

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL.

Habeas Corpus com pedido de liminar

O advogado **FÁBIO TOFIC SIMANTOB**, inscrito na OAB/SP sob o n. 220.540, com escritório na Rua Groenlândia, n. 146, Jardim América, CEP 01434-000, São Paulo (SP), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, impetrar a presente

ORDEM DE HABEAS CORPUS

com pedido de liminar, em favor de CLÁUDIA APARECIDA GALI, brasileira, portadora da Cédula de Identidade RG n. 45.540.499/SESP-PR, inscrita no CPF/MF sob o n. 661.361.219-72, residente e domiciliada à Rua São Leopoldo, n. 105, Seminário, CEP 80.310-580, Curitiba (PR); PAULO CÉSAR MARTINS, inscrito no CPF/MF sob o n. 622.696.906-72, residente e domiciliado à Rua São Leopoldo, n. 105, Seminário, CEP 80.310-580, Curitiba (PR); e INÊS APARECIDA MACHADO, brasileira, casada, contadora, portadora da Cédula de Identidade RG n. 13380/CRC/SC, inscrita no CPF/MF sob o n. 450.254.449-34, residente e domiciliada à Rua João Machado, n. 155, Centro, CEP 89.247-000, Balneário Barra do Sul (SC); apontando como **autoridade coatora** a col. Quinta Turma do col. Superior Tribunal de Justiça, que deixou

de reconhecer a nulidade *ab initio* do processo fundado em interceptação telefônica gravemente manipulada e adulterada (doc. 01).

O impetrante arrima-se, para tanto, nos preceitos inscritos nos artigos 5º, LXVIII da Constituição Federal, 647, 648, incisos III e VI, todos do Código de Processo Penal e nos relevantes motivos de fato e de direito que passa a expor.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 21 de agosto de 2019.



Fábio Tofic Simantob

OAB/SP - 220.540

EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
PRECLARO MINISTRO RELATOR
COLENDIA TURMA JULGADORA
DOUTA PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

*Ementa: 1. Ação penal lastreada em interceptações telefônicas manipuladas e adulteradas. Realização de interceptação **não autorizada** a Conselheiro do TCE. Desrespeito à prerrogativa de foro reconhecida pela juíza da primeira instância. Instauração de inquérito policial. Alteração dos dados do Sistema Guardiã para ocultar a ilegalidade. Perda da cadeia de custódia – Ausência de idoneidade, integridade, confiabilidade e unidade da prova. 2. Documentos utilizados para fundamentar a sentença **baseado nas interceptações ilegais**. 3. Confissão da paciente insuficiente para superar a ilegalidade da interceptação telefônica. 4. Constrangimento ilegal que prescinde de qualquer revolvimento probatório. 5. Necessidade de concessão da ordem a fim de que seja determinada a **anulação da ação penal** desde o seu nascedouro. 6. Subsidiariamente, sobrestamento do processo até declaração definitiva de nulidade das interceptações telefônicas.*

**I - SÍNTESE DOS FATOS E OBJETO DO
WRIT.**

1. A Operação Fidúcia foi deflagrada pela Justiça Federal de Curitiba, visando investigar crimes contra a administração pública envolvendo organizações da sociedade civil que prestavam serviços ao poder público na área da saúde.

2. A maior parte das provas produzidas ao longo da investigação, que depois subsidiaram a própria denúncia (doc. 02) e a condenação (doc. 03), foi obtida *direta* ou *indiretamente* a partir do conteúdo de **conversas telefônicas interceptadas** autorizadas pela 13ª Vara Criminal Federal, onde o caso tramitava (doc. 04).

3. Ainda no limiar da investigação, chamava a atenção o fato de que o Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, o Exmo. Sr. FERNANDO GUIMARÃES, aparecia em dezenas de áudios, embora seu número de telefone nunca tivesse sido alvo de escuta telefônica autorizada.

4. Tal procedimento chegou a ser questionado no STJ, por meio de *reclamação* que alegava usurpação da competência daquela e. Corte, já que o conselheiro do TCE tinha o direito a foro por prerrogativa de função e, por óbvio, não podia ser investigado na primeira instância (doc. 05).

5. Ao julgar aquela *reclamação*, porém, o e. STJ negou provimento à insurgência defensiva, argumentando que **o fato de terem sido captadas fortuitamente conversas do Conselheiro não seria suficiente para configurar usurpação de sua competência**, vez que *“meras menções ou referências ao nome de pessoas detentoras de prerrogativa de foro são insuficientes para, por si sós, deslocarem a competência para o STJ”* (doc. 06 - fls. 08).

6. Ainda assim, a defesa continuou insistindo no bojo da ação penal para que as provas obtidas por meio da interceptação telefônica fossem submetidas a perícia, já que inúmeras **suspeitas** recaíam sobre a forma como a escuta fora realizada (doc. 07).

7. Basta dizer que de cerca de 28 mil áudios, em aproximadamente 24 mil - isto, quase a totalidade deles - a Polícia Federal **NÃO** identifica o interlocutor com quem o número interceptado manteve contato. Isto para não dizer que por volta de 4 mil áudios simplesmente não foram disponibilizados à defesa (doc. 08).

8. Ou seja, já se sabia que algo muito grave a Polícia Federal queria esconder, mas não se sabia exatamente o que era...

9. Foi apenas graças a uma diligência empreendida privadamente por uma das corrés - KELI CRISTINA DE SOUZA GUIMARÃES, a esposa do conselheiro FERNANDO GUIMARÃES - que se descobriu a grave fraude que foi praticada para subtrair o feito da competência do STJ, sem, no entanto, deixar de vasculhar a vida do agente com prerrogativa de foro.

