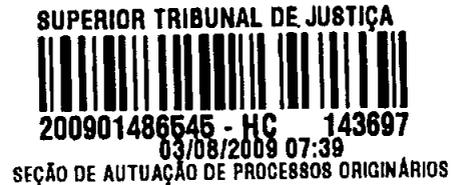


EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

DD. PRESIDENTE DO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Distribuição por dependência ao i. Min.
Napoleão Nunes Maia Filho, em
decorrência do HC nº 129.024.



CÓPIA

**JACINTO NELSON DE MIRANDA
COUTINHO, EDWARD ROCHA DE CARVALHO, BEATRIZ
VARGAS e MARCIO GESTEIRA PALMA**, advogados inscritos na
Ordem dos Advogados do Brasil, sob os números 8.862/PR, 35.212/PR,
26.483/DF e 21.878/DF, com escritórios nos endereços declinados no
rodapé da presente, requerendo desde já sejam intimados e notificados,
sempre, pelos meios usuais, inclusive da data da sessão de julgamento, vêm,
à presença de Vossa Excelência, impetrar o presente:

HABEAS CORPUS,

COM PEDIDO DE LIMINAR,

com base no art. 5º, LXVIII, da CR, c.c. os
arts. 647 e ss., do CPP, em favor de **Osni Muccellin Arruda**, já qualificado
no *habeas corpus* de autos nº 2009.04.00.005399-8 (fotocópias integrais

Rua Alberto Folloni, 1.400 – Centro Cívico
80540-000 Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3072-2243 – Fax: +55 (41) 3072-2244

SAS, Quadra 5, Bloco K, Grupo 512
70070-050 Brasília – DF
Fone: +55 (61) 3225-8835 – Fax: +55 (61) 3226-0867



anexas), apontando como autoridade coatora a c. 7ª Turma do e. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, responsável pelo julgamento do *writ* precitado, em que, por maioria de votos, foi a ordem concedida apenas parcialmente, “*para reconhecer a inicial ilicitude das escutas telefônicas prorrogadas, sem trancamento da persecução penal desenvolvida*”, sendo certo que o referido trancamento não foi objeto de pedido e sim – **embora não concedido** –, a exclusão do processo da prova declarada ilícita, o que será o pedido principal no presente, tudo pelos motivos de fato e de direito que passam a discorrer.

BREVE SUMA

HC impetrado perante o TRF4 visando declaração de nulidade das interceptações telefônicas decretadas em desfavor do paciente, por: (a) excesso de prazo; (b) ausência absoluta de fundamentação (por ex., pela utilização recorrente de fórmulas padrão e, dentre outras razões, decretação com recomendação contrária expressa da i. autoridade policial).

Sequer foi solicitado o trancamento do processo, é preciso deixar claro.

HC concedido pela autoridade coatora declarando a nulidade absoluta das prorrogações de interceptações telefônicas, contudo, não determinando o desentranhamento das provas por reconhecer aplicável à hipótese o princípio da razoabilidade: deveria ser sopesado o resultado da prova com a ilegalidade e inconstitucionalidade reconhecidamente praticada. Constrangimento ilegal.

Ponto pacífico: as provas foram declaradas ilícitas, sem desentranhamento.

Art. 5º, LVI, da CR: “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*”. Não há exceções na Constituição.

Art. 157, do CPP: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais*.” Não há exceções na lei.

Precedentes expressos desse e. STJ e do e. STF.

HC 64.096 (5ª Turma, STJ): não é admissível reconhecer a ilicitude das provas sem determinar seu desentranhamento.

RHC 90.376 (STF): “*impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação*”.

Pedido de liminar: suspensão do processo e todos os seus incidentes até apreciação final do mérito do *writ*, a fim de evitar a contaminação de outras provas e, notadamente, a sentença que se aproxima.

I. BREVE EXPOSIÇÃO DO CASO

01. Antes de tudo, convém esclarecer que os impetrantes não formularam pedido de trancamento do processo, como chegou a constar do item 6 da ementa abaixo transcrita:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ESCUTAS TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÃO. MOTIVAÇÃO. ILICITUDE. PURGAÇÃO POSSÍVEL. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. PROVAS INDEPENDENTES. LIMITES DE VALORAÇÃO DA PROVA NO HABEAS CORPUS.

1. As prorrogações de escutas telefônicas judicialmente autorizadas exigem justificada motivação da necessária continuidade da prova

2. Ilegítima é a prorrogação por quase um ano sem específica indicação da necessidade e indispensabilidade dessa gravosa medida, e inclusive contrariando a desimportância apontada pela própria autoridade policial acerca de terminais não utilizados pelos investigados.

