a existência de previsão sobre a questão nos artigos 68.º e 76.º, n.º 3, do EOA, observa a dificuldade de aplicação desses dispositivos aos advogados de empresa, ao questionar se a autonomia do advogado assalariado poderia permitir a se falar em “independência”, o que, certamente, em caso negativo, tem-se como desvirtuada a atividade profissional de advogado, no sentido, liberal e independente (posição do TJUE). Citando Luis, em assertiva contundente, observa que *“não passam de afirmações de dever ser, de visões utópicas da liberdade do assalariado”*, arrematando que *“tenhamos coragem de reconhecer que a única liberdade de quem trabalha em regime de emprego é deixá-lo”*.

Isso demonstra a descrença na atividade de advogado de empresa nos mesmos moldes desenvolvidos no sistema clássico dos chamados advogados “externos”. Essa questão, inclusive, é apontada por Silva (2006: 34), observando a existência de *“muitas reticências por parte da comunidade dos advogados que amiúde se alimenta de algumas ideias falsas acerca das razões e do exercício da atividade do advogado de empresa”*.

Nessa esteira, observa-se que diante do quadro que se vai desvelar no cenário europeu, resta devidamente delineada a fundamentação da resistência que vem a justificar a posição adotada pelo TJUE em seus acórdãos de 1982 e 2010. Todavia, cabe observar, ainda, que, em 2007, a própria Ordem dos Advogados de Portugal, em Parecer do Conselho-Geral sobre uma apreensão de documentos pertencentes a um advogado interno em uma empresa, reali-

zada pela Autoridade da Concorrência (AdC), entendeu ser ilegal tal apreensão por violar o sigilo profissional, o qual deveria ser estendido aos advogados internos¹⁶. Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Comércio de Lisboa (TCL), em 2008, contrariando o entendimento do TJUE, ao analisar uma questão nacional, uma apreensão de documentos de advogado de empresa por autoridade nacional de concorrência, entendeu, igualmente, pela ilegalidade da ação, e adotou a posição de que, em Portugal, o segredo profissional deve ser assegurado aos advogados internos nos mesmos moldes que aos advogados externos¹⁷.

Assim, como alguns doutrinadores reclamam, seria importante uma regulamentação expressa sobre essa situação, de modo que a questão conceitual não possa se sobrepor ao que está afirmado na legislação em relação aos advogados de empresas e é fato gerador de uma complexa celeuma no processo penal¹⁸.

2.2.3. Posições nos países europeus, Brasil e Estados Unidos

Como se pode observar, em Portugal, a posição na doutrina é sólida no sentido de haver a extensão da prerrogativa do sigilo profissional aos advogados de empresas, com algumas exceções apontando as dificuldades reconhecidas nos casos julgados pelo TJUE. E, tendo em vista os fundamentos dessa posição, a questão é bastante controversa no cenário europeu.

Na Espanha, a atividade profissional da advocacia é regulada no *Estatuto General de la Abogacia Española*, conforme *Real Decreto* 658/2001, havendo previsão de extensão das prerrogativas profissionais aos advogados de empresa, pelo que deveria ser incluído o sigilo profissional. Embora haja alguma dou-

16 No Parecer n.º E-07/07, a conclusão é a seguinte: a questão fundamental em causa é o segredo profissional do advogado, consagrado no artigo 87.º do EOA, com incidência instrumental nos artigos 70.º e seguintes do mesmo diploma; não há em Portugal qualquer discriminação legal e estatutária negativa dos advogados de empresas; o artigo 68.º do EOA compatibiliza o exercício da advocacia com o vínculo jurídico-laboral e com a previsão de sujeição aos mesmos princípios, de modo que a atuação da AdC teria violado os artigos 68.º, 87.º, 70.º e 71.º do EOA, artigo 177.º, n.º 3, e 180.º, n.º 1 e 3, ambos do CPP, com consequente nulidade da diligência, podendo tal atuação considerar-se subsumível no artigo 195.º do CP. Decisão disponível em: <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=59027>.

17 Decisão no processo n.º 572/07.9TYLSB, do TCL, disponível em: <http://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/eng/Newsletter_Concorrenca_Competition_1Trim_2009_1stQuarter_2009.pdf>.

18 Antônio Marinho e Pinho, bastonário da Ordem dos Advogados de Portugal, em entrevista ao site Conjur, revela a controvérsia existente na questão dos mandados de buscas em escritórios de advocacia, fazendo contundente crítica ao Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2010-mar-07/entrevista-antonio-marinho-pinto-presidente-ordem-portugal>.

trina que também aponte as dificuldades práticas para essa extensão, a posição dominante é no sentido de ser assegurado o sigilo aos advogados internos¹⁹.

Essa é a mesma posição que se verifica na Alemanha²⁰ e Bélgica, com o reconhecimento do sigilo a todos os advogados, excluindo-se os “consultores jurídicos” não inscritos na Ordem dos Advogados.

Entretanto, há situações peculiares, como na França, em que há legislação específica para os “juristas de empresas”, os quais não contam com as mesmas prerrogativas dos advogados. A Lei n.º 71-1130 de 1971, alterada pela Lei n.º 90-1259 de 1990, menciona expressamente que os “juristas de empresas” podem vir a ascender à condição de advogado com dispensa de estágio após um período de oito anos de atividades em empresas, o que os coloca numa categoria inferior, uma profissão distinta, não lhes sendo reconhecido o sigilo profissional.

Na Suíça e na Suécia, da mesma forma, como aponta Nolen (2011) em estudo realizado após a decisão do TJUE no Caso AKZO, o sigilo profissional não é estendido aos advogados internos, prerrogativa reconhecida apenas aos advogados externos. Os advogados internos são considerados consultores jurídicos, não havendo o reconhecimento da confidencialidade das comunicações com o cliente (empresa)²¹.

19 Veja-se a posição dos Advogados de Empresas da Espanha no Parecer da *Comisión de Abogados de Empresas del Colegio de Abogados de Madrid, España*, no qual é tratada a questão e há forte defesa das prerrogativas dos advogados de empresas em contraponto à decisão do TJUE no Caso AKZO. Disponível em <http://www.icam.es/docs/web3/doc/AE_SecretoProfesionalComision>. Acesso em 14 dez. 2011. Igualmente, a doutrina, por Gonzales Cueto (2011), Rodríguez Ramos (2011) e Cortés Bachiarelli (1998) segue nessa linha, com posições contrárias como em Portugal, no campo interpretativo sobre a aceção da advocacia, como Córdoba Roda. Interessante, por sinal, a posição de García Alonso (2011) ao afirmar que: “*Ahora bien, si en el Derecho de la Unión la protección del secreto profesional tiene el rango de un principio general del Derecho con carácter de derecho fundamental, quizá quepa preguntarse, si es suficiente un argumento, en el fondo, únicamente utilitarista, para negar de plano y sin excepciones este derecho respecto del intercambio de información entre los administradores de una empresa y el abogado interno. Y más si cabe cuando existen suficientes medios alternativos en el procedimiento (que ya aplican eficazmente al abogado externo y que podrían perfectamente aplicar al interno) para evitar un uso fraudulento del secreto profesional*”.