10. Ao acessar a conta telefônica do filho do Conselheiro, JOÃO GUILHERME COSTA GUIMARÃES (doc. 09), verificou-se que na data e horário em que o relatório da PF registrava a realização de ligação para KELI - número que oficialmente seria o interceptado - na verdade JOÃO GUILHERME realizara ligação para o telefone do próprio Conselheiro!

11. Em outras palavras, o número que estava interceptado era o do Conselheiro, e não o de sua esposa KELI, como constava no relatório da PF e na decisão judicial que autorizara a escuta.

12. Para atestar tal ilegalidade, basta uma breve passada de olhos nos referidos extratos telefônicos de JOÃO GUILHERME – prova pré-constituída e, portanto, passível de ser analisada no âmbito deste *writ*.

13. No diálogo captado em **14/10/2013, às 11:41:33**, o filho do Exmo. Conselheiro FERNANDO GUIMARÃES liga para seu pai e, logo na sequência, para KELI, corrê dos pacientes na Operação Fidúcia.

14. Apesar disso, as informações a respeito de tais ligações constam da seguinte forma dos registros da Polícia Federal (nº 5015169-56.2011.404.7000/PR - evento 253\cd01\Transcricoes\CHAMADA_66880660. doc. 10/10.1):

Nome do Alvo:	Nome do Alvo:	Nome do Alvo:	Nome do Alvo:	Nome do Alvo:	Nome do Alvo:	Nome do Alvo:
Nome do Alvo: Keli Gali (Fiducia)		55(41)91551777Keli Gali (Fiducia)		Relação das Transcrições		
Interlocutor	Data/Hora Inicial	Duração	Comentário	Nome do Arquivo		
1456	14/10/2013 11:41:33	00:01:14	FERNANDO X JOÃO (FILHO DE FERNANDO) - RAZÃO SOCIAL - CADASTRO - NINGUÉM VAI ENTRAR EM CONTATO	66880660.WAV		
Trechos da Transcrição						
Tempo	Interlocutor	Trecho				
Transcrição João liga para Fernando e diz que está concluindo algumas coisas lá...daquele né... eu preciso de uma referencia comercial, alguém que tenha uma razão social e pergunta se a Keli ainda possui uma empresa em seu nome e Fernando diz que sim, que Keli possui uma empresa em seu nome. João diz que o Alexandre disse que ninguém vai entrar em contato, mas precisa para o cadastro.						

15. Como se observa, consta o número **55(41)9155-1777** como interceptado, utilizado por **KELI**, enquanto o extrato telefônico de JOÃO GUILHERME

comprova que a chamada foi efetuada para o número **55(41)9997-1777**, utilizado pelo **Conselheiro FERNANDO GUIMARÃES** (doc. 09 – fls. 02):

33	14/10/13	11:41:34	PR AREA 41	PR MOVEL - AREA 41	041-9997-1777	DI	01m12s	0,00
34	14/10/13	11:43:49	PR AREA 41	PR MOVEL - AREA 41	041-9155-1777	DI	05m12s	0,00

16. Do mesmo modo, em outra ligação telefônica apontada pela i. defesa da acusada **KELI**, interceptada em **09/10/2013, às 17:08:21**, novamente. **JOÃO GUILHERME** liga para o telefone pessoal de seu pai, o **Exmo. Conselheiro FERNANDO GUIMARÃES (55 (41) 9997-1777)** (doc. 09 – fls. 02):

31	09/10/13	17:08:21	PR AREA 41	PR MOVEL - AREA 41	9997-1777	DI	01m48s	0,00
----	----------	----------	------------	--------------------	-----------	----	--------	------

17. Outra vez foram **alterados os dados do Sistema Guardião** para constar o número da investigada **KELI, 55(41)9155-1777**, como se vê na informação abaixo, extraída do referido sistema (nº **5015169-56.2011.404.7000/PR - evento 253\cd01\Transcricoes\CHAMADA_66836336**. doc. 10.3):

Mídia	Nome do Alvo
55(41)91551777	Keli Gali (Fiducia)

Nome do Alvo: Keli Gali (Fiducia)
Relação das Transcrições

	Interlocutor	Data/Hora Inicial	Duração	Comentário	Nome do Arquivo
1575	55(41) 98561188	09/10/2013 17:08:17	00:01:53	JOÃO (FILHO DE FERNANDO) X FERNANDO - ASSOCIAÇÃO COMERCIAL PARANÁ - MARINGÁ - VIAGEM	66836336.WAV

Trechos da Transcrição

Tempo	Interlocutor	Trecho
Transcrição		
Fernando diz à João que em Janeiro irá viajar de Moto para Carreteiro Austral no Sul Chile. João pergunta a Fernando se o mesmo conhece alguém na Associação Comercial do Estado do Paraná, por que a empresa do amigo de João vai ser um bom negócio e seu amigo conseguiu a listagem de todas as empresas de Maringá dentro da Associação Comercial de Maringá e informa ainda que no mercado negro tem, mas é uns ...cento e poucos reais, mais até, só não sabe se é confiável. Fernando diz que vai ver.		

18. Assim, sem a necessidade de qualquer revolvimento probatório, o extrato telefônico de JOÃO GUILHERME é **prova documental** de que as chamadas interceptadas, onde o Exmo. Conselheiro FERNANDO GUIMARÃES figura como interlocutor, **foram captadas** a partir do número **55 (41) 9997-1777, de titularidade do Tribunal de Contas do Estado do Paraná e utilizado pelo mencionado Conselheiro**, e não a partir do terminal **55 (41) 9155-1777**, de titularidade da acusada **KELI**, como consta nos relatórios policiais e dados obtidos a partir do *Sistema Guardião*, utilizado pela Polícia Federal para operacionalizar as interceptações telefônicas e telemáticas.

19. Mas não é só, em breves *prints* da tela do relatório do Guardião, verifica-se também a ausência dos interlocutores, assim como atribuição de inúmeras chamadas pela própria Polícia Federal ao Conselheiro, valorando, inclusive, uma delas como “venda de aprovação de conta”, conforme se verifica abaixo:

5372	55(41)91551777	55(41)99747358	09/10/2013 14:51:31	00:02:07	FERNANDO X MAURI - SINDICÂNCIA - MPF - VENDA DE APROVAÇÃO DE CONTA	66833714.WAV
5373	55(41)91551777		09/10/2013 14:54:20	00:00:04		66833770.WAV
5374	55(41)91551777	55(41)99810154	09/10/2013 15:00:59	00:01:10	FERNANDO X JULIO - STJ - SINDICÂNCIA 337/2012	66833879.WAV
5375	55(41)91551777		09/10/2013 16:02:08	00:00:30		66835036.WAV
5376	55(41)91551777		09/10/2013 16:04:04	00:00:13		66835081.WAV
5377	55(41)91551777		09/10/2013 16:04:31	00:00:05		66835093.WAV
5378	55(41)91551777		09/10/2013 16:05:03	00:01:22		66835100.WAV
5379	55(41)91551777	55(41)98561188	09/10/2013 17:08:17	00:01:58	JOAO (FILHO DE FERNANDO) X FERNANDO - ASSOCIAÇÃO COMERCIAL PARANA - MARINGA - VIAGEM	66836336.WAV
5380	55(41)91551777		09/10/2013 17:14:31	00:00:20		66836478.WAV
5381	55(41)91551777		09/10/2013 17:44:25	00:00:13		66837221.WAV
5382	55(41)91551777		09/10/2013 17:45:13	00:01:04		66837241.WAV
5383	55(41)91551777		09/10/2013 18:09:16	00:00:42		66837728.WAV
5384	55(41)91551777		09/10/2013 18:13:50	00:00:23		66837804.WAV
5385	55(41)91551777		09/10/2013 18:15:09	00:00:56		66837826.WAV
5386	55(41)91551777		09/10/2013 18:48:15	00:00:18		66838496.WAV
5387	55(41)91551777		09/10/2013 19:54:26	00:01:05		66840386.WAV
5388	55(41)91551777		09/10/2013 20:08:46	00:02:55	PIZARIA X FERNANDO - ENDEREÇO E TELEFONE DE FERNANDO	66840710.WAV

5491	55(41)91551777	55(41)33501616	14/10/2013 11:16:15	00:02:36	FERNANDO X TATI - PREFEITO DE MORRETES - JULIO - INSS - IR - PRESTAÇÃO DE CONTAS - MINISTERIO PUBLICO.	66880443.WAV
5492	55(41)91551777		14/10/2013 11:20:02	00:00:04		66880483.WAV
5493	55(41)91551777		14/10/2013 11:20:22	00:00:04		66880491.WAV
5494	55(41)91551777		14/10/2013 11:26:43	00:00:41		66880548.WAV
5495	55(41)91551777		14/10/2013 11:27:54	00:01:10	KELI X IVAN - NDR	66880554.WAV
5496	55(41)91551777		14/10/2013 11:29:34	00:00:32		66880565.WAV
5497	55(41)91551777		14/10/2013 11:40:34	00:00:40		66880654.WAV
5498	55(41)91551777		14/10/2013 11:41:36	00:01:11	FERNANDO X JOAO (FILHO DE FERNANDO) - RAZAO SOCIAL - CADASTRO - NINGUEM VA ENTRAR!!! COLYFAC	66880660.WAV
5499	55(41)91551777		14/10/2013 11:43:09	00:05:52		66880671.WAV
5500	55(41)91551777		14/10/2013 11:46:09	00:00:36		66880705.WAV
5501	55(41)91551777		14/10/2013 12:23:31	00:00:01		66881125.WAV
5502	55(41)91551777		14/10/2013 12:41:09	00:00:24		66881284.WAV
5503	55(41)91551777		14/10/2013 14:29:19	00:01:16	FERNANDO X FERNANDA (PRODUTORA DO SAMIR)	66886609.WAV
5504	55(41)91551777		14/10/2013 14:52:46	00:00:40		66888074.WAV
5505	55(41)91551777		14/10/2013 14:55:31	00:00:46		66888266.WAV
5506	55(41)91551777		14/10/2013 14:56:12	00:00:19		66888294.WAV
5507	55(41)91551777		14/10/2013 16:45:21	00:00:46		66895292.WAV
5508	55(41)91551777		14/10/2013 17:15:53	00:00:18	FERNANDO X HNI - DAR UMA OLHADA	66897271.WAV

20. Como a descoberta desta fraude se deu depois de exarada sentença condenatória (doc. 03), mas ainda no prazo dos embargos de declaração – destempo que não pode ser atribuído à defesa, frise-se, que vinha desde o início da ação penal postulando uma perícia no material – a eminente Magistrada de primeiro grau indeferiu a anulação do feito postulada pela defesa (doc. 11).

21. Na mesma decisão, no entanto, Sua Excelência, a douta Juíza da 13ª Vara Federal de Curitiba, reconhece haver forte **SUSPEITA** de que “... *no decorrer da medida de interceptação telefônica da Operação Fidúcia (autos n. 5032760-60.2013.4.04.7000) o terminal telefônico do Conselheiro do TCE/PR Fernando Guimarães (55 41 9997-1777) foi interceptado sem autorização judicial, e suas conversas foram registradas no Sistema Guardiã como se tivessem sido realizadas a partir do terminal telefônico n. 55 41 9155-1777, de sua esposa Keli Cristina de Souza Gadi Guimarães...*” (doc. 11 – fls. 02).

22. Tão fortes são as suspeitas de fraude na concepção da Magistrada que esta chega inclusive a determinar a instauração de inquérito policial para apurá-la (doc. 11 – fls. 02).

23. Pese, no entanto, o respeito tributado à nobre Julgadora e à firme decisão de mandar apurar as circunstâncias da ilegalidade perpetrada, a preclara Magistrada acabou incorrendo em manifesto constrangimento ilegal ao permitir que se mantenha em curso ação penal sobre a qual recai neste momento indelével pecha de ter sido subsidiada por interceptação telefônica – que como ela mesma reconhece – foi gravemente manipulada e adulterada.

24. No mesmo constrangimento ilegal incorreram os Tribunais *a quo* – o TRF4 (doc. 12) e o STJ (doc. 01) – ao entenderem, que a ilicitude apontada, **apesar de ter ensejado a instauração de inquérito policial para verificação da ocorrência de possível CRIME**, não é suficiente para determinar a anulação da ação penal originária da prova ilegal.

25. Colima-se, pois, com a presente ordem de *habeas corpus*, que o constrangimento ilegal do qual vem padecendo os ora pacientes seja debelado, com a concessão da ordem a fim de que seja determinada a **anulação da ação penal** desde o seu nascedouro.

26. Liminarmente, requer-se o sobrestamento da ação penal – que se encontra atualmente no TRF4, em grau de apelação – até o julgamento final do *writ*.

**II - INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA MANIPULADA
E ADULTERADA. AUSÊNCIA DE CONFIABILIDADE
NA PROVA. PERDA DA CADEIA DE CUSTÓDIA.
NULIDADE *AB INITIO* DA AÇÃO PENAL.**

27. Não obstante o enorme respeito tributado aos Ministros da colenda QUINTA TURMA do e. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, especialmente ao relator do *recurso ordinário constitucional* lá julgado, o Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, é patente o constrangimento ilegal consubstanciado com a decisão colegiada que lhe negou provimento, mantendo intacta a ação penal instaurada contra a paciente.

28. Ao negar provimento ao RHC interposto pela defesa da ora paciente contra a decisão do TRF4, a colenda QUINTA TURMA ancorou-se basicamente em **três argumentos para afastar a nulidade, nenhum dos quais, *data máxima vênia*, merece prosperar.**

Vejamos.

29. O **primeiro argumento** usado no acórdão da Colenda QUINTA TURMA do e. STJ – ora apontada autoridade coatora – é o de que “... *a tese de interceptação indevida de autoridade com prerrogativa de foro já foi objeto de análise da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça*” (doc. 01 – fls. 21).

30. Equivoca-se profundamente, *permissa vênia*, o v. acórdão.

31. A reclamação a que se refere o eminente relator é aquela interposta no início da ação penal, na qual se questionava o fato apenas de o Conselheiro aparecer em alguns áudios, e não o fato gravíssimo que se descobriu recentemente, de ter sido o Conselheiro efetivamente alvo de interceptação ilegal,

circunstância comprovada, de cuja ocorrência só se teve notícia agora, muito tempo depois de o STJ ter julgado aquela reclamação.

32. É o que se depreende, aliás, da própria decisão exarada pelo e. STJ, que afasta a irresignação justamente por entender que “*meras menções ou referências ao nome de pessoas detentoras de prerrogativa de foro são insuficientes para, por si sós, deslocarem a competência para o STJ*” (doc. 06 – fls. 08).

33. O **segundo argumento** invocado pelo STJ na decisão que ora se inquina de ato coator é dado em confiança ao que sustentou a e. Juíza de primeiro grau em sua decisão, ou seja, que o “*... principal meio de prova utilizado para condenação é o documental e que a principal integrante da organização criminosa, CLÁUDIA APARECIDA GALI, é confessa nesta ação penal em relação aos principais crimes que compõem a imputação*” (doc. 01 - fls. 22).

34. Tal argumento também não resiste a um exame um pouco mais atento do caso, o qual prescinde de qualquer análise propriamente da prova.

35. Sim, pois a sentença condenatória de primeiro grau usa como alicerce argumentativo nota técnica elaborada pela CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO NO ESTADO DO PARANÁ (doc. 13) e relatório de análise do material apreendido durante as investigações da Operação Fidúcia – RAMA (doc. 14).

36. **Ocorre que de uma rápida passada de olhos na indigitada nota técnica se percebe ela foi elaborada com base nas conversas telefônicas interceptadas!** Eis alguns trechos do referido documento que atestam tal fato:

“Conforme consta no Relatório de Auditoria nº 18/2013 - DATITCEIPR, referente ao Processo nº 835650/13, a empresa não tem existência física e **pelas interceptações telefônicas e telemáticas**, Marcarian participava do dia-dia da gestão das OSCIPs e da Med-Call.” (doc. 13 – fls. 145);

“Interceptação telefônica ‘AS EMPRESAS SÃO DELA’

Em conversa interceptada, conforme Relatório nº 02/2013-NA/DELEFIN - OPERAÇÃO FIDUCIA constante do Inquérito Policial 375/2011 (Processo 5032760- 60.2013.404. 7000/PR. Evento 35, AUT02, Página 105), Claudia Aparecida Gali menciona que todas as empresas são dela [...]” (doc. 13 – fls. 186);

“Contas Bancárias utilizadas para movimentar recursos arrecadados com a taxa de administração. **Em conversa interceptada**, conforme Relatório nº 04/20 13-NNDELEFIN OPERAÇÃO FIDUCIA constante do Inquérito Policial 375/2011, são citadas duas contas bancárias que gerem recursos da administração [...]” (doc. 13 – fls. 196);

“Além disso, conforme Relatório nº 02/2013 - 2º Período - NA/DELEFIN - Operação Fidúcia, **foi interceptada conversa telefônica** em que Claudia orienta Luci, do Departamento financeiro do Instituto Confiancce, a retirar dinheiro do estacionamento para pagar conta do cartão de crédito do Itaú no valor de R\$ 14.406.00.” (doc. 13 – fls. 212).

37. Da mesma forma, basta breve consulta aos autos para verificar que o fundamento da decisão que autoriza as buscas e apreensões analisadas no RAMA também está inegavelmente apoiada nas “*análises de quebras de sigilo fiscal, bancário, telefônico e telemático*” - isto é, no resultado das interceptações ilegais (doc. 15 – fls. 08).

38. Inegável, portanto, que nenhuma das provas documentais de que se socorre a sentença se apresenta como fonte independente da prova ilícita.

39. Tampouco o fato de haver confissão da paciente CLAUDIA GALI – argumento utilizado no ato coator para rechaçar a nulidade – é capaz de validar a ação penal.

40. A uma porque, não houve confissão dos demais pacientes.

41. E a duas pois, conforme leciona JAIME CAMPANER MUÑOZ, acadêmico espanhol especialista no tema, não é possível dissociar a confissão de sua motivação, de modo que, tendo a autoincriminação ocorrido após a descoberta ilegal de fatos relacionados ao delito, não há como negar que tal prova encontra-se contaminada pela ilicitude daquela que a precedeu. Nas palavras do jurista:

“Com efeito, que dúvida cabe de que não é possível a separação de uma declaração auto incriminatória da motivação que conduziu à realização da mesma: as informações trazidas à luz pela diligência inconstitucional, determinantes – na maior parte dos casos – pelo colapso psicológico do acusado, que ficará

rendido ante a evidência física das descobertas, abstendo-se de negar os fatos.” (MUÑOZ, Jaime Campaner. *La confesión precedida de la obtención inconstitucional de fuentes de prueba*. Pamplona: Thomson Reuters, 2015, p. 152. – Tradução livre);

42. Esse também é o entendimento do col. Tribunal Supremo Espanhol, que, em conformidade com a teoria dos furtos da árvore envenenada, já consignou que *“a admissão pelos acusados dos fatos descobertos ilicitamente não constitui propriamente prova independente e sim diferente, mas casualmente derivada da prova ilícita e, em consequência, inábil para desvirtuar a presunção constitucional de inocência.”* (Tribunal Supremo Espanhol, núm. 974/1997, de 4 de julho de 1997 – Tradução livre).

43. Nesse mesmo sentido se posiciona a jurisprudência nacional ao afastar o valor probatório de confissão do acusado ocorrida após apreensão ilegal realizada pela autoridade policial:

“4. Não há, também, que se valorizar a confissão do apelante, eis que esta só ocorreu em decorrência da apreensão ilegal, correndo-se o risco de tornar letra morta a norma constitucional que veda a utilização da prova ilícita. 5. A absolvição é medida que se impõe.” (TJDFT, ACR 0006861-28.2008.8.07.0009, Rel. Des. SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, DJe 02/12/2008).

44. Tal entendimento jurisprudencial a respeito da contaminação das provas posteriores teve origem no HC 72.588 desse e. STF.

45. No referido precedente se discutia a legalidade de ação penal instaurada contra advogado a partir de escuta ilegal de conversa entre ele e um detento. Como no presente caso, os *habeas corpus* anteriores haviam sido negados ao argumento de que outras provas foram produzidas no decorrer da investigação, de forma que a ação penal não estaria calcada apenas na escuta ilegal.

46. No entanto, em voto lapidar da lavra do eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, relator do feito, essa col. Corte entendeu que não havia como desatrear as demais provas produzidas da originária escuta ilegal, pois “a partir daí é que surgiram as provas, TODAS ELAS EM CADEIA, originárias dos desdobramentos do conteúdo da gravação”.

47. O referido julgamento fincou as balizas nessa Suprema Corte acerca da aplicabilidade da **teoria dos frutos da árvore envenenada** no direito brasileiro.