3. A controvérsia jurisprudencial e doutrinária acerca da purgação da ilicitude da prova não tem alterado o convencimento ainda mantido nesta Corte de ser também incidente à prova ilícita o princípio da razoabilidade, aplicável a toda regra jurídica e à regulação de quaisquer relações sociais, daí descabendo no habeas corpus a verificação dessa razoabilidade de dano pelo grau de formal violação e seu confronto com o dano social do crime ou com o resultado probatório alcançado, questões a exigir mais aprofundada valoração do crime, de todas as provas dos autos e da prova com ilicitude constatada.

4. Também a verificação acerca da existência de provas independentes ou purgadas pelo distanciamento da original prova ilícita exigiria aprofundado exame da prova dos autos, já ressaltado como descabido na via do habeas corpus.

5. O reconhecimento inicial de ilicitude da prova é questão de efeitos a serem dosados nas pertinentes sentença e apelação.

6. Concedida parcialmente a ordem para reconhecer a inicial ilicitude das escutas telefônicas prorrogadas, sem trancamento da persecução penal desenvolvida. – g.n. –.

02. Reproduz-se aqui, em boa parte, o relato que constou do primeiro *habeas corpus*. Ao paciente é imputada a prática das condutas descritas nos tipos dos artigos 334¹, 298², 299³, 304⁴ e 288⁵, do CP, tendo sido a denúncia oferecida em 2.mai.2006 e recebida em 4.mai.2006. A acusação é resultante de investigação iniciada em 29.mar.2005, por meio de pedido de ação controlada formulado pelo MPF, visando à investigação de suposta introdução, no país, de equipamentos eletrônicos oriundos do Paraguai, para revenda via internet.

03. Segundo o i. órgão do MPF, as operações eram concretizadas por intermédio de empresas cuja propriedade é atribuída ao paciente: Flytec Computers e Excell Informática, no Paraguai; e América Micro Ltda., no Brasil.

¹ “Art. 334 – Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.”

² “Art. 298 – Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.”

³ “Art. 299 – Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.”

⁴ “Art. 304 – Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.”

⁵ “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.”

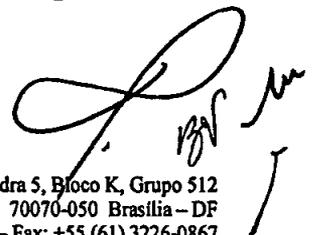
04. A medida – ação controlada – foi justificada na necessidade “*de apurar, de forma específica, a participação de todos os envolvidos no esquema criminoso*” (fls. 8, autos originários) e de evitar a “*perda de importantes elementos de prova para a minuciosa comprovação do esquema criminoso, seu modus operandi e descoberta de todos os seus partícipes e suas respectivas atribuições delituosas*” (fls. 9, autos originários).

05. Concluída a ação controlada, teve início uma sequência de interceptações telefônicas, a título de “*continuidade*” das investigações. Essas interceptações constituíram o objeto do *writ* levado a julgamento do Tribunal *a quo*.

06. O argumento submetido à apreciação do e. TRF4 – e acolhido parcialmente no acórdão – é que interceptações telefônicas decretadas e prorrogadas sem nenhuma fundamentação constituem constrangimento ilegal, sanável por meio do *habeas corpus*, mediante a declaração de nulidade das decisões judiciais, com os efeitos necessários, lembrando-se sempre que se não pediu o trancamento do processo, até mesmo em adequação aos precedentes desse e. STJ.

II. DA FUNDAMENTAÇÃO DO V. ACÓRDÃO; E DA VIOLAÇÃO A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESSE E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

01. Sustentaram os impetrantes, perante a d. autoridade coatora, a ilegalidade de todas as interceptações telefônicas realizadas, porque, em síntese, excederam os limites **temporais** e de **fundamentação** das decisões judiciais.



02. Violações temporais porque foram estendidas pelo período de um ano, ultrapassando, em muito, o limite tolerável de duração desse tipo de medida restritiva (duas quinzenas, à luz do disposto na Lei nº 9.296/96, ou quatro quinzenas, no tocante ao estado de defesa, nos termos do art. 136, §§ 1º, I, c, e 2º, da CR).

03. Violou-se também a obrigatoriedade de devida fundamentação porque decretadas sem nenhum lastro que se permitisse assim proceder, mormente porque ausente a demonstração da indispensabilidade do meio de informação, além de não explicitada sua necessidade, com base em elementos concretos e contemporâneos à sua decretação. Notadamente, por diversas vezes foram prorrogadas as interceptações quando expressamente a i. autoridade policial relatava a absoluta ausência de indícios aptos à continuidade das medidas.

04. A maioria da c. 7ª Turma do e. TRF4, vencido o i. Des. Fed. Tadaaqui Hirose, nos termos do voto condutor, proferido pelo i. Des. Fed. Nefi Cordeiro, afastou a tese de excesso de prazo na duração das escutas, mas reconheceu estar *“provada a falta de fundamentação das decisões”*, decorrendo daí a afirmação quanto à ilicitude da prova obtida:

Do exame dos autos, conclui-se que provada está a falta de fundamentação das decisões, pois nos despachos de sequência 2 a 4 e 6 a 9 limitou-se o juiz de primeiro grau a repetir os mesmos fundamentos do decreto inicial para prorrogar as escutas, tanto que na maioria deles assim referiu: Pelos mesmos fundamentos já declinados na decisão das fls ..., defiro o pedido de prorrogação das interceptações telefônicas dos terminais.... – g.n. –.

05. Afirma o i. relator para o acórdão:

Vê-se, da falta de fundamentação e do prolongado acompanhamento de irrelevantes terminais, o desrespeito ao princípio de motivação das decisões e a desnecessidade da prova genérica e prolongadamente desenvolvida, pelo que é caso de reconhecer-se a invalidade das escutas telefônicas obtidas em prorrogação à válida quebra inicial.

06. Convém repetir o que consta da decisão da c. 7ª Turma: *“é caso de reconhecer-se a invalidade das escutas telefônicas obtidas em prorrogação à válida quebra inicial”*.

07. **Afirmada a invalidade das interceptações (situação jurídica expressamente reconhecida pelos julgadores), seguir-se-ia a única conclusão possível, acorde e coerente com a premissa já assentada, qual seja, o desentranhamento de todas as interceptações reconhecidas como ilícitas.**

08. Ao invés disso, teve lugar a seguinte conclusão – que será, adiante, objeto de consideração especial:

Não chego, porém, ao conseqüente trancamento pleiteado da persecução criminal. Primeiro, porque **embora ciente da controvérsia jurisprudencial e doutrinária a respeito do tema, compreendo incidente também à prova ilícita o princípio da razoabilidade, aplicável a toda regra jurídica e à regulação de quaisquer relações sociais – daí descabendo no *habeas corpus* a verificação dessa razoabilidade de dano pelo grau de formal violação e seu confronto com o dano social do crime ou com o resultado probatório alcançado, questões a exigir mais aprofundada valoração do crime, de todas as provas dos autos e da prova com ilicitude apontada. – g.n. –.**

09. E ainda:

Segundo, porque a verificação acerca da existência de provas independentes ou purgadas pelo distanciamento da original prova

ilícita, exigiria aprofundado exame da prova dos autos, já ressaltado como descabido na via do *habeas corpus*.

10. Observe-se que esta segunda conclusão, na verdade, somente tem sentido diante da hipótese de trancamento do processo, única situação em que poderia importar a existência ou não de eventuais outros elementos de prova, independentes ou não daquela prova considerada ilícita. Não é este, à evidência, o caso dos autos. Finalmente, constou do acórdão o seguinte arremate:

Desse modo, o reconhecimento inicial da ilicitude da prova que faço, é questão – ressalvado entendimento contrário para o caso das egrégias Cortes Superiores – de efeitos a serem dosados na pertinente sentença e apelação.

11. Em síntese: foi reconhecida, em decorrência da absoluta ausência de fundamentação, a ilicitude das decisões judiciais que decretaram a interceptação telefônica, mas, por outro lado, mantiveram-se elas nos autos, com todos os seus efeitos, embora o i. Relator para o acórdão tenha – como é de seu feitio – reconhecido a possibilidade de entendimento diverso das Cortes superiores, conhecedor que é das discussões e decisões neles levadas a efeito. Legitimou-se, assim, o presente HC, necessário até que na d. autoridade coatora a matéria se pacifique, conforme está a ocorrer nos competentes tribunais de Brasília. Com as devidas vênias, a r. decisão ofende a Constituição, o CPP e, ainda, jurisprudência tranquila desse e. STJ (e do e. STF), razão por que se impetra o presente *writ*.

12. A ilegalidade do julgado está na chocante incoerência entre seu fundamento e sua conclusão. Ou melhor, está na ilegalidade e inconstitucionalidade que consiste em admitir a causa (jurídica) e recusar o efeito (jurídico). Mais ainda, está no descumprimento

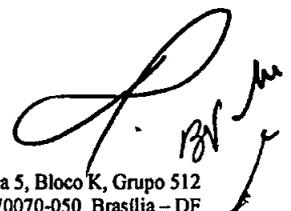
da obrigação de declarar a consequência que decorre da afirmação de uma determinada premissa.

13. O equívoco do raciocínio judicial vem exposto de forma sintética na frase contida no item 5 da ementa do julgado, qual seja; “*o reconhecimento inicial de ilicitude da prova é questão de efeitos a serem dosados nas pertinentes sentença e apelação*”.

14. Não é possível que a prova ilícita, assim reconhecida na parte de fundamentação do julgado, permaneça nos autos para surtir efeitos futuros “*a serem dosados na sentença e na apelação*”, por duas razões simples. A **primeira**, porque a CR, em seu art. 5º, LVI, traz a regra de que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meio ilícito*”, não constando **nenhuma exceção**: são todas as provas ilícitas, sem exceção, inadmissíveis. A **segunda**, porque o art. 157, *caput*, do CPP, também é claro em relação aos efeitos: “*são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.*”

15. Ora, o único efeito decorrente do “*reconhecimento inicial de ilicitude da prova*” é o seu desentranhamento, tal como requerido pelos impetrantes, e não o trancamento do processo, como equivocadamente chegaram a supor os julgadores no v. acórdão.