20 Rogall (2009: 134) aponta a diferença de tratamento entre advogados e consultores jurídicos, de acordo com a previsão do § 160a StPO: “*O §160a StPO só é aplicável às pessoas abrangidas por segredo profissional e respetivos colaboradores (não vale, portanto, para familiares); a norma diferencia dois grupos de pessoas abrangidas pelo segredo profissional: os ministros religiosos, os defensores e os deputados por um lado, e os restantes profissionais referidos no § 53 StPO (consultores jurídicos e profissões médicas, farmacêuticos, conselheiros de planeamento familiar e de toxicodependentes e equiparados, bem como dos trabalhadores dos média), por outro lado. Enquanto no que se refere ao primeiro grupo, a proteção é praticamente absoluta, já quanto ao segundo ela revela-se relativa*”.

21 Importante, também, sobre o panorama da questão no continente europeu, consultar o Parecer e estudo do Presidente da C.C.B.E.: *Representing Europe's Lawyers: Regulated legal professionals and professional*

No Brasil, porém, a situação assemelha-se à de Portugal. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, regulado pela Lei n.º 8.096/94, prevê que o “*local de trabalho do advogado é inviolável*”²², devendo ser respeitado o sigilo profissional, não havendo distinção se advogados de empresas ou externos. Da mesma forma, conforme Gomes (2011)²³, Castro (2011)²⁴, Silva (2011)²⁵ e Mamede (2003)²⁶, observa-se que a doutrina defende a inviolabilidade dos escritórios de advogados internos, estendendo-lhes o sigilo profissional, pela leitura sistemática da legislação.

Porém, mesmo havendo essa firme posição doutrinária, há resistência a essa extensão da prerrogativa na jurisprudência, tanto que representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) buscam no Poder Legislativo a pre-

privilege within the European Union, the European Economic Area and Switzerland, and certain other European jurisdictions. Disponível em: <http://elixir.bham.ac.uk/Free%20Movement%20of%20Professionals/Links_docs/fish_report_en.pdf>.

22 Estatuto da OAB (Lei n.º 8906/94), alterado pela Lei n.º 11767/08, restando o artigo 7.º, II, com a seguinte redação: “*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*”. Lembre-se, ainda, que o artigo 150.º, § 4.º, do Código Penal Brasileiro equipara o local de trabalho a domicílio, obrigando às restrições necessárias para efeitos de buscas e apreensões.

23 Gomes (2011) sustenta que “*a inviolabilidade existe porque o advogado, sem sobre de dúvida, cumpre o salutar (e imprescindível) papel de lutar pelos direitos e garantias, sobretudo constitucionais e internacionais, contra o arbítrio, principalmente, do Estado [...]. Também está protegido pela inviolabilidade e sigilo o local onde se localiza o departamento jurídico dentro de uma empresa. Departamento jurídico é local de trabalho do advogado, logo, faz parte da inviolabilidade prevista*”.

24 Para Castro (2011), “[a] inviolabilidade do escritório do advogado e, por forçosa extensão, das dependências ocupadas pelos departamentos e gerências jurídicas das empresas, acha-se duplamente protegida no plano constitucional”, referindo a advocacia como função essencial à justiça e à questão dos princípios da intimidade e privacidade, citando, ainda, a previsão expressa do EOA e artigo 150.º, § 4.º, III, do CP.

25 Silva (2011), referindo-se diretamente aos departamentos jurídicos, afirma: “*Em face dessas ocorrências houve uma mobilização da OAB, sendo editada a Lei n.º 11.767/08, que alterou o artigo 7.º do Estatuto da Advocacia, com o intuito de fazer se respeitar a inviolabilidade do local e dos instrumentos de trabalho do advogado, não importando se em escritório próprio e ou em departamento jurídico interno de empresa, já que a lei não fez qualquer distinção*”.

26 Mamede (2003: 193) faz uma análise específica sobre a situação dos advogados de empresas, com interessante ponderação: “*Quando o legislador fala em escritório ou local de trabalho, cria uma referência ampla: não interessa qual seja o local onde o advogado trabalhe, ele é considerado inviolável. Pode ser todo um prédio, um andar, uma sala ou um conjunto de salas, um ambiente em sua casa ou em casa alheia ou, até, ambientes ou locais que estejam localizados em prédios de empresas ou outros clientes. Dessa maneira, se o advogado tem uma sala na empresa para a qual trabalhe (como autônomo ou como empregado), essa sala é inviolável, se o advogado tem uma única e singela mesa, disposta no escritório ou em qualquer outro lugar pertencente a outrem, seja ou não seu cliente, essa mesa é inviolável*”.

visão expressa dessa questão na legislação, para a inserção do reconhecimento do sigilo profissional aos advogados de empresas²⁷.

Nos Estados Unidos da América, a situação é mais complexa, pois em cada Estado da Federação há uma regulamentação específica, porém, Nolen (2011) aponta que, em alguns Estados, não é estendido o sigilo profissional aos advogados, como ocorre na Califórnia, embora a Suprema Corte já tenha se manifestado e afirmado a necessidade de proteção das relações entre advogados de empresas e seus clientes, inclinando-se pelo reconhecimento da prerrogativa aos *in-house lawyers*.

Portanto, observa-se que tanto no cenário europeu como nos Estados Unidos da América, e até mesmo em países em que há previsão legal sobre a matéria, como Brasil, Portugal e Espanha, a questão da extensão do sigilo profissional aos advogados de empresas (*in-house lawyers*) mostra-se por vezes frágil, diante do entendimento conceitual sobre a profissão de advogado, que sempre leva a uma ideia de atividade liberal e independente, jamais assalariada e subordinada, o que estaria por desvirtuar a profissão.

O tema é, por isso, muito atual, discutindo-se a necessidade de ser instituído um regramento específico para os advogados de empresas, sobretudo, diante da posição assumida pelo TJUE, o qual traz a sua argumentação, a própria falta de unidade de posição entre os Estados-membros²⁸.

Cabe, então, a análise da celeuma na esfera do processo penal, onde a discussão aflora nos casos de buscas e apreensões em empresas, nas quais advogados internos exercem suas atividades.

27 Conforme informação disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-dez-12/advogados-garantia-inviolabilidade-departamentos-juridicos>>. Ainda, cabe salientar a informação disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-30/pf-ignorou-lei-busca-departamento-juridico-mariz>>, acesso em 18 fev. 2012, em que há notícia de decisão judicial lançada na “Operação Castelo de Areia”, no Brasil, em que foi autorizada a busca e apreensão em departamento jurídico de empresa, com grande repercussão na classe dos advogados e contestada com veemência.

28 Murphy (2004: 453), antes do julgamento definitivo pelo TJUE no Caso AKZO, em 2010, apontava a possibilidade de reversão da jurisprudência do TJUE, porém, o que não se confirmou com a decisão que não reconheceu o sigilo profissional aos advogados internos, porém, pondera que há essa falta de uniformidade nas legislações internas sobre a questão, o que enfraquece a resistência à posição do TJUE. Refere, então, que “*the fact remains that legal communications between clients and in-house lawyers are currently not considered privileged. This situation is the price to pay for consensus among the 15 members of the EU where legal traditions have historically varied from one Member State to another and where the law has sometimes developed quite independently over time*”.

2.3. A busca e apreensão como meio de obtenção de prova em escritórios de advogados internos

2.3.1. Requisitos do regime legal das buscas e apreensões em escritórios de advocacia

No processo penal português as buscas e apreensões estão reguladas a partir do artigo 174.º do CPP. Trata-se de um meio de obtenção de prova importante, sobretudo, por muitas vezes, oportunizar a realização de uma prova direta da prática de um crime, como a apreensão, por exemplo, de documentos que afirmem a autoria ou a própria materialidade de um delito.

Porém, como a busca representa uma invasão da esfera de privacidade do indivíduo, para que haja a limitação de um tão relevante direito fundamental, necessário que exista um arcabouço indiciário que aponte a ocorrência de um ilícito penal e de sua autoria, de maneira que se possa permitir e deferir essa medida restritiva.

O artigo 177.º do CPP, que trata das buscas domiciliárias, traz requisitos específicos quando a medida de busca e apreensão for executada em escritórios de advocacia, regra que visa assegurar o exercício profissional do advogado em sua plenitude, salvaguardando o sigilo profissional.

Esses requisitos preveem que a busca deve ser, obrigatoriamente, presidida por um juiz, sob pena de nulidade, havendo a obrigação de ser avisado, antes da ação, o presidente local da Ordem dos Advogados, para que este ou um representante possa acompanhar a diligência. A presença de um juiz e do contato prévio com um representante da Ordem dos Advogados é condição essencial para a validade da medida de busca e apreensão.

Entretanto, uma questão que surge na doutrina, é se a busca em escritório deve ser inserida nos mesmos pressupostos de uma busca domiciliária ou estaria sujeitas às regras gerais das buscas não domiciliárias. Neste ponto, Pinto (2007: 23 ss.) entende que as buscas em escritórios de advogados não são classificadas como domiciliárias, razão pela qual, além dos requisitos obrigatórios e expressos do artigo 177.º do CPP, aplicar-se-ia as disposições do artigo 174.º do CPP, possibilitando a sua realização em qualquer horário.

Em outro sentido, e a nosso ver com razão, Neves (2011) observa que o legislador inseriu as buscas nos escritórios de advogados no artigo 177.º do CPP, que trata das “buscas domiciliárias”, ou seja, todas as regras que estão no referido dispositivo legal aplicam-se em tais buscas, portanto, devem ser observados os horários previstos na legislação processual penal e demais requisitos. Ora, se o art. 177.º do CPP traz diversos requisitos para a busca

e apreensão e aquela que é realizada em escritórios de advocacia está inserida no mesmo dispositivo, com certeza, por uma interpretação sistemática, impõem-se as mesmas limitações das buscas domiciliárias aos gabinetes de advogados (somadas às garantias específicas acima mencionadas).

Diante desse quadro, perde maior relevância debater se as pessoas coletivas devem estar inseridas nas buscas domiciliárias ou não, questão controversa na doutrina e na jurisprudência²⁹, pois como a questão das buscas em escritórios de advogados estão reguladas no capítulo referente às “buscas domiciliárias”, há necessidade de observância de todos os pressupostos legais destas, como condição essencial para a validade da diligência de busca e apreensão.

Em relação à apreensão de documentos em escritórios de advocacia, a legislação processual penal, em seu artigo 180.º, prevê que se aplica o disposto no art. 177.º do CPP, e que não podem ser objeto de apreensão os documentos abrangidos pelo “segredo profissional”, salvo se constituírem objeto ou elemento de um crime.

Assim, toda a documentação presente em um escritório de advocacia, que tenha relação com a atividade profissional, está salvaguardada pelo sigilo profissional, não poderá ser apreendida, a não ser que haja relação com um fato delituoso, constituindo objeto ou elemento deste. Ademais, cabe observar que se o advogado for diretamente investigado, poderão ser apreendidos todos os documentos que guardem relação com o suposto delito, mesma situação em que se admite, pelo artigo 187.º, n.º 5, do CPP, a interceptação das conversas

29 Sobre o assunto, interessante o artigo de Pinto (2005: 415 ss.), em que aponta a divergência na doutrina e na jurisprudência sobre o assunto, demonstrando que J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, Costa Andrade e Paulo Mota Pinto são favoráveis à extensão do conceito de domicílio às pessoas coletivas, enquanto J. Martins da Fonseca, João Conde Correia e Paulo Pinto de Albuquerque são contrários. No Tribunal Constitucional já houve o enfrentamento da matéria, conforme acórdãos n.º 198/95, 67/97 e 539/97, sendo que no acórdão n.º 593/2008 verifica-se a posição de não admitir a extensão do conceito de domicílio às pessoas coletivas, com a aceitação de uma busca e apreensão deferida pelo Ministério Público, ou seja, busca “não domiciliária”. Entretanto, não se perde de vista que o problema aqui enfrentado vai além, pois a busca em escritórios de advocacia está inserida dentre as “buscas domiciliárias” no CPP. De outro lado, Bachmaier Winter (2009: 176) afirma que o TEDH, ao interpretar o art. 8.º da CEDH, vem estendendo o conceito de domicílio aos escritórios de advogados e às pessoas coletivas: *“El art. 8 CEDH confiere protección frente a la medida de entrada y registro en domicilios. A los efectos de la aplicación de este precepto, sin embargo, el concepto de domicilio (‘home’, em la versión inglesa del Convenio Europeo) se há interpretado de manera amplia. La inviolabilidad del domicilio, según reiterada doctrina del TEDH, se extiende a todos los espacios cerrados em los cuales el ser humano desarrolla su via no solo privada, sino también de relación com el exterior. Así, tienen cabida dentro de ese concepto el despacho profesional de un abogado (caso Niemietz) o las dependencias de una empresa (caso Veeber)”*.

telefônicas entre o arguido e seu defensor, o qual, então, estará também sendo investigado formalmente, mas somente nesta hipótese³⁰.

Cabe ressaltar, ainda, que a legislação processual penal, em Portugal, não faz qualquer ressalva ou “discriminação negativa”³¹ acerca dos escritórios de advogados, em nenhum momento referindo se advogados externos ou internos, se o local é empresa ou não. A previsão é no sentido de preservar o escritório do advogado, resguardando sua atividade e o segredo profissional.

2.3.2. Análise da questão específica do advogado interno à luz do princípio da ampla defesa

Como pudemos observar acima, o sigilo profissional do advogado não é apenas um dever do advogado, mas, igualmente, um direito que possibilita o livre exercício da profissão para sua plena colaboração na administração da justiça, conforme norma expressa no artigo 208.º da CRP. E esse direito, no campo do processo penal, é ainda mais relevante.

Em um Estado de Direito democrático, a preservação do princípio da ampla defesa é uma máxima absoluta, sendo inadmissível que alguém seja sujeito a um processo criminal ou a uma condenação penal sem poder exercer sua defesa, contrapor a acusação estatal.

A atuação do advogado, nesse aspecto, está intrinsecamente ligada a esse princípio, pois ao sustentar a defesa, terá acesso a informações, documentos, dados confidenciais pelo cliente de maneira a fazer valer a mais ampla defesa ao adotar as melhores estratégias possíveis no desempenho de sua atividade. O segredo profissional, assim, garante a realização da atividade do advogado e, em última análise, é fundamental para o exercício da ampla defesa.

30 Interessantes as decisões do TEDH no caso “ERDEM vs. Alemanha”, de 05.07.2001, e “FOXLEY vs. Reino Unido”, de 20.06.2000, que tratam da apreensão de correspondência de advogado com o cliente, sendo que, no último caso, advogado de uma empresa que faliu e houve a apreensão de documentos. O TEDH apontou a ilegalidade das apreensões, cabendo observar que na decisão do caso “ERDEM”, há expressa menção à repercussão da apreensão no direito de defesa do indivíduo. Tais casos não envolvem o advogado, situação que, pacificamente, se ocorrer, de acordo com a lei e a jurisprudência, não há mais confidencialidade, já que o advogado é também investigado.

31 Parecer do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados n.º E-07/07, no qual é defendida essa tese, no sentido de ausência de “discriminação negativa” em relação aos advogados de empresas. No corpo do referido parecer há exaustiva análise da legislação portuguesa, não havendo qualquer diferenciação entre os advogados inscritos na Ordem dos Advogados.

Como observa Gössel (1985), a defesa penal deve ser ampla e efetiva e tais prerrogativas, por consequência, são indispensáveis para a realização desse fim³².

Portanto, na legislação processual penal portuguesa e no EOA não há qualquer distinção entre advogados que atuem de forma independente ou em empresas, subordinados. Ora, uma interpretação não poderia se sobrepor à lei, mesmo que seja de um órgão como o TJUE. Embora a posição desta Corte refira-se ao Direito de Concorrência, não se pode perder de vista que há possibilidade de ser utilizado seu entendimento para a realização de buscas e apreensões em escritórios de advogados de empresas sem observância dos preceitos legais específicos³³.

Tanto é verdade que, conforme o Parecer n.º E-07/07 da Ordem dos Advogados de Portugal, observa-se que houve a realização de uma busca e apreensão pela AdC, realmente, na linha desenvolvida pela posição do TJUE, bem como o TCL, em 2010, julgou fato similar, embora, em sentido contrário à posição do TJUE, mas, observa-se que houve ação da AdC.

Embora o processo penal obrigue a um maior rigor em termos de garantias por estar sujeitando alguém, mediante um processo, à sempre possível perda da liberdade, ou seja, a medidas drásticas pela prática de um crime, o regime do Direito de Concorrência e até mesmo a prática de fatos contemplados no Regime Geral das Contra-Ordenações acabam por ter caráter sancionatório, em que vigoram, por uma leitura constitucional, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Assim, a realização de uma busca pela AdC ou por policiais em uma investigação, deverão observar os pressupostos específicos para a legalidade dessa ação.

Nesse ponto, deve ser ponderado o seguinte: a legislação faz alguma ressalva negativa em relação aos advogados internos? Pela análise do CPP e do EOA verifica-se que a resposta é negativa. O advogado de empresa (interno ou *in-house-lawyer*) é “advogado” para a legislação portuguesa, a qual exige,

32 Gössel, 1985. Nesse mesmo sentido, o entendimento de Figueiredo Dias (2004: 471) ao observar que “os direitos do defensor não têm a sua origem e fundamento na ‘procuração’ concedida pelo arguido, esta apenas uma das fontes de onde pode derivar a assunção da função de defensor; aqueles direitos são, na verdade, mais amplos do que poderiam ser se tivessem fundamento apenas contratual e têm a sua origem na própria lei processual penal. Isto significa, por força, que o defensor exerce uma função pública de administração da justiça e é, por consequente, um órgão desta administração”.

33 Veja-se o Caso Saunders vs. Reino Unido, julgado no TEDH, relativo à utilização de prova obtida em processo de investigação administrativo em processo criminal, em que houve decisão que reconheceu a violação do art. 6.º, n.º 1, CEDH, tema analisado por Sousa Mendes (2010: 121 ss.).

para isso, a necessária inscrição na Ordem dos Advogados. A partir disso, como afastar os requisitos específicos do artigo 177.º, n.º 5, do CPP, para a realização de uma busca e apreensão em uma empresa e que haja o interesse da autoridade em proceder a análise no gabinete do advogado?

Não se perde de vista a problemática que decorre disso, por questões práticas de difícil solução. Como se sabe, em alguns casos, poderão ser destacados documentos, arquivos de informática, muitas possíveis provas de práticas criminosas para o gabinete do advogado, com o fim de ocultação. Ora, mas não se podem confundir requisitos legais específicos com uma “imunidade absoluta”. Longe disso. Se houve essa conduta de ocultação, os responsáveis pela investigação deverão ter a cautela de solicitar a medida de busca com dados suficientes que apontem a prática criminosa e que no local há o escritório de advogado, o que, para ser efetivada a busca, deverá, então, contar com a presença de um juiz e contato prévio ao representante da Ordem dos Advogados. Além disso, se houver indícios da participação do advogado na prática dos crimes, há a perda desta “proteção”, o que é pacífico.

Certo é que esses requisitos trazem maiores garantias para a execução da busca, por dizerem respeito diretamente à atividade de um advogado, mas, na prática, podem gerar uma diferença discriminatória: a empresa que conta com setor jurídico, com advogados internos, teria esse “privilegio”. Ora, é outro argumento que não serve, pois embora haja a necessidade de um cuidado maior pela entidade policial ou autoridade nacional da concorrência, não se pode perder de vista que a situação é retrato do mercado e da própria evolução da atividade da advocacia, que merece crítica de alguns e aplauso de outros³⁴. Esses argumentos, entretanto, de nada servem diante do acervo legal existente em Portugal, não se vendo outra situação que não a de respeitar os advogados internos como “advogados” para efeitos legais (e não no campo da discussão interpretativa).

A posição adotada pelo TJUE, mesmo no campo do Direito de Concorrência (quando na área interna), ou no processo penal, não pode prevalecer em Portugal e nos países em que não há distinção entre a atividade profissional como advogados “externos” ou “internos”. Se não há essa diferença na lei, embora possam ser entendidos alguns entraves que surjam para a inves-

34 Crítica de Luís (1988: 591 ss) e Costa (2009), por exemplo, em Portugal; Auburn (2000) na Inglaterra. Veja-se, ainda, a posição adotada em países como a França, Suíça, Suécia, em que não há o mesmo tratamento para os advogados de empresas.

tigação, não se podem colocar garantias de lado, sobretudo, como vimos, em questão diretamente relacionada ao princípio da ampla defesa, o qual é o princípio mais básico para um processo justo e democrático.

O interesse público da investigação de fatos delituosos acaba por ceder diante de direitos individuais fundamentais resguardados na própria legislação como forma de garantia, de maneira a não ser possível qualquer ação do Estado contra o indivíduo, mas, sim, apenas aquelas ações que guardam a devida proporcionalidade e estão diretamente de acordo com os requisitos previstos em lei e em consonância com a Constituição³⁵.

Se a legislação processual penal menciona “escritórios de advogados”; se o EOA garante aos advogados que trabalham em regime de subordinação, em seu art. 68.º, as prerrogativas dos demais advogados, mesmo que se vislumbrem os problemas conceituais e práticos já analisados, não há possibilidade de um tratamento diferenciado e, pior, discriminatório para os advogados de empresas em Portugal. São “advogados” da mesma forma e merecem a mesma proteção jurídica, sendo-lhes garantido o sigilo profissional. Ainda mais que, na esfera do processo penal, não se poderia admitir o afastamento de uma norma de garantia, que diz respeito à ampla defesa, por mera interpretação. É o exemplo do “espartilho” mencionado por Albrecht (2010: 188), no sentido de que o Estado só poderá agir no campo da persecução penal devidamente ajustado às regras predeterminadas na legislação e somente poderá atuar nesse campo de atuação limitado³⁶.

35 Como menciona Gössel (1991: 675), “[e]l problema de la prohibición de la prueba viene a encuadrarse en la encrucijada entre los intereses del Estado a un efectivo procedimiento penal, en cuanto comunidad jurídica, y los intereses del individuo a la protección de sus derechos personales”. Também Bachmaier Winter (2009: 173) faz interessante observação sobre o assunto, ponderando que “se exige que en la adopción de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental se cumpla el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Ello implica que, aunque la medida sumarial idónea y necesaria por no existir una medida alternativa menos lesiva, su adopción resultará en una vulneración contraria al art. 8 CEDH si no supera el requisito de la proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, por conseguinte, actúa como un importante factor de corrección y limitación de la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales”.

36 Albrecht (2010: 188) faz a comparação com um “espartilho”, referindo: “*Diante da lei penal todos os cidadãos devem ser iguais, a aplicação da lei precisa ser previsível, a lei penal protege o cidadão contra o arbítrio estatal. O princípio da legalidade processual segue estes axiomas. Cultiva o axioma do tratamento igual, na medida em que deve garantir que iguais violações da lei também são tratadas de modo igual. Exclui a arbitrariedade estatal e cuida da segurança pública. Observando-se o princípio, satisfaz-se a exigência de um emprego controlado e previsível da violência estatal. O princípio da legalidade processual impõe ao Estado persecuidor penal um espartilho apertado. Em caso de lesões do Direito, o Estado precisa se mexer, mas é limitado, por meio do espartilho, em seu espaço de movimento. Um espartilho pode ser desconfortável. Consegue-se maior conforto quando não se precisa movimentar o espartilho, ou quando se pode tirá-lo, em caso de movimento*”. No caso em debate, embora a busca e apreensão em um gabinete de advogado de empresa possua alguns entraves na sua forma de execução, no momento em que a legislação

2.3.3. Reflexos da possível violação de direitos do advogado interno no campo do processo penal

Diante desse quadro, se considerado o advogado de empresa como “advogado” para efeitos da legislação vigente em Portugal, este deve gozar das mesmas prerrogativas dos advogados externos e, da mesma forma, devem ser respeitadas as mesmas normas de garantia previstas, por exemplo, no artigo 177.º e artigo 180.º do CPP, obrigando a adoção de requisitos especiais para o cumprimento de uma medida de busca e apreensão.

Por sinal, essa é a posição de Neves (2011: 301) ao defender que *“as diligências de prova que ocorram nas empresas nas quais há advogados a exercer têm que convocar, na parte da busca ao concreto gabinete do advogado, as mencionadas disposições de proteção do segredo profissional, nomeadamente as exigências legais das buscas em escritórios de advogados”*.

Se houver uma investigação e decorrer a necessidade de busca e apreensão no ambiente de uma empresa, caberá o estudo da situação pela autoridade competente e verificação da necessidade de serem adotadas as cautelas impostas na legislação por haver interesse de busca no gabinete ou local de trabalho ocupado pelo advogado da empresa.

Em que pese as já nominadas posições que contestam a figura do “advogado de empresa”, por questões conceituais e até práticas, a maioria da doutrina defende a inviolabilidade do escritório do advogado de empresa, nos mesmos termos do “advogado externo”, sendo-lhe garantido o sigilo profissional. Assim, se há sigilo profissional, o local de trabalho, seja fora ou dentro de uma empresa, deve ser respeitado³⁷.

processual penal prevê medidas de proteção específica aos advogados (e faz isso sem qualquer distinção), essas garantias devem ser respeitadas de modo a evitar qualquer ação arbitrária e ilegal.

37 Batista (2011), em artigo escrito em reação a ações realizadas pela Polícia Federal em escritórios de advogados de empresas, durante investigações de crimes relacionados à área econômico-financeira, no Brasil, observa: *“A proteção legal do escritório de advocacia poderia reportar-se ao direito à privacidade ou à inviolabilidade do domicílio; no último caso, porque a lei equipara expressamente a domicílio todo ‘compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade’. Contudo, as linhas argumentativas que daí derivam apenas suplementariam aquelas que residem no núcleo da questão: a proteção legal do escritório de advocacia vincula-se diretamente ao princípio fundamental do direito de ampla defesa e ao sigilo profissional que lhe é inerente. Suas raízes estão, portanto, naquilo que costuma designar-se por ‘velho e bom direito penal liberal’. Em passagem célebre, observava o grande jurista liberal Carrara, na segunda metade do século XIX, que ‘de todas as ideias tirânicas, a mais tirânica (la più tirannica) é aquela que pretendesse que o advogado defensor comunicasse ao Ministério Público ou ao juiz as coisas que o cliente lhe confidenciou (le cose a lui confidate dal cliente)’. Buscar nos papéis de trabalho do advogado qualquer espécie de prova contra seu cliente é, portanto – foi o venerando Carrara quem não-lo ensinou – realizar objetivamente a mais tirânica de todas as ideias tirânicas”*.

Na área do Direito de Concorrência, em que há um regramento específico, com a previsão de um procedimento sancionatório não tão rigoroso em termos de critérios e garantias como no processo penal, devem ser tomadas as medidas necessárias para a preservação do advogado interno, por ser também detentor do sigilo profissional, em Portugal e nos países onde há legislação expressa sobre o assunto ou, no mínimo, a interpretação sistemática extraída da lei (como ocorre na Espanha e no Brasil, por exemplo). No campo do processo penal, além disso, devem ser observadas as mesmas garantias previstas no artigo 177.º do CPP, que exige a presença de um juiz e a comunicação prévia do representante da Ordem dos Advogados.

Cabe ponderar, igualmente, que a AdC, durante uma busca, pode vir a produzir provas que serão utilizadas em processo penal, a partir da constatação da ocorrência de um crime, o que demonstra, sobretudo, a delicadeza da questão aqui em debate. Se não respeitado o sigilo profissional e as garantias dispostas na legislação, poder-se-á falar, futuramente, em uma fatal ilicitude da prova.

Conforme previsão da nova Lei de Concorrência, Lei n.º 19/2012, em seu artigo 18.º, n.º 1, alínea *c*), a AdC poderá realizar buscas nas empresas, porém, mediante a observância dos requisitos previstos no n.º 2 do mesmo artigo 18.º, quais sejam, a existência de um pedido à autoridade judiciária (Ministério Público), que deverá, em 48 horas, despachar o requerimento de forma fundamentada, autorizando as buscas. Porém, se houver advogado interno, mesmo que a matéria seja restrita ao Direito da Concorrência, verifica-se que a nova legislação trouxe em seus artigos 19.º e 20.º, praticamente, as mesmas regras previstas para as buscas e apreensões na esfera do processo penal, pois é exigida a presença do juiz de instrução e a comunicação prévia ao representante da Ordem dos Advogados.

Embora a Lei n.º 19/2012 não trate, também, especificamente, dos advogados internos, há as mesmas prerrogativas garantidas aos advogados³⁸, sendo que a única interpretação possível é que deverá ser respeitado o sigilo profissional dos *in-house lawyers*, assegurando-lhes essas mesmas exigências legais, conforme exposto acima, com base no sistema legal português e em sentido

38 Segundo previsão do artigo 19.º, n.º 7 e n.º 8, e artigo 20.º, n.º 4, ambos da Lei n.º 19/2012, publicada em 8 de maio de 2012. Cabe, ainda, ressaltar, que se está a falar de buscas e apreensões como meio de obtenção de prova (no campo do processo penal e também do Direito de Concorrência), com o que não se confunde as inspeções ou solicitações de informações. Porém, obviamente, se determinados documentos estiverem resguardados por sigilo profissional, este deverá ser respeitado, mas, nesse momento (repita-se, não relativo à busca e apreensão), com vinculação à causa, ao cliente, não se justificando uma imunidade absoluta, sobretudo, por não haver ainda qualquer ação destinada a coleta de prova.

contrário ao defendido no TJUE. Porém, se houve a constatação de prática de crime, não haverá outro caminho que se buscar a autorização de um juiz e o contato com o representante da Ordem dos Advogados, solução para evitar riscos.

Em outra partida, poderia ser sugerida a apreensão e posterior validação da prova pela autoridade judiciária, como ocorre nas situações do artigo 179.º do CPP. Todavia, essa situação não deixa de impedir a presença do representante da Ordem dos Advogados para acompanhar a diligência, fato que demonstra a especialidade da questão da busca e apreensão quando envolve advogados.

Certo, porém, que, se a investigação for realizada pela polícia criminal, essa diligência em um escritório de advocacia, mesmo “interno”, pressupõe um fato concreto, a necessária fundamentação e um despacho de um juiz, que deverá estar presente no cumprimento da busca, devendo haver o contato prévio ao representante da Ordem dos Advogados. Caso isso não seja observado, verifica-se a existência de uma violação a uma norma de garantia, decorrendo a ilegalidade do ato.

Com a consideração de que o advogado interno conta com a prerrogativa do sigilo profissional, diferentemente do entendimento do TJUE nos Casos AM&S e AKZO, a busca e apreensão realizada na esfera do processo penal, sem observar os requisitos do artigo 177.º, n.º 5, e artigo 180.º, ambos do CPP, estará no campo da ilicitude da prova.

Nesse aspecto, a busca e apreensão em escritórios de advogados (mesmo que advogados de empresas) tem uma maior restrição por todas as implicações analisadas no presente estudo, principalmente, pela vinculação do tema ao direito de defesa³⁹ e sua relação direta com o sigilo profissional, sendo que a obtenção de provas pelo Estado, em procedimento investigatório, deve, obrigatoriamente, ceder a exigências mais severas, sob pena de incidir em prova proibida⁴⁰.

39 Como afirma Gössel (1985: 38), em total consonância com o que vem aqui sendo defendido, “sendo a atividade do defensor estendida, no campo dos direitos fundamentais do arguido, como defesa de sua dignidade humana, cabe-lhe uma função de controlo integrante face ao poder de exercer a acção penal que incumbe ao Estado. Em suma: o controlo de todas as medidas de prossecução penal contra o réu, realizado através do defensor, constitui o conteúdo da posição subjectiva do réu”.

40 Sousa Mendes (2004: 142), sobre esse assunto, salienta que a questão das proibições de utilização ou valoração de provas proibidas é uma maneira de impedir a tentativa de o Estado obter provas a qualquer custo, o que, repita-se, mesmo com todas as dificuldades práticas que o presente assunto acaba por evidenciar, não há como sobrepor uma interpretação sobre requisitos legais expressos em matéria de processo penal. O Autor ressalta, nesse caminho, que: “é como se o legislador anunciasse aos virtuais prevaricadores: - Não sucumbam ao canto de sereia da obtenção das provas a qualquer preço, porquanto isso

Desse modo, em sentido oposto ao adotado pelo TJUE no campo do Direito da Concorrência, embora pelo estudo no Direito Comparado observe-se a falta de consenso sobre a extensão do sigilo profissional aos advogados de empresas, verifica-se que pela legislação portuguesa não há espaço para entendimento que afaste essa extensão, devendo o advogado “interno” ser detentor das mesmas prerrogativas e garantias reconhecidas aos advogados “externos”.

Assim, colhida a prova em uma diligência de busca e apreensão, sem a observância dos requisitos legais que protegem e salvaguardam o sigilo profissional e atividade do advogado, haverá prova ilícita, a qual não poderá ser utilizada no processo penal, sendo possível, inclusive, ser analisada a prática do crime do artigo 195.º do CP, pela prática de violação do sigilo profissional⁴¹.

CONCLUSÕES

A posição do TJUE no âmbito do Direito de Concorrência na União Europeia não estende a prerrogativa do sigilo profissional aos advogados internos, com o entendimento que esse sigilo é restrito aos advogados externos, os quais atuam de forma independente, sem qualquer vinculação jurídico-laboral com seus clientes. De acordo com esse posicionamento da referida Corte, o advogado interno ou *in-house lawyer* não é considerado um “advogado” no sentido clássico e tradicional da profissão.

Essa posição abre a possibilidade de que sejam efetuadas buscas e apreensões em empresas sem que haja a tomada das cautelas decorrentes do reconhecimento do sigilo profissional como garantia do exercício da advocacia. Entretanto, se isso é certo em alguns países, que não consideram *in-house lawyers* como advogados e, sim, meros consultores jurídicos, como ocorre na França, Suécia, Suíça, em alguns dos estados Federados dos Estados Unidos da América, a situação não pode ser compreendida dessa forma em países em que o advogado de empresa, o advogado interno, tem o mesmo tratamento legal dos advogados externos ou, até mesmo, inexistindo qualquer distinção na legislação entre possíveis formas de advocacia, como ocorre em Portugal, Espanha e Brasil, por exemplo.

vos custaria a inutilização absoluta dos meios de prova ilicitamente obtidos, nem sequer se podendo repetir essas provas por outros meios. Por exemplo, se invadistes o domicílio do suspeito sem a devida autorização judicial e nesse local encontrastes a arma do crime, então, é como se tivésseis destruído essa prova material”.

41 Posição adotada e defendida no Parecer n.º E-07/07 do Conselho-Geral da Ordem dos Advogados de Portugal.

A jurisprudência do TJUE, firmada nos casos AM&S e AKZO, em matéria de busca e apreensão como meio de obtenção de prova, não pode ser aplicada nesses países no campo do processo penal e, com grande risco de ilegalidade, no próprio campo do Direito de Concorrência.

Se a legislação não faz distinção entre advogados externos e internos e no CPP, em seu artigo 177.º, há expressa previsão de requisitos específicos para a busca e apreensão em escritórios de advocacia (que podem ser externos ou dentro de empresa, repita-se, não há qualquer diferenciação nesse sentido), mesmo que se admita a problemática decorrente da discussão conceitual, em se tratando de norma de processo penal e que garante certos pressupostos para que a ação estatal seja desenvolvida no campo da persecução penal, não se pode chegar a outra conclusão de que mesmo os advogados de empresas são detentores do sigilo profissional e gozam do status de “advogado” em sentido amplo e merecem os mesmo resguardos previstos em lei.

Como se pode verificar ao longo deste estudo, os advogados internos, em Portugal e em alguns outros países, ostentam as mesmas garantias dos advogados externos. Mesmo que se possam verificar diversas dificuldades para uma ação investigatória por parte dos órgãos de polícia criminal ao efetuarem uma diligência de busca e apreensão no interior de uma empresa que conte com um setor jurídico, com a atuação de advogados em seu âmbito, a legislação processual penal traz requisitos mais rigorosos no que diz respeito à essa espécie de ação investigatória em que sejam alvo advogados. Como não há distinção legal, não se vislumbra possibilidade de sobrepor uma interpretação conceitual a uma regra expressa de garantia, ainda mais que, como foi analisado, as garantias concedidas aos advogados, em última análise, buscam respeitar, também, o direito à ampla defesa, princípio basilar do processo penal.

Em um Estado de Direito democrático não há margem para que uma regra de processo penal, relativa a questões que possuem tamanha profundidade em termos de defesa e, até mesmo, a direitos fundamentais (interpretação sobre a extensão do conceito de sigilo profissional e os direitos à intimidade e privacidade) sejam obstaculizadas por uma interpretação que discrimina os advogados de empresas sem que exista qualquer distinção na legislação interna do país, como ocorre em Portugal⁴².

42 Costa Andrade (2006: 38), citando Jürgen Wolter, nesse ponto, destaca: “em todos os casos que contendam com a dignidade humana, não poderão ser chamados à ponderação os interesses por uma justiça penal eficaz. Quem o fizesse não tomaria a sério nem a inviolabilidade da dignidade humana nem um processo penal vocacionado para a proteção dos direitos fundamentais [...] a procura da verdade material

Portanto, mesmo que haja a posição do TJUE no campo do Direito de Concorrência e essa posição possa ser seguida em alguns países que, efetivamente, tratam de modo distinto os advogados externos dos internos, sendo a matéria afeta ao processo penal, em casos de prática de ilícitos criminais e de modo em geral, em Portugal (e nos países que seguem essa mesma linha com previsão na legislação, como, por exemplo, na Espanha e Brasil), deve ser reconhecida a prerrogativa do sigilo profissional aos advogados internos e devem ser obedecidos os requisitos legais previstos no artigo 177.º do CPP, sob pena de incorrer-se em proibição de prova, com violação de princípios que se encontram afirmados na Constituição, como aquele que garante a advocacia como essencial para a administração da justiça e, sobretudo, o princípio da ampla defesa.

e de uma decisão justa, os esforços pela punição e reparação dos danos não são apenas relativizados pela garantia da dignidade humana, mas por ela inteiramente bloqueados”.

BIBLIOGRAFIA

ALBRECHT, Hans-Jörg.

2009 “Criminalidade organizada na Europa: perspetivas teórica e empírica”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 73-99.

ALBRECHT, Peter-Alexis.

2010 *Criminologia: Uma fundamentação para o Direito Penal*, Rio de Janeiro: ICPC e Lumen Juris.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

2009 *Comentários do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALMEIDA, Carlos Alberto Simões de

2006 *Medidas cautelares e de polícia do processo penal, em direito comparado*, Coimbra: Almedina.

ANDRADE, Manuel da Costa

2006 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.

ARNAUT, António

2005 *Estatuto da Ordem dos Advogados Anotado*, 9.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.

AUBURN, Jonathan

2000 *Legal Professional Privilege: Law and Theory*, Oxford: Hart Publishing.

BACHMAIER WINTER, Lorena

2009 “Investigación criminal y protección de la privacidad em la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 161-185.

BATISTA, Nilo

2011 *A criminalização da advocacia*, disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/128.pdf> [consultado em: 01.12.11].

BELEZA, Teresa Pizarro & PINTO, Frederico de Lacerda da Costa

2010 *Prova criminal e direito de defesa: Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Coimbra: Almedina.

CAETANO, António

2003 “Inquérito aos advogados portugueses. Uma profissão em mudança: Caracterização das condições de exercício da advocacia”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 63, dezembro, pp. 157-177.

CAMPOS, Carlos da Silva

1988 “O sigilo profissional do advogado e seus limites”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 48, setembro, pp. 471-510.

CANAS, Vitalino

2005 “O segredo profissional dos advogados”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 791-803.

CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa anotada*, vol. I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

CARDOSO, Augusto Lopes

1997 *Do segredo profissional do advogado*, Lisboa: Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados.

2003 “A Diretiva sobre o branqueamento de capitais e o segredo profissional da advocacia”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 27, julho/agosto, pp. 28-36.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira

2011 *A inviolabilidade de escritórios de advocacia e departamentos jurídicos de empresas: Sigilo profissional e prerrogativas da profissão de advogado*, disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/pdf/Geral/artigo.pdf> [consultado em 08.12.11].

CÓRDOBA RODA, Juan

2005 *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons.

CORREIA, João Conde

1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.^a parte, da C.R.P.)”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 79, julho/setembro, pp. 45-67.

CORTÉS BACHIARELLI, Emílio

1998 *El secreto profesional del abogado y del procurador y su proyección penal*, Madrid: Marcial Pons.

COSTA, Orlando Guedes

2009 *Direito Profissional do Advogado*, Coimbra: Coimbra Editora.

- FAVREAU, Bertrand
 2008 *L'Avocat dans Le Droit Européen*, Bruxelas: Institut des Droits de L'Homme des Avocats Européens.
- FIDALGO, Ana Rita
 2011 “Autorização judicial e legalidade nas buscas domiciliares”, in Beleza, Teresa Pizarro & Pinto, Frederico de Lacerda da Costa (coord.), *Prova criminal e direito de defesa*, Coimbra: Almedina. pp. 161-183.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
 2004 *Direito Processual Penal*, 1.^a ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- FONSECA, J. Martins
 1999 “Conceito de domicílio face ao art. 34.º da Constituição da República”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 45, ano 12, janeiro/março, pp. 45-64.
- GARCÍA ALONSO, Juan Andrés
 2011 *El abogado de empresa y el secreto profesional*, disponível em: http://www.cinco-dias.com/articulo/opinion/abogado-empresa-secreto-profesional/20100810cdscdiopi_5/ [consultado em 19.11.11].
- GOMES, Luiz Flávio
 2011 *Limites da inviolabilidade do advogado*, disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25359>> [consultado em 12.12.11].
- GONZALES CUÉTO, Tomás
 2011 *Estamos ante el final de los “abogados” de empresas?*, disponível em: <<http://www.abogados.es>> [consultado em 18.12.11].
- GÖSSEL, Karl-Heinz
 1985 “A posição do defensor no processo penal de um Estado de Direito”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 59, Coimbra.
 1991 “La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y políticos-criminales”, in *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, pp. 673-693.
- HASSEMER, Winfried
 1993 *Três temas de Direito Penal*, Porto Alegre: FESMP.
- LUIS, Alberto
 1988 “As funções e o posicionamento do jurista na empresa”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 2, setembro, pp. 591-600.
- MAMEDE, Gladston
 2003 *A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*, 2.^a ed., São Paulo: Atlas.

MENDES, Paulo de Sousa

- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Palma, Maria Fernanda (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.
- 2010 “As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontada com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, n.º 1, janeiro/março, pp. 121-144.
- 2004 “O procedimento sancionatório especial por infrações às regras de concorrência”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva & Mendes, Paulo de Sousa (coord.), *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 209-224.

MURPHY, Gavin

- 2004 “CFI signals possible extension of professional privilege to in house lawyers”, in *Europe Competition Law Review*, vol.25, n.º 7, pp. 447-454.

NEVES, Rita Castanheira

- 2011 *As ingerências nas comunicações eletrônicas em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora.

NOLEN, Samuel

- 2011 *In-House Counsel and the Attorney-Client Privilege*, disponível em: <<http://www.lexmundi.com>> [consultado em: 20.12.11].

PINTO, Ana Luísa

- 2005 “Aspectos problemáticos do regime de buscas domiciliárias”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n.º 3, julho/setembro, pp. 415-456.
- 2007 “As buscas não domiciliárias no Direito Processual Penal português”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 109, janeiro/março, pp. 23-56.

PINTO, Paulo Cardoso Correia da Mota

- 2000 “A proteção da vida privada e a Constituição”, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVI, pp. 153-204.

ROBERT, Henri

- 2002 *O advogado*, São Paulo: Martins Fontes.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis

- 2011 *La independencia, el secreto profesional y el abogado de empresa*, disponível em: <<http://www.cgae.es/portalCGAE/archivos>> [consultado em 14.12.11].

ROGALL, Klaus

2009 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha” in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa (coord.), 2.º Congresso de Investigação Criminal, Coimbra: Almedina, pp. 117-144.

SANTIAGO, Rodrigo

1997 “Considerações acerca do regime estatutário do segredo profissional dos advogados” in *Revista da Ordem dos Advogados*, n.º 1, janeiro, pp. 229-247.

SILVA, Fernando Castro

2006 “Advogado de empresa: uma nova carreira na advocacia”, in *Boletim da Ordem dos Advogados*, n.º 41, março/abril, pp. 33-36.

SILVA, Marco Antônio Marques da

2011 *A inviolabilidade do advogado e as buscas em escritórios de advocacia*, disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/mostranoticiaarticuladas.aspx?cod=108109>> [consultado em 12.12.11].

TIEDEMANN, Klaus, ROXIN, Claus & ARZT, Günther

2007 *Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal*, Belo Horizonte: Del Rey.