

**ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA  
ADVOGADO**

---

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR MINISTRO RELATOR DA SEGUNDA TURMA  
DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA,**  
BRASILEIRO, CASADO, ADVOGADO INSCRITO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO  
BRASIL, SECÇÃO SÃO PAULO, SOB Nº 82.941, ESTABELECIDO NO  
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP, NA RUA CORONDÁ, 1, PENHA DE FRANÇA,  
CEP 03621-050, VEM, RESPEITOSAMENTE, PERANTE VOSSA EXCELÊNCIA,  
COM FUNDAMENTO NO ARTIGOS 5º, INCISOS LXVIII E LXXVII, E 105,  
INCISO I, ALÍNEA “C”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, COMBINADOS  
COM OS ARTIGOS 647 E 648, INCISO I, E SEGUINTE DO CÓDIGO DE  
PROCESSO PENAL, IMPETRAR O PRESENTE

**HABEAS CORPUS COM PEDIDO LIMINAR**

EM FAVOR DE **SÉRGIO GOMES AYALA,** BRASILEIRO, VIÚVO,  
ADVOGADO, PORTADOR DA CÉDULA DE IDENTIDADE COM REGISTRO GERAL Nº  
15.263.228-1/SSP-SP, INSCRITO NO CADASTRO DE PESSOAS FÍSICAS  
DO MINISTÉRIO DA FAZENDA SOB Nº 043.662.288-23, RESIDENTE E  
DOMICILIADO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO - SP, NA RUA ELEONORA  
CINTRA, 764, APARTAMENTO 121, TATUAPÉ, CEP 03337-000, SEU  
CONSTITUINTE (PEÇA Nº 2), EM FACE DO ATO COATOR PROFERIDO PELO  
**MINISTRO VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** EM  
SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL AO **RELATOR NA CORTE ESPECIAL** EM SEDE DO

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

INQUÉRITO Nº **547-SP**, ORIGINÁRIO DO INQUÉRITO JUDICIAL Nº **740** DO **TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO** E DESMEMBRADO NA AÇÃO PENAL Nº **0008967-81.2009.4.03.6181** PARA A **1ª VARA CRIMINAL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP** E ATUALMENTE EM TRÂMITE PERANTE A **QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**, CONFORME OS MOTIVOS DE FATO E DE DIREITO ADIANTE ARTICULADOS:

## DA PREVENÇÃO

O PACIENTE APRESENTOU A RECLAMAÇÃO Nº **30.053-SP** EM FACE DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº **14** DESTE EXCELSO PRETÓRIO PELO RELATOR DA **QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO** EM SEDE DA APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA NA CITADA AÇÃO PENAL Nº **0008967-81.2009.4.03.6181**, A QUAL TRAMITA PERANTE A **SEGUNDA TURMA DESTA SUPREMA CORTE** SOB A RELATORIA DO **EMINENTE MINISTRO CELSO DE MELLO** (PEÇA Nº **3**), CIRCUNSTÂNCIA QUE DEFINE SUA PREVENÇÃO PARA A PRESENTE IMPETRAÇÃO, NOS TERMOS DO ARTIGO 77-D, § 2º, COMBINADO COM O ARTIGO 67, 21 13, AMBOS DO RISTF.

## DO ATO COATOR

O ATO COATOR CONSISTE NO DEFERIMENTO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES DE TERMINAIS TELEFÔNICOS UTILIZADOS PELO PACIENTE, OU SEJA, NA QUEBRA DE SEU SIGILO TELEFÔNICO, OCORRIDA DE FORMA IMOTIVADA E, PORTANTO, CARENTE DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, E PELO PRAZO DE **30 (TRINTA) DIAS** CONSECUTIVOS, AO ARREPIO DO QUE DISPÕEM TANTO OS ARTIGOS 4º E 5º DA LEI Nº **9.296/96**, COMO O ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O PEDIDO DE AFASTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE FOI DEDUZIDO SIMULTANEAMENTE COM O DE PRORROGAÇÃO DA QUEBRA DE OUTROS ENTÃO INVESTIGADOS EM **26/12/2006** PELA AUTORIDADE POLICIAL AO DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO INQUÉRITO JUDICIAL Nº **740** PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO (PEÇA Nº **4**), QUE O ENCAMINHOU EM **29/12/2006** AO **MINISTRO RELATOR DO**