16. Como se sabe, está o Juiz obrigado, pelo próprio fundamento expresso no ato decisório, a extrair da motivação “*esta*” e não “*aquela*” ou “*qualquer uma*” conclusão, notadamente quando a Constituição e a lei não deixam margem a dúvidas.



17. Depois de assentada a premissa, cumpre declarar o efeito, necessariamente coerente e concordante com o fundamento exposto pelo próprio julgador na mesma decisão. Pode-se dizer que a decisão judicial é autovinculada, já que a conclusão está na dependência da fundamentação.

18. Entretanto, o que se mostra neste caso é a negativa judicial em declarar o único efeito decorrente da premissa contida no próprio acórdão, qual seja, o desentranhamento da prova ilícita.

19. Rigorosamente falando, seguindo-se o entendimento até aqui exposto, **não há falar em concessão parcial da ordem, mas, ao contrário, em concessão da ordem, pura e simplesmente, já que, uma vez declarada ilícita, o destino da prova é seu desentranhamento dos autos, até porque se não cogitou, nos pedidos, do precitado trancamento do processo, o qual, negado, poderia – assim – justificar a concessão parcial.** É este, repetidamente, o posicionamento desse e. STJ (até porque, perante o art. 105, III, *a*, da CR, compete a esse e. Tribunal dar a última palavra sobre lei federal, que, no caso, é clara por seu art. 157, do CPP, como já se viu):

Examinada por todos esses ângulos, urge ser declarada a nulidade da prova em questão, assim como daquelas dela derivadas, as quais devem ser desentranhadas dos autos da ação penal.⁶

Pelo exposto, diante da violação do art. 93, IX, da Constituição Federal, concedo a ordem para anular a decisão de quebra do sigilo fiscal decretada contra os pacientes, devendo a autoridade coatora desentranhar, envelopar, lacrar e encaminhar de volta à autoridade fiscal as informações fiscais porventura já encaminhadas a Juízo.⁷

⁶ STJ, HC 116.375, Rel. Des. Conv. Jane Silva, DJU de 9.mar.2009.

⁷ STJ, HC 59.257, Rel. Min. Maria Thereza, DJU de 19.nov.2007.



20. Da mesma forma, o e. STF:

Prova ilícita. Ofensa ao art. 5º, LVI, da CF, e aos arts. 152, § único, 153 e 154 do CP. Desentranhamento determinado. HC concedido para esse fim.⁸

Prova ilícita. Embargos de declaração pleiteando seu desentranhamento. Constituição, art. 5º, inciso LVI. 2. Reconhecida a ilicitude de prova constante dos autos, consequência imediata é o direito da parte, à qual possa essa prova prejudicar, a vê-la desentranhada. 3. Hipótese em que a prova questionada foi tida como ilícita, no julgamento da Ação Penal nº 307, fato já considerado no acórdão de recebimento da denúncia. 4. Pedido de desentranhamento formulado na resposta oferecida pelo embargante e reiterado em outro instante processual. 5. Embargos de declaração recebidos, para determinar o desentranhamento dos autos das peças concernentes à prova julgada ilícita, nos termos discriminados no voto condutor do julgamento.⁹

21. A negativa judicial em extrair do fundamento expresso no julgado – a ilicitude da prova – a única conclusão possível – o desentranhamento da prova ilícita – vem amparada, como se vê dos excertos transcritos, numa ilegal e inconstitucional argumentação sobre a incidência da razoabilidade e da proporcionalidade que, ao que parece, fica a depender, em última análise, de um juízo fático valorativo sobre a concreta ação praticada. É como se se admitisse que o conceito secundário do texto legal estivesse condicionado a juízo futuro do d. julgador de primeiro grau, o que não é possível.

22. Diante do raciocínio desenvolvido no v. acórdão é de se perguntar: tendo reconhecido a ilicitude da prova, pode o juiz utilizá-la invocando os princípios da razoabilidade ou da

⁸ STF, HC 82.862, Rel. Min. Cezar Peluso, DJU de 12.jun.2008.

⁹ STF, Inq 731/ED, Pleno, Rel. Min. Neri da Silveira, DJU de 7.jun.1996.

proporcionalidade? Este entendimento encontra respaldo constitucional? Em outras palavras, a razoabilidade e a proporcionalidade dizem com o aproveitamento de prova ilícita? À evidência, **não!**¹⁰

23. É preciso dizer desde já: a alegação precitada, de exclusão de direitos e garantias a determinados cidadãos mediante a “ponderação entre a violação constitucional e legal e o resultado obtido por esta violação” ou “proporcionalidade”, ofende os mais mezinhos princípios legais e constitucionais.

24. Para tanto, sustenta-se a d. autoridade coatora em posição já firmada pela mesma c. Corte, tomada no julgamento do HC 2005.04.01.033419-0, abaixo ementado, no qual fez-se ponderação idêntica à do caso aqui questionado:

“4. Sendo acolhida no Supremo Tribunal Federal a teoria *fruits of the poisonous tree*, do modelo norte-americano, razoável é que se perquiram também as exceções à regra de exclusão criadas pela jurisprudência daquele país.

(...)

7. Excluída também a teoria da razoabilidade, para valoração da prova ilícita na espécie, porque embora admitida a *proporcionalidade em sentido estrito*, e a *necessidade/exigibilidade*, não se verifica a exigida adequação meio-fim.

8. Admitida pela proporcionalidade a valoração da prova ilícita inicial e suas conseqüentes, por não restar no *habeas corpus* claramente demonstrada a ilegalidade da investigação criminal que admite como possível a preponderância do interesse estatal de combate ao crime organizado, em crimes econômicos e com proteção ao dinheiro popular, frente à proteção ao sigilo telefônico de envolvidos em atividade criminosa.

¹⁰ Sobre o tema, afirmando há muito ser “perigosa” tal análise: GRINOVER, Ada Pelegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1976, p. 145.

9. O dano individual causado pela interceptação telefônica não atinge o núcleo essencial da personalidade do indivíduo – teoria das três esferas ou graus da intimidade, da Suprema Corte Alemã –, admitindo a intervenção probatória estatal mediante balanceamento no caso concreto.

10. Forte aptidão da prova discutida – e conseqüentes – para demonstrar a verdade (outro enfoque da proporcionalidade), ou o mais próximo que dela se consiga dentro do processo.”¹¹

25. Contudo, há que se afirmar que o precedente citado do e. TRF4 foi revertido por esse e. STJ que, por essa c. 5ª Turma, ao decidir o HC 64.096, assim ementou:

“4. A prova ilícita obtida por meio de interceptação telefônica ilegal igualmente corrompe as demais provas dela decorrentes, sendo inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação (art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal). Aplicação da ‘teoria dos frutos da árvore envenenada’.

(...)

6. Ordem parcialmente concedida para anular a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico no Processo 2004.70.00.015190-3, da 2ª Vara Federal de Curitiba, porquanto autorizada em desconformidade com o art. 2º, inciso I, da Lei 9.296/96, e, por conseguinte, declarar ilícitas as provas em razão dela produzidas, sem prejuízo, no entanto, da tramitação do inquérito policial, cuja conclusão dependerá da produção de novas provas independentes, desvinculadas das gravações decorrentes da interceptação telefônica ora anulada.”¹²

– g.n. –.

26. Por sinal, o i. Min. Napoleão Nunes Maia foi mais longe: concedia a ordem para trancar o processo. Tal decisão não é isolada, como se sabe. Afinal, esse e. STJ já reafirmou várias vezes a exclusão por completo de qualquer ponderação sobre

¹¹ TRF4, HC 2005.04.01.033419-0, Rel. Des. Fed. Nefi Cordeiro, DJU de 14.set.2005.

¹² STJ, HC 64.096, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 4.ago.2008.

proporcionalidade ou razoabilidade no que se refere à prova ilícita. Eis os precedentes, de ambas as Turmas:

“2. Toda e qualquer prova obtida por meio da diligência determinada por juiz absolutamente incompetente, bem como todas as demais delas decorrentes, abrangidas em razão da ‘teoria dos frutos da árvore envenenada’, adotada pelo STF (RHC 90.376/RJ, Min. Celso de Mello, DJ 18/5/07), são ilícitas e, conforme o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, inadmissíveis para embasar eventual juízo de condenação.”¹³

“1. Tendo o STF declarado a ilicitude de diligência de busca e apreensão que deu origem a diversas ações penais, impõe-se a extensão desta decisão a todas as ações dela derivadas, em atendimento aos princípios da isonomia e da segurança jurídica.

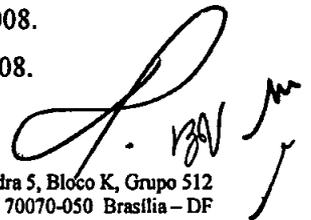
2. Se todas as provas que embasaram a denúncia derivaram da documentação apreendida em diligência considerada ilegal, é de se reconhecer a imprestabilidade também destas, de acordo com a teoria dos frutos da árvore envenenada, trancando-se a ação penal assim instaurada.

3. Ordem concedida para trancar a ação penal em questão (...).
– g.n. –.¹⁴

27. Como se vê, os precedentes se referem a um *leading case* do e. STF, qual seja, o RHC 90.376, onde se decidiu que *“Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade – à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira – para sobrepor, à vedação*

¹³ STJ, HC 61.271, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU de 22.set.2008.

¹⁴ STJ, HC 100.879, Rel. Min. Maria Thereza Moura, DJU de 8.set.2008.

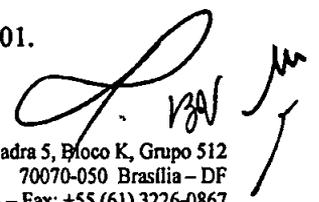


constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação.”¹⁵

28. Tal precedente é firme e teve amparo no HC 93.050, abaixo ementado e cuja leitura é indispensável, seja pela adequação ao caso concreto, seja porque é uma verdadeira lição de como uma Corte Constitucional deve proceder:

“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) – INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DE TRANSGRESSÃO ESTATAL AO REGIME CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. – A ação persecutória do Estado, qualquer que seja a instância de poder perante a qual se instaure, para revestir-se de legitimidade, não pode apoiar-se em elementos probatórios ilicitamente obtidos, sob pena de ofensa à garantia constitucional do *‘due process of law’*, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A *‘Exclusionary Rule’* consagrada pela jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos da América como limitação ao poder do Estado de produzir prova em sede processual penal. – A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do *‘male captum, bene retentum’*. Doutrina. Precedentes. – A circunstância de a administração estatal achar-se investida de

¹⁵ STF, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14.dez.2001.



poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. – Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados pela Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que definem, de modo estrito, os limites – inultrapassáveis – que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros. A QUESTÃO DA DOCTRINA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*): A QUESTÃO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO. – Ninguém pode ser investigado, denunciado ou condenado com base, unicamente, em provas ilícitas, quer se trate de ilicitude originária, quer se cuide de ilicitude por derivação. Qualquer novo dado probatório, ainda que produzido, de modo válido, em momento subsequente, não pode apoiar-se, não pode ter fundamento causal nem derivar de prova comprometida pela mácula da ilicitude originária. – A exclusão da prova originariamente ilícita – ou daquela afetada pelo vício da ilicitude por derivação – representa um dos meios mais expressivos destinados a conferir efetividade à garantia do *'due process of law'* e a tornar mais intensa, pelo banimento da prova ilicitamente obtida, a tutela constitucional que preserva os direitos e prerrogativas que assistem a qualquer acusado em sede processual penal. Doutrina. Precedentes. – A doutrina da ilicitude por derivação (teoria dos *'frutos da árvore envenenada'*) repudia, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios, que, não obstante produzidos, validamente, em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício (gravíssimo) da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. Hipótese em que os novos dados probatórios somente foram conhecidos, pelo Poder Público, em razão de anterior transgressão praticada

originariamente, pelos agentes estatais, que desrespeitaram a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar. – Revelam-se inadmissíveis, desse modo, em decorrência da ilicitude por derivação, os elementos probatórios a que os órgãos estatais somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes públicos, de direitos e garantias constitucionais e legais, cuja eficácia condicionante, no plano do ordenamento positivo brasileiro, traduz significativa limitação de ordem jurídica ao poder do Estado em face dos cidadãos. – Se, no entanto, o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária.”¹⁶

29. Assim, é muito nítido perceber que a “ponderação” entre direitos abstratos do Estado *versus* direitos concretos do cidadão, refletidos na vedação taxativa e inadmissibilidade peremptória da prova ilícita no processo penal, sem que o texto constitucional indique qualquer exceção, ofenderia frontalmente o conteúdo do art. 5º, LV, da CR, bem como o art. 157, do CPP. Afinal de contas, quisesse o constituinte (ao legislador ordinário seria inconstitucional) excepcionar a vedação, o teria feito expressamente.

30. Assim, ou a prova é tida como válida e pode ser usada na formação do convencimento judicial ou, ao contrário, é ilícita e, ato contínuo, deve ser retirada dos autos.

¹⁶ STF, HC 93.050, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 31.jul.2008. Em sentido idêntico: RHC 90.376, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.mai.2007.



31. Afinal de contas, como seu viú, razoabilidade e proporcionalidade não são sinônimas de casuismo, de relativização de direitos ou de afrouxamento de garantias. Também não podem incidir ao sabor das “*circunstâncias de cada caso*”, a pretexto de acrescentar ao juízo axiológico os elementos fáticos do caso concreto – o que é claramente incompatível com a segurança jurídica.

32. Nem a doutrina nem o judiciário detêm uma balança de precisão que possibilitaria medir, comparar e sopesar direitos. Ademais, essa “*ponderação*” é **inviável**, uma vez que, no dizer de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins¹⁷:

Do ponto de vista material, os direitos fundamentais são heterogêneos e isso impede um sopesamento que só seria possível entre elementos comensuráveis. Do ponto de vista formal, os direitos possuem a mesma força jurídica e isso impede a hierarquização. Isso indica a impossibilidade de se efetuar uma ponderação fundamentada na Constituição.

33. Não podem também os mencionados princípios ser aplicados de modo a excepcionar – ou a ampliar exceções – direito ou garantia de *status* constitucional, mormente quando se sabe que as restrições aos direitos e garantias constitucionais vêm expressas no texto constitucional e legal”. O i. Min. Eros Grau, por sinal, é incisivo:

Tenho criticado aqui – e o fiz ainda recentemente (ADPF 144) – a “banalização dos ‘princípios’ [entre aspas] da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro, concebido como um “princípio” superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto, o que conferiria ao Poder Judiciário a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste. O fato, no entanto, é que proporcionalidade e razoabilidade nem ao menos são

¹⁷ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: RT, 2007, pp. 224 e seguintes.

princípios – porque não reproduzem as suas características – porém postulados normativos, regras de interpretação/aplicação do direito. No caso de que ora cogitamos esse falso princípio estaria sendo vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”. E, tal como tem sido em nosso tempo pronunciada, dessa máxima se faz gazua apta a arrombar toda e qualquer garantia constitucional. Deveras, a cada direito que se alega o juiz responderá que esse direito existe, sim, mas não é absoluto, porquanto não se aplica ao caso. E assim se dá o esvaziamento do quanto construímos ao longo dos séculos para fazer, de súditos, cidadãos. Diante do inquisidor não temos qualquer direito. Ou melhor, temos sim, vários, mas como nenhum deles é absoluto, nenhum é reconhecível na oportunidade em que deveria acudir-nos.

Primeiro essa gazua, em seguida despencando sobre todos, a pretexto da “necessária atividade persecutória do Estado”, a “supremacia do interesse público sobre o individual”. Essa premissa que se pretende prevaleça no Direito Administrativo – não obstante mesmo lá sujeita a debate, aqui impertinente – não tem lugar em matéria penal e processual penal. Esta Corte ensina (HC 80.263, relator Ministro Ilmar Galvão) que a interpretação sistemática da Constituição “leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do direito de acusar”. Essa é a proporcionalidade que se impõe em sede processual penal: em caso de conflito de preceitos, prevalece o garantidor da liberdade sobre o que fundamenta sua supressão. A nos afastarmos disso retornaremos à barbárie.¹⁸

34. Uma vez que a proporcionalidade ou a razoabilidade não devem servir de pretexto à ampliação de poderes do aplicador da lei, é que, ainda com os mesmos autores já mencionados, “o *Judiciário nunca poderá, recorrendo a ‘ponderações’, decidir de forma a contrariar a decisão do legislador, exceto quando isso fundamentar-se diretamente no texto constitucional*” e, mais¹⁹:

¹⁸ STF, Pleno, HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 19.dez.2008.

¹⁹ DIMOULIS, D.; MARTINS, L.. *Teoria...*, p. 115.

O fato de uma Constituição ser “aberta” do sentido da baixa densidade de suas normas e da possibilidade de conflitos entre direitos fundamentais e outros bens jurídicos (incluindo interesses estatais propriamente ditos) não significa que o Judiciário pode decidir da “melhor forma” quando o legislador já se posicionou, fechando o espectro de abertura que a Constituição deixou ao seu poder discricionário.

35. Como se sabe, o Juiz é o garante da Constituição, local onde se delimitam os direitos fundamentais, mas, também, o espaço limitado onde o Estado pode penetrar nesses direitos, justo para não se permitir nenhum passo adiante daquele demarcado. Este espaço de abertura, justamente por se constituir em regra excepcional, por sua vez, não poderia ter, em hipótese alguma, interpretação extensiva. É esta, assim, a regra do Cânon 18, do Código Canônico²⁰, aplicável no Brasil, dentre outras, pela regra do art. 5º, § 2º, da CR²¹ (e no processo penal por aquela do art. 3º, do CPP²²), Cânon esse que fixa, inclusive, o princípio da interpretação lata dos favores e estrita das limitações.

36. Deste modo, não há dúvida que as exceções (necessariamente) abertas à inviolabilidade dos direitos fundamentais e seus consequentes, dentro dos limites que têm, não admitem, em nome de nada e de ninguém, qualquer violação, o que se dá com a extensão da interpretação, realizada, com as devidas vênias, no v.

²⁰ “*Can. 18. Leges quae poenam statuunt aut liberum iurium exercitium coarctant aut exceptionem a lege continent, strictae subsunt interpretationi.*” In CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO, Promulgado pelo Papa João Paulo II. 7. ed. Trad. pela CNBB. São Paulo: Loyola, 1994, p. 10: “*As leis que estabelecem alguma pena ou limitam o livre exercício dos direitos ou contêm exceção à lei, devem ser interpretadas estritamente.*” (tradução livre).

²¹ “§ 2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

²² “Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.”

acórdão do e. TRF4, quando supera a ilicitude em prol de uma razoabilidade ou proporcionalidade a ser aferida futuramente.

37. Em síntese conclusiva, não pode o Juiz, como já se disse alhures, quando da impetração originária, ainda que discorde da solução dada pelo legislador, ampliar os limites legais impostos à efetivação da restrição do direito ao sigilo das comunicações telefônicas e transigir com a exigência constitucional de fundamentação da medida²³, para tanto, realizando uma inconstitucional “ponderação” entre “interesse social na apuração dos fatos delituosos e interesse individual no sigilo de dados”.

38. Por isto, por mais que se respeite a c. 7ª Turma do e. TRF4 e se tenha presente a boa intenção no caso concreto, não é possível aceitar a cisão da lei para se deixar de aplicar o preceito secundário e postergar, sem qualquer respaldo legal, os seus efeitos.

39. Ora, se não pode o juiz, subtraindo-se ao império da lei, dar como lícita, com recurso à ponderação de interesses, prova obtida com flagrante violação das regras constitucionais e infraconstitucionais²⁴, menos ainda poderá (já tendo afirmado a ilicitude da prova), mantê-la nos autos, a pretexto de uma possível, eventual e futura avaliação dessa mesma natureza, para aproveitamento da prova ilícita, a despeito de sua ilicitude, na ocasião da sentença.

²³ Pois, como afirma Lenio Luiz Streck (*Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed.. Porto Alegre: Lael, p. 145): “o produto da atribuição de sentido a um texto’ não pode significar que o intérprete esteja autorizado a ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’.”

²⁴ No sistema do *Common Law*, tal prática, ilegal, é chamada de *fishing* (“pescaria”), cf. LaFAVE, Wayne R.; ISRAEL, Jerold H.; KING, Nancy J. *Criminal procedure*. 3. ed.. Minnesota: West Group, 2000, p. 489 e ss.

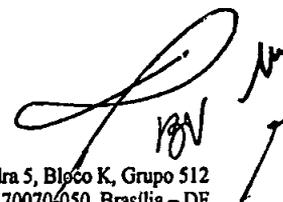
III. DO PEDIDO LIMINAR

01. Para que se impeça a produção de provas que, inevitavelmente, serão contaminadas por aquela ilicitude já declarada, requer-se liminarmente a suspensão do curso do processo em primeiro grau e seus incidentes, notadamente porque está em fase final de oitiva de testemunhas de defesa, caminhando para eventual sentença que, esta sim, estará também contaminada pelas provas ilícitas.

02. O *fumus boni juris* diz respeito à já reconhecida ilicitude das provas e, conforme exposto, na violação frontal e direta ao art. 5º, LVI, da CR, ao art. 157, do CPP, bem como a decisões reiteradas e pacíficas desse e. STJ e do e. STF, quando se declarou a ilicitude das interceptações, mas, ao contrário do que todos os dispositivos precitados determinam, mantiveram-se elas nos autos.

03. O *periculum in mora* está no fato de que o processo caminha para sua sentença que, inevitavelmente, sofrerá da contaminação das provas colhidas tão-só com fundamento nas interceptações telefônicas já declaradas ilícitas.

04. Assim, presentes os requisitos autorizadores, requer-se a concessão de medida liminar, para que se determine a suspensão do andamento do processo-crime (e seus incidentes) de autos nº 2005.70.00.003256-0, em trâmite junto ao d. Juízo da 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu, bem como todos os incidentes e procedimentos dele decorrentes, até decisão final neste *writ*.

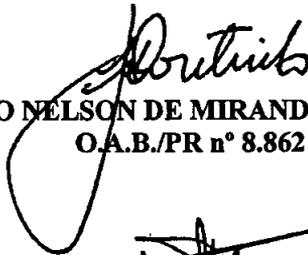


POSTO ISTO,

requerem os impetrantes se digne Vossa Excelência receber e conhecer o presente *writ*, decidindo por **conceder a medida liminar**, a fim de suspender o andamento do processo-crime de autos nº 2005.70.00.003256-0, em trâmite junto ao d. Juízo de 1º grau, bem como todos os procedimentos dele decorrentes, até decisão final neste *writ*, quando, então, **requer-se a concessão da ordem, determinando-se o desentranhamento dos autos de todas as interceptações ilícitas realizadas e já reconhecidas como ilícitas pelo e. Tribunal a quo**, porque em desacordo com as normas legais e constitucionais aplicáveis à espécie, pelos fatos e fundamentos aqui expendidos, e por ser medida de direito e Justiça.

Nestes termos, pedem deferimento.

Brasília, 1º de agosto de 2009



JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO
O.A.B./PR nº 8.862



EDWARD ROCHA DE CARVALHO
O.A.B./PR nº 35.212



BEATRIZ VARGAS
O.A.B./DF nº 26.483



MARCIO GESTEIRA PALMA
O.A.B./DF nº 21.878