48. E assim o fez pontificando a tese de que as provas derivadas em cadeia da prova ilícita estão por ela contaminadas. Por este raciocínio, só não estariam contaminadas as provas pertencentes a uma cadeia autônoma daquela, o que em absoluto não se pode afirmar no caso dos autos.

49. Pensemos por exemplo na hipótese de um crime tributário que começa a ser investigado com base em escuta ilegal, mas que estava sendo paralelamente – e sem qualquer relação com a escuta – sendo apurado também no âmbito da Receita Federal. Evidente que as provas colhidas pelo Fisco não estariam contaminadas, porque, aí sim, seriam originárias de fonte independente de prova.

50. Não é o caso deste *writ*. Basta ler a sentença condenatória (doc. 03) e a própria denúncia (doc. 02), para concluir que tudo, absolutamente tudo, decorreu originariamente das escutas ilegais.

51. No mais, para além das referidas ilegalidades, fato é que questão ainda mais central não foi enfrentada pelo col. STJ: a usurpação da competência daquela e. Corte.

52. **Ou seja, a gravíssima suspeita que recai sobre a lisura do procedimento de interceptação telefônica não é apenas uma questão de ilicitude da prova, mas de procedimento dolosamente manipulado, mediante uso de fraude, para burlar e usurpar a competência de uma das mais altas cortes de justiça do país.**

53. Os dados e informações de que se dispõe até o momento – não desmentidos por ninguém! – mostram que a investigação e todas as medidas anteriores à denúncia – entre elas a própria interceptação telefônica - foram conduzidas por autoridade incompetente, mas não por mero engano ou negligência.

54. **Não! A usurpação ocorreu por meio de fraude, manipulação, adulteração, ou em uma só palavra, com a prática de CRIME.**

55. Por fim, a douta autoridade apontada como coatora – a colenda QUINTA TURMA do STJ –, em seu **terceiro argumento**, inverte o princípio do *in dubio pro reo* para sustentar que não caberia a declaração de nulidade das interceptações telefônicas pois “a simples determinação para abertura de inquérito não significa, nem de longe, a procedência das alegações [de ilegalidade] colocadas” (doc. 01 – fls. 21).

56. Ora, novamente rendendo todas as vênias aos eminentes Ministros que compuseram a turma julgadora, as garantias constitucionais da proibição da prova ilícita e do devido processo legal não se compadecem da dúvida.

57. Sim, pois, como assinala GUILHERME DE SOUZA NUCCI,

“Há um direito líquido e certo a um processo justo, livre de provas maculadas. Como julgar um feito onde não se finalizou a discussão acerca da ilicitude de importante prova apresentada?” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 36).

58. **Assim, como seria possível manter em andamento uma ação penal baseada em prova que está sob FORTE SUSPEITA de ter sido grosseiramente adulterada e manipulada?**

59. A jurisprudência também é firme no sentido de que existindo qualquer incerteza a respeito da licitude da prova amealhada no curso do processo, esta deve militar em favor do acusado:

“[...] **Presença de indicativos de prova ilícita**. [...] A conclusão é que há dúvida sobre a prática do delito por parte do acusado, **devendo, portanto, ser aplicado, no ponto, o princípio do in dubio pro reo**. Manutenção da absolvição.” (TJRS, ACR 0161984-95.2014.8.21.7000, Rel. Des. JAYME WEINGARTNER NETO, Primeira Câmara Criminal, DJe 25/09/2014);

“[...] ILICITUDE DA REVISTA QUE CONTAMINA A PROVA MATERIAL DA INFRAÇÃO, EM RELAÇÃO À QUAL SUBSISTE FUNDADA DÚVIDA. DESATE ABSOLUTÓRIO QUE SE IMPÕE PELO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO” (TJRS, ACR 0096089-90.2014.8.21.7000, Rel. Des. JOÃO BATISTA MARQUES TOVO, 3ª Câmara Criminal, DJe 17/09/2014);

“[...] não resta outra alternativa que confirmar a sentença apelada, já que se o próprio órgão acusador suscita a possibilidade de dúvida sobre a licitude da prova e não houve condição de aferir com certeza a idoneidade e verossimilhança de ordem judicial de busca e apreensão no âmbito da Justiça Estadual, **não há razão para reverter o decreto absolutório** proferido em primeiro grau de jurisdição sob este fundamento.” (TRF1, ACR 0037268-04.2002.4.01.3800, Rel. Des. Fed. OLINDO MENEZES, DJe 23/01/2018);

60. A confiabilidade na prova para que possa embasar uma condenação deve ser absoluta, é preciso haver certeza de que a prova produzida é lícita, foi devidamente preservada e não foi manipulada ou adulterada.

61. Esta confiança já não existe mais na prova obtida a partir das interceptações telefônicas ora examinadas – ainda que a investigação não avance (é até bastante questionável se a própria PF poderia ficar responsável por investigar ela mesma...).

62. O fato é que a falta de confiabilidade na validade e licitude desta prova pode ser extraída da decisão da própria Juíza, quando alude à forte

“... **SUSPEITA** de que no decorrer da medida de interceptação telefônica da Operação Fidúcia (autos n. 5032760-60.2013.4.04.7000) o terminal telefônico do Conselheiro do TCE/PR Fernando Guimarães (55 41 9997-1777) foi interceptado sem autorização judicial, e suas conversas foram registradas no Sistema Guardião como se tivessem sido realizadas a partir do terminal telefônico n. 55 41 9155-1777, de sua esposa Keli Cristina de Souza Gadi Guimarães...” (doc. 11 – fls. 02)

63. Não há nada que possa desfazer a grave **suspeita** – nas palavras da d. Magistrada - que existe hoje sobre a prova, já que, até o momento, não apareceu um único participante da investigação para esclarecer a ADULTERAÇÃO de dados detectada pela defesa.

64. A certeza do cometimento de fraude por parte dos investigadores que vigora neste momento coloca uma nuvem de suspeita sobre o todo o procedimento de interceptação telefônica, que deve, portanto, ser anulado.

65. Pois, ainda que Vossas Excelências entendam ser mais prudente aguardar o término das investigações, o correto então seria suspender a validade da prova e da ação penal até que o Estado consiga **desfazer** a suspeita de que o procedimento de interceptação foi adulterado e manipulado.

66. Ou melhor, é do Estado e não na defesa, o ônus de provar que o procedimento foi escorreito, de que a prova foi devidamente preservada e não foi adulterada, e de que a competência originária do STJ não foi burlada mediante fraude, como tudo sugere que foi.

67. Trata-se de patente hipótese de **quebra de cadeia de custódia da prova**, o que coloca em xeque toda a confiabilidade do material obtido por meio da interceptação.

68. Para CARLOS EDINGER, é dever do Estado garantir que o processo seja lastreado em “**conteúdo íntegro, coerente e consistente – que possa ser rastreado e verificado.**” (EDINGER, Carlos. *Cadeia de custódia, rastreabilidade probatória*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 120, mai.-jun./2016, p. 254/255.)

69. Também é esse o entendimento de AURY LOPES JR., que, ao avaliar a cadeia de custódia no processo penal, pondera com muita lucidez que

“(…) o tema de provas exige a intervenção de **regras de ‘acreditação’**, pois nem tudo que ingressa no processo pode ter valor probatório; há que ser **‘acreditado’, legitimado**, valorado desde sua coleta até a sua produção em juízo para ter valor probatório” (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 412).

70. Ainda nesse sentido, ANTONIO EDUARDO RAMIRES SANTORO, NATÁLIA LUCERO FRIAS TAVARES e JEFFERSON DE CARVALHO

GOMES, em artigo doutrinário publicado na Revista Brasileira de Direito Processual Penal, esclarecem que:

“Saber se as informações são empiricamente verificáveis implica, antes de mais nada, poder confiar que os dados armazenados e submetidos à valoração judicial **guardam fidedignidade e não foram manipulados ou que não foram passíveis de manipulação.** A **preservação** de cada uma das etapas da operação que realizou a interceptação das comunicações de um cidadão é a única maneira de assegurar a **integridade** do procedimento probatório, ou seja, **deve ser preservada a cadeia de custódia** para permitir à defesa rastrear as fontes de prova.” (SANTORO, Antonio E. R.; TAVARES, Natália L.F.; GOMES, Jefferson C. *O protagonismo dos sistemas de tecnologia da informação na interceptação telefônica: a importância da cadeia de custódia.* Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 2, p. 605-632, mai./ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.76>).

71. GERALDO PRADO, ao discorrer sobre a preservação das fontes da prova e a fiabilidade da prova, observa que:

“Um dos aspectos mais delicados na temática da aquisição de fontes de prova consiste em **preservar a idoneidade** de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, **compromete** o conjunto de informações que eventualmente sejam obtidas dessa forma. **Trata-se de evitar o fenômeno da ‘break on the chain of custody’.**” (PRADO, Geraldo.

Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos oculto, 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 77).

72. O mesmo autor, na obra doutrinária referida, ao avaliar os riscos que derivam da quebra da cadeia de custódia, sustenta que:

“(…) A cadeia de custódia da prova nada mais é que um dispositivo dirigido a assegurar a **fiabilidade** do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória.

A constatação da quebra da cadeia de custódia das provas impõe a exclusão destas evidências dos procedimentos penais.” (Idem, p. 86).

73. Por fim, ao desenvolver refinado raciocínio sobre os procedimentos probatórios em que a referida ruptura da cadeia de custódia é verificada, GERALDO PRADO conclui que:

“A função da cadeia de custódia referida nos dois itens precedentes consiste em estabelecer o mecanismo de prospecção e preservação das provas que deverão estar disponíveis para as partes. Sua violação requisita a aplicação da sanção processual mencionada.

(…) Com efeito, em um processo penal que se legitima a partir da verdade processual, não de vigorar providências que resguardem de fato o caráter cognitivo da persecução penal, que não se justifica juridicamente quando fundada em impressões pessoais,

sentimentos ou valores pré-concebidos, a dispensar a incidência e operação de elementos informativos obtidos de modo lícito.

Por esse motivo, a supressão indevida de elementos informativos opera efeito impeditivo de emprego das informações remanescentes, que carecem de 'suficiência probatória'. O material probatório remanescente está afetado pela referida quebra e configura prova ilícita, pois não há como sujeitá-lo, adequadamente, aos procedimentos de comprovação e refutação."

(Idem, p. 87).

74. Na mesma linha, ISABELA APARECIDA DE MENEZES, LUIZ ANTONIO BORRI e RAFAEL JUNIOR SOARES pontificam que:

“(...) os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo estatal, as normas processuais penais e a jurisprudência nacional possibilitam o reconhecimento da **cadeia de custódia** como mecanismo hábil a **conferir fidelidade à prova**, permitindo o conhecimento pela defesa de eventual **manipulação, adulteração ou supressão da prova** (...). Se houve a **quebra da cadeia de custódia** e, por consequência, a **perda da credibilidade da prova**, que ao ser apreendida, por exemplo, não foi acondicionada de forma adequada, **ela será considerada ilícita.**” (MENEZES, Isabela A.; BORRI, Luiz A.; SOARES, Rafael J. *A quebra da cadeia de custódia da prova e seus desdobramentos no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 277-300, jan./abr. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.128>).

75. Isso porque, como defende o brilhante GERALDO

PRADO:

“A constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nessas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a **ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia.**” (*Op. cit.*, p. 82.).

76. Trata-se de um limite à atividade investigatória e persecutória do Estado, de modo a proteger o cidadão da produção ou colheita de prova incriminadora por meios ilícitos, mediante a violação da Constituição e das leis da República.

77. Em um Estado Democrático de Direito não se pode admitir no processo criminal a utilização de provas manipuladas e adulteradas pelas agências repressivas do Estado, como na hipótese das interceptações telefônicas em tela, sob pena de gravíssima insegurança jurídica decorrente da quebra da confiabilidade na Polícia Judiciária.

78. E não é outro o entendimento deste d. STF. Exemplo disso é que o Exmo. Ministro GILMAR MENDES, em decisão recentíssima concernente a caso até mesmo menos grave que o presente, **deferiu liminar para suspender o trâmite de ação penal**, vez que reconheceu, em cognição sumária, que a autoridade policial, naquele caso, “*teria alterado os cabeçalhos das transcrições das mensagens, adicionando o nome dos supostos interlocutores em lugar dos números de Ids indicados originalmente pela empresa.*”

79. Consta, ainda, da decisão, que:

“(…) **estabeleceu-se uma situação de dúvida**, embasada em elementos concretos, sobre a confiabilidade dos dados apresentados pela autoridade investigatória em relação às comunicações interceptadas. Assim, **a incerteza sobre a fidedignidade das investigações impõe a adoção de medidas para proteção da cadeia de custódia das informações**. Na doutrina, afirma-se que ‘um dos aspectos mais delicados da aquisição de fontes de prova consiste em preservar a idoneidade de todo o trabalho que tende a ser realizado sigilosamente, em um ambiente de reserva que, se não for respeitado, compromete o conjunto de informações que eventualmente venham a ser obtidas dessa forma.’ (PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 77).” (STF, Rcl 32722, Rel. Min. GILMAR MENDES, Decisão monocrática, DJe 10/02/2019).

80. Percebe-se, assim, que Sua Excelência, o Ministro GILMAR MENDES, reconhece a importância da preservação da higidez das fontes de prova – principalmente de interceptações telefônicas e telemáticas –, pois, ausente a preservação das provas tal como colhidas, isso compromete a idoneidade de toda a prova produzida.

81. O presente caso de todo se assemelha com aquele, mas é ainda mais grave. Em ambos, há a demonstração de elementos concretos que revelam que a Polícia Federal alterou os elementos identificadores das chamadas, ausente a preservação da prova em sua originalidade. O caso em tela, porém, revela, ainda, que tais alterações foram implementadas para **ocultar** o fato de que **autoridade com prerrogativa de foro foi interceptada sem autorização judicial**, fato de extrema gravidade e que **retira completamente**

a **confiabilidade dos dados** apresentados pela autoridade investigatória em relação às comunicações interceptadas no decorrer da Operação Fidúcia.

82. Assim, por todo o exposto, indiscutível que a referida ação penal padece de nulidade insanável, vez que fundada em prova ilegal, da mesma forma que a r. sentença condenatória. Mas, ainda que restasse qualquer dúvida a respeito da ilicitude das interceptações telefônicas que lastrearam o processo, de rigor seria ao menos a determinação do sobrestamento da referida ação penal, em homenagem ao princípio *in dubio pro reo*.

III - DOS PEDIDOS LIMINAR E FINAL

83. Estas singelas razões deixam evidente, desde já, o *fumus boni iuris* do caso em tela.

84. Por outro lado, é igualmente patente o *periculum in mora*: o processo-crime já se encontra em grau de apelação (doc. 16).

85. Não se pode afastar, assim, o risco de que o recurso venha a ser julgado em um curto espaço de tempo, o que poderá resultar na manutenção ou até mesmo no agravamento da sanção imposta aos pacientes em segundo grau, inclusive com descabida imposição de execução provisória, em virtude de processo que pode ser a qualquer momento vir a ser declarado nulo.

86. De outra sorte, a concessão da medida liminar em nada afetará a posterior retomada da marcha processual na remota hipótese de, ao final, Vossas Excelências não concederem a ordem definitivamente.

87. O impetrante comparece, portanto, às portas desse e. Supremo Tribunal Federal, confiantes de que o **constrangimento ilegal** ao qual os pacientes estão submetidos será de pronto conjurado com a concessão da medida liminar para **suspender o curso da ação penal** n. 5062286-04.2015.4.04.7000 em trâmite perante a 13ª Vara Federal de Curitiba (atualmente no TRF4 para julgamento das apelações) até o julgamento final do *writ*, e, no mérito, pelo reconhecimento da **nulidade da ação penal** tendo em vista a nulidade das provas em que esta se funda.

88. Decidindo desta maneira, Vossas Excelências estarão realizando, como de costume, a melhor JUSTIÇA!

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 21 de agosto de 2019.


Fábio Tofic Simantob

OAB/SP - 220.540