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

**INQUÉRITO Nº 547-SP** PERANTE O **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** (PEÇA Nº 5), ONDE, EM 03/01/2007, FOI ATENDIDO PELO ENTÃO **MINISTRO VICE-PRESIDENTE** DO **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL AO **RELATOR NA CORTE ESPECIAL** NESTES CONCISOS TERMOS:

*“Defiro ambas solicitações, prorrogando o prazo da diligência por trinta dias.”*

ESTE DESPACHO FOI MANUSCRITO PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA NO PRÓPRIO OFÍCIO DE ENCAMINHAMENTO (PEÇA Nº 5) DO PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA DEDUZIDO PELA AUTORIDADE POLICIAL (PEÇA Nº 4), A QUAL, SEM VINCULAR O PACIENTE A QUALQUER INFRAÇÃO PENAL, APENAS ‘OPINA’ PELA MEDIDA, SEM DEMONSTRAR SUA IMPRESCINDIBILIDADE NA APURAÇÃO.

JÁ O OFÍCIO DE ENCAMINHAMENTO DA ‘SOLICITAÇÃO DE PRORROGAÇÃO E DE NOVEL INTERCEPTAÇÕES’ EXPEDIDO PELO DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO INQUÉRITO JUDICIAL Nº 740 NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO AO MINISTRO RELATOR DO INQUÉRITO Nº 547-SP NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PEÇA Nº 5) NADA REPORTOU ALÉM DO ABSOLUTO SEGREDO DA APURAÇÃO E DA URGÊNCIA NO ATENDIMENTO DO PLEITO POLICIAL.

CONVÉM AQUI RESSALTAR QUE O SIGILO TELEFÔNICO DE OUTROS INVESTIGADOS JÁ HAVIA SIDO AFASTADO PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO E, PORTANTO, EM RELAÇÃO A ESTES, O PEDIDO DA AUTORIDADE POLICIAL CONSISTIA, REALMENTE, EM PRORROGAÇÃO DA DILIGÊNCIA.

TODAVIA, A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES DE TELEFONES UTILIZADOS PELO PACIENTE FOI AUTORIZADA PELA PRIMEIRA VEZ ATRAVÉS DO ATO ORA INQUINADO DE COATOR, DE MODO QUE NÃO SE TRATAVA DE PRORROGAÇÃO DE DILIGÊNCIA QUE RELATIVAMENTE A SUA PESSOA JÁ ESTAVA EM ANDAMENTO.

PORTANTO, E EM QUE PESE TAL DECISÃO CONSISTIR EM PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DOS

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

INVESTIGADOS ORIGINAIS NO INQUÉRITO JUDICIAL nº 740 DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, NAQUILO QUE TOCA AO PACIENTE, INEXISTIA, ATÉ ENTÃO, AUTORIZAÇÃO DE AFASTAMENTO OU QUEBRA DE SEU SIGILO TELEFÔNICO, DE MODO QUE A MEDIDA DETERMINADA PELA AUTORIDADE COATORA, CONSUBSTANCIADA EM UM SUCINTO “*DEFIRO AMBAS SOLICITAÇÕES, PRORROGANDO O PRAZO DA DILIGÊNCIA POR TRINTA DIAS*” (PEÇA nº 5), REMANESCE CARENTE DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, O QUE A TORNA NULA, ASSIM COMO TUDO O QUE DELA É DECORRENTE.

AFINAL, AS PROVAS ILÍCITAS OBTIDAS DE FORMA DIRETA, ATRAVÉS DO ATO COATOR, OU POR DERIVAÇÃO (TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA), A EXEMPLO DAQUELAS PRODUZIDAS A PARTIR DAS DECISÕES SUBSEQUENTES, QUE PRORROGARAM O LEVANTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE (PEÇAS nº 6 A 16), E INDEPENDENTEMENTE DO MOMENTO EM QUE FORAM PRODUZIDAS, SÃO NULAS E NÃO DEVEM SUBSIDIAR DE FORMA EXCLUSIVA UMA EVENTUAL CONDENAÇÃO, COMO, INCLUSIVE, JÁ ESTÁ A SE VERIFICAR NA ESPÉCIE.

ISTO PORQUE, COM O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA EM DESFAVOR DO ORA PACIENTE E DE OUTROS INVESTIGADOS COM PRERROGATIVA DE FORO EM RAZÃO DA FUNÇÃO EM SEDE DO INQUÉRITO nº 547-SP QUE TRAMITAVA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PEÇAS nº 17, 18 E 22), OCASIÃO EM QUE FOI CONVOLADO NA AÇÃO PENAL nº 549-SP, SOBREVEIO SEU DESMEMBRAMENTO COM REMESSA À PRIMEIRA INSTÂNCIA (PEÇA nº 19), ONDE A ACUSAÇÃO FOI RATIFICADA E RECEBIDA (PEÇAS nº 20, 21 E 23), E, NÃO OBSTANTE A RESISTÊNCIA DA DEFESA MANIFESTADA COM A RESPOSTA À ACUSAÇÃO (PEÇA nº 24) E REITERADA NOS MEMORIAIS (PEÇA nº 25), A SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP O CONDENOU POR CRIME APENADO COM DETENÇÃO (FRAUDE PROCESSUAL, PREVISTO NO ARTIGO 347, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL), DECISÃO ESSA (PEÇAS nº 26 A 28) BASEADA APENAS NOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS E QUE FOI ALVO DE APELAÇÃO (PEÇA nº 29), A QUAL ESTÁ PENDENTE DE JULGAMENTO PERANTE A QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO (PEÇA nº 30).

## **DO DIREITO**

**A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA EM**

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

03/01/2007 PELO ENTÃO **MINISTRO VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL AO RELATOR DA AÇÃO PENAL Nº 549-SP NA CORTE ESPECIAL** CONFIGURA DEFEITO INSANÁVEL DA ORDEM INICIAL DE AFASTAMENTO OU QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DO PACIENTE QUE REPERCUTE SOBRE SUAS SUBSEQUENTES PRORROGAÇÕES, TORNANDO ILÍCITAS AS PROVAS DELAS DECORRENTES E NULOS OS ATOS PROCESSUAIS DAÍ ADVINDOS.

O MERO EXAME *ICTU OCULI* DO PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FORMULADO PELA AUTORIDADE POLICIAL E DA DECISÃO QUE A AUTORIZOU, OU SEJA, O ATO COATOR, É SUFICIENTE PARA REVELAR, DESDE LOGO, A ILEGALIDADE DECORRENTE DA INOBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 2º, INCISOS I E II E PARÁGRAFO ÚNICO, 4º E 5º DA LEI Nº 9.296/96, SEGUNDO OS QUAIS:

*“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

*I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;*

*II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;*

*III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.*

*Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.”*

*“Art. 4º. O pedido de interceptação de comunicação telefônica conterà a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração de infração penal, com indicação dos meios a serem empregados.”*

*“Art. 5º. A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.”*

AFINAL, A AUTORIDADE POLICIAL NÃO APONTOU EM SEU PEDIDO (PEÇA Nº 4) UM ÚNICO INDÍCIO RAZOÁVEL DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO DO PACIENTE EM DELITO DE QUALQUER NATUREZA E NEM REPORTOU A

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DA PROVA POR OUTROS MEIOS QUE NÃO O AFASTAMENTO DE SEU SIGILO TELEFÔNICO, NÃO DEMONSTRANDO SEQUER QUE SUA REALIZAÇÃO ERA DE FATO NECESSÁRIA, TANTO QUE NÃO DESCREVEU QUALQUER CONDUTA, POR MÍNIMA QUE FOSSE, QUE TRADUZISSE UMA INFRAÇÃO PENAL POR ESTE PRATICADA OU QUE ESTIVESSE PRATICANDO.

JÁ NA DECISÃO PROFERIDA EM 03/01/2007 PELA AUTORIDADE COATORA (PEÇA Nº 5) NÃO HÁ QUALQUER FUNDAMENTO DEMARCANDO TAIS REQUISITOS, TANTO QUE NEM MESMO O PORQUÊ DO LEVANTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE FOI SINGELAMENTE DECLINADO.

NÃO BASTASSE A AUSÊNCIA DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, O QUE, POR SI SÓ, JÁ IMPLICA NA SUA NULIDADE, TAL DECISÃO (PEÇA Nº 5) AINDA AUTORIZOU A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE PELO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS CONSECUTIVOS, EXCEDENDO, PORTANTO, O LIMITE DE 15 (QUINZE) DIAS EXPRESSAMENTE PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA.

ADEMAIS, NO QUE CONCERNE À NULIDADE PROVENIENTE DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, ESTA NÃO DECORRE SOMENTE DO DISPOSTO NO MENCIONADO ARTIGO 5º DA LEI Nº 9.296/96, COMO TAMBÉM DA GARANTIA ESCULPIDA NO INCISO IX DO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, SEGUNDO A QUAL:

*“IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, **e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade**, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;”*

ENFIM, O QUE HÁ NA DECISÃO PROFERIDA EM 03/01/2007 PELA AUTORIDADE COATORA É SOMENTE UM LACÔNICO “DEFIRO AMBAS SOLICITAÇÕES [A CONTINUIDADE DA INTERCEPTAÇÃO DOS TELEFONES DE QUEM JÁ ERA INVESTIGADO E A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES DE OUTRAS PESSOAS, ENTRE AS QUAIS O PACIENTE], PRORROGANDO O PRAZO DA DILIGÊNCIA POR TRINTA DIAS.”

É CERTO QUE O DIREITO AO SIGILO NÃO É ABSOLUTO. A

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO FEDERAL RESSALVA A POSSIBILIDADE DE SER AFASTADO POR ORDEM JUDICIAL PARA FINS DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL OU INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL, ATÉ PORQUE O DIREITO DE SIGILO NÃO SERVE PARA ACOBERTAR PRÁTICAS DELITUOSAS QUE DEVEM SER APURADAS PELA AUTORIDADE COMPETENTE.

CONTUDO, TAL SITUAÇÃO, CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE DEVEM SER PREVIAMENTE DEMONSTRADAS. ISTO PORQUE A REGRA É A MANUTENÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CIDADÃO - DENTRE AS QUAIS O DIREITO DE SIGILO - E O AFASTAMENTO DE TAIS GARANTIAS CONSTITUI UMA EXCEÇÃO, COMO ENSINA O JURISTA LÊNIO LUIZ STRECK:

*“Coerentemente na linha de preservação dos direitos fundamentais, o art. 5º da Lei 9.296 deve ser lido em consonância com o art. 4º, vez que, se o juiz precisa fundamentar a sua decisão, deverá, à evidência, moldá-lo à contenção legislativa contida no que se entenda por 'necessidade da interpretação para à apuração da infração', que, repito, deve ser entendida na dicção de indispensável.*

*Consoante o caput do art. 4º, o pedido de interceptação tem dois requisitos: a demonstração da necessidade (indispensabilidade) de sua realização e a indicação dos meios que serão empregados. Quanto ao primeiro, como já dito, a necessidade deve ser entendida na dicção de indispensável, justamente porque se trata de uma invasão na esfera dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. O deferimento da 'invasão deve ser, sempre, por exceção. Dito de outro modo, o Juiz deverá fazer uma avaliação da necessidade da realização da escuta telefônica, sendo que, para tanto, deverá ter em mente que a interpretação - portanto a quebra da privacidade - é a única forma possível e razoável para proteger outros valores fundamentais da coletividade e da defesa da ordem jurídica. Em outras palavras, para o deferimento da interceptação, deve estar presente o periculum in mora social/constitucional.*

*[...]*

*Não há dúvida de que a (necessidade da) fundamentação, além de estar prevista na Constituição na parte relativa ao Poder Judiciário, é, também, um direito fundamental do cidadão. É a garantia que o cidadão tem de que não sofrerá restrição de direitos sem a devida justificação/fundamentação. Disso decorre que o Juiz, na apreciação do pedido de interceptação de comunicação telefônica, deverá, de forma (bem) fundamentada, considerar o princípio da proporcionalidade, e, mais precisamente, realizar o sopesamento entre o interesse público, por um lado, e a esfera da intimidade*

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*protegida pelos direitos fundamentais do outro. Ao Juiz é que caberá dizer, pois, no caso concreto, o que é razoável, confrontando o direito à intimidade - garantido pela Constituição - com o interesse público.”* (in ‘As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência - A Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais; Editora Livraria do Advogado, 1997, Porto Alegre, pp. 67/68).

AFINAL, A EXIGÊNCIA DE DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO É UMA “GARANTIA CONSTITUCIONAL QUE SE LÊ NA SEGUNDA PARTE DO INCISO LXI DO ART. 5º E NA PARTE INICIAL DO INCISO IX DO ART. 93 DA CONSTITUIÇÃO E SEM A QUAL NÃO SE VIABILIZA A AMPLA DEFESA NEM SE AFERE O DEVER DO JUIZ DE SE MANTER EQUIDISTANTE DAS PARTES PROCESSUAIS EM LITÍGIO”, E É, “NOUTRO FALAR: GARANTIA PROCESSUAL QUE JUNGE O MAGISTRADO A COORDENADAS OBJETIVAS DE IMPARCIALIDADE E PROPICIA ÀS PARTES CONHECER OS MOTIVOS QUE LEVARAM AO JULGADOR A DECIDIR NESTE OU NAQUELE SENTIDO” (STF, 1ª TURMA, HC Nº 98.006/SP, REL. MIN. CARLOS BRITTO, J. 24/11/2009, DJE 05/02/2010, VU).

A FUNDAMENTAÇÃO “NÃO SE SATISFAZ COM A EXISTÊNCIA NA SENTENÇA DE FRASES OU PALAVRAS QUAISQUER, A PRETEXTO DE CUMPRI-LA: A FUNDAMENTAÇÃO HÁ DE EXPLICITAR A SUA BASE EMPÍRICA E ESSA, DE SUA VEZ, HÁ DE GUARDAR RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA, LEGALMENTE ADEQUADA, COM A EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO PENAL, QUE VISOU JUSTIFICAR” (STF, 1ª TURMA, HC Nº 75.258/SP, REL. MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, J. 14/10/19979, DJ 21/11/1997, VU).

POR ISSO, O AFASTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO OU DE DADOS DEVE SER DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO NO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL QUE O DEFERE, COMO, ALIÁS, ASSINALADO NESTAS ELUCIDATIVAS EMENTAS:

***“PRIVACIDADE - SIGILO DE DADOS - REGRA E EXCEÇÃO. A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. DECISÃO JUDICIAL - FUNDAMENTAÇÃO - SIGILO DE DADOS - AFASTAMENTO. O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa -,***



# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão.*” (STF, 1ª Turma, HC nº 86.094/PE, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/09/2005, DJ 11/11/2005, vu)

*“Habeas Corpus. 2. Quebra de sigilo bancário e telefônico. Alegação de que as decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau não foram devidamente motivadas, por terem apresentado mera menção às razões expostas pelo Parquet. 3. Ausência de decisão com fundamentos idôneos para fazer ceder a uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional. 4. Prova ilícita, sem eficácia jurídica. Desentranhamento dos autos. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nesta parte, deferido.”* (STF, 2ª Turma, HC nº 96.056/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 28/06/2011, DJe 08/05/2012, vu)

OPORTUNA A TRANSCRIÇÃO DO TRECHO NUCLEAR DO VOTO  
PROFERIDO NESTE ÚLTIMO JULGADO:

*“Certo é que a inviolabilidade do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (CF, art. 5º, XII) visa, em última análise, resguardar o também direito constitucional à intimidade, previsto no art. 5º, X. Dessarte, a regra é a privacidade desses dados e comunicações, somente se justificando a sua mitigação, quando razões de interesse público, devidamente fundamentadas por ordem judicial, demonstrarem a conveniência de sua quebra, para fins de promover investigação criminal ou instrução processual penal.*

*Verifica-se, assim, que a garantia constitucional de inviolabilidade dos dados e das comunicações, visando a preservar o direito à intimidade (CF, art. 5º, XII), conflita com a possibilidade de sua devassa nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal, desde que por ordem judicial fundamentada.*

*Diante desse choque de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da medida que determina a quebra do sigilo das correspondências, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade.*

*O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos.*

*A máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como defendido por ele e por Martim Bowrosky. Nesse sentido, o princípio ou a máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.*

*A despeito dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes, nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.*

*Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - "A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In: *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72 -, há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, estabelecesse uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).*

*Registre-se, por oportuno, que o princípio da*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos Poderes públicos, de modo que vincula o Legislador, a Administração e o Judiciário, tal como lembra Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264).*

*Posta essa moldura teórica, enfatizo que não desconheço jurisprudência desta Corte no sentido de se permitir que decisões judiciais, como razões de decidir, tomem por base os fundamentos exarados pelo Ministério Público em seu parecer, não se caracterizando essa forma de agir ausência de motivação (cf.: HC n. 91.883/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 22.8.2008; HC n. 94.164/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 22.8.2008; HC n. 93.748/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 25.4.2008).*

*Por outro lado, o tema da necessária motivação das decisões é constitucionalmