



Artur Osti: Interceptação telefônica entre cliente e advogado é ilícita

23/08/2014

É certo que vivemos em um Estado cuja atividade policial está cada vez mais aparelhada por meios de investigação voltados para a instrução de investigações policiais que virão a se tornar perseguições criminais no âmbito do Poder Judiciário. Ainda que as interceptações telefônicas devam ser utilizadas somente quando a prova não puder ser feita por outros meios, costumeiramente essa é a primeira diligência investigatória requerida pela polícia investigativa e, não raras vezes, as conversas gravadas são vazadas para a imprensa, eivando determinadas operações policiais de atenção midiática.

Recentemente, tem se observado o vazamento dessas conversas gravadas, especialmente aquelas havidas entre o investigado e seu advogado, visando macular essa relação profissional de desconfiança pela sociedade em geral. Ainda que tal prática seja extremamente imoral, esse artigo se voltará para questão correlata de maior importância: Pode a conversa gravada entre cliente e advogado ser utilizada como meio de prova no processo penal?

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, datado de 27 de maio de 2014, nos autos do RMS 33.677, negou provimento ao recurso interposto por um escritório de advocacia que postulava pelo desentranhamento de interceptação telefônica onde foram captados diálogos havidos entre advogados daquele escritório com um investigado, tendo o Tribunal justificado a manutenção daquela interceptação nos autos do processo sob o fundamento de que *“não é porque o advogado defendia o investigado que sua comunicação com eles foi interceptada, mas tão somente porque era um dos interlocutores, não havendo, assim, nenhuma violação ao sigilo profissional”*.

Com a devida vênia, ousamos discordar da decisão proferida por aquela Egrégia Corte, uma vez que a mesma contraria garantias constitucionais bem como afronta garantias que resguardam a advocacia.

A Constituição Federal, ao garantir em seu artigo 5º, inciso LV, o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, por razões lógicas resguarda os diálogos havidos entre advogado e cliente. Ora, não é razoável assegurar a ampla defesa a um acusado e, por outro lado, interceptar as conversas deste com seu advogado, o único capaz de efetivar o direito a ampla defesa perante o Poder Judiciário, motivo pelo qual é reconhecido pela Carta Magna como indispensável à administração da Justiça (artigo 133 da Constituição Federal).

Não é por outra razão que o artigo 7º, inciso II, da Lei Federal 8.906/94 garante ao advogado *“a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia”*.

Em sucintas linhas faz-se cair por terra o fundamento do STJ que considerou a licitude da interceptação telefônica havida entre o advogado e seu cliente, uma vez que o telefone do advogado não havia sido interceptado, mas sim o de seu cliente, investigado, com quem mantinha conversas inerentes ao exercício profissional. É evidente que a garantia da ampla defesa não resguarda o aparelho de telefone interceptado, mas sim a conversa em si entre o advogado e seu cliente, motivo pelo qual a interceptação telefônica que capta diálogo entre cliente e advogado é ilícita e deve ser desentranhada dos autos, ante a sua inadmissibilidade, nos termos dos artigos 5º, LVI da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal.

A matéria é complexa e pode render mais desdobramentos os quais devem ser devidamente analisados. Superada a questão atinente à ilicitude da interceptação telefônica entre advogado e cliente, surge a indagação a respeito de se essa ilicitude atinge tão somente aquele trecho da interceptação ou a interceptação em sua integralidade.

Pois bem, analisando a questão sob um caso hipotético em que um investigado tem suas conversas telefônicas interceptadas, devidamente autorizadas, com base em denúncia anônima e, no curso das investigações, é captado um diálogo entre o investigado e seu advogado sobre a legalidade de determinada operação financeira. A partir daí, o órgão investigativo requer ao juiz competente a quebra do sigilo fiscal do investigado e mandado de busca e apreensão para investigar operações financeiras que poderiam ser consideradas criminosas.

Nesse caso hipotético, tem-se que o diálogo havido entre o advogado e seu cliente é prova ilícita originária e, portanto, todas as demais derivadas serão ilícitas também em virtude do princípio dos frutos da árvore envenenada, em função do evidente nexo de causalidade havido entre as provas colhidas, uma vez que as demais provas jamais teriam sido colhidas caso não houvesse a ilícita interceptação telefônica, nos termos do artigo 157, §1, do Código de Processo Penal.

No caso do julgado do STJ supramencionado, os recorrentes postulavam pelo desentranhamento de toda a interceptação telefônica, não sendo a conversa entre o advogado e cliente prova ilícita originária, mas sim derivada da interceptação telefônica legalmente autorizada.

Nesse sentido, o posicionamento majoritário disciplina que tão somente os trechos referentes à prova ilícita, ou seja, o diálogo entre o advogado e o investigado, devem ser desentranhados do processo.

Ainda que não seja prova ilícita originária, coadunamos com o pleito formulado pelos recorrentes uma vez que, ainda que em corrente minoritária, defendemos a ilicitude de toda a prova que tenha correlação com a prova ilícita. Assim, se no curso da interceptação telefônica existe captação de diálogo entre o advogado e seu cliente, toda a degravação das conversas posterior a esse trecho da interceptação deve ser desentranhada do processo.

A nosso ver, a questão do nexo de causalidade entre as provas ilícitas mitiga sobremaneira a teoria dos frutos da árvore envenenada, e, portando, a garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita. Isso porque o magistrado que tem acesso a prova ilícita, no caso o diálogo entre o cliente e seu advogado, tem sua imparcialidade colocada em dúvida, motivo pelo qual deve toda a prova posterior a ilícita ser desentranhada dos autos, ainda que

não guardem nexos de causalidade.

Consciência do juiz

O jurista Aury Lopes Junior^[1] defende que a prova não deve ser desentranhada, mas sim o próprio juiz. Assim, o juiz que tenha contato com a prova ilícita não mais poderá julgar aquele caso, uma vez que a prova ilícita, ainda que não esteja nos autos, está em sua consciência. Tal posicionamento encontrava respaldo no projeto de reforma do Código de Processo Penal, que previa no seu artigo 157, §4, que “o juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou o acórdão”. Contudo, essa proposta foi vetada, nos restando, portanto, defender a tese de desentranhamento das provas posteriores a ilícita.

Destarte, no caso do julgado do STJ, deveriam sim as interceptações telefônicas ser desentranhadas dos autos, bem como todas as conversas havidas posteriormente a captação do diálogo entre o advogado e seu cliente.

Por derradeiro, incumbe frisar que tais assertivas só valem para aquele advogado no exercício de seu múnus, e não àquele que passa a praticar condutas criminosas em concurso de agentes com seu cliente.

As prerrogativas inerentes à advocacia devem ser ao máximo respeitadas, uma vez que visam tutelar justamente as garantias constitucionais asseguradas aos seus clientes.

[1] Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional, Volume II, Editora Lumen Iuris, Rio de Janeiro, 2009.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-ago-23/interceptacao-telefonica-entre-cliente-advogado-ilicita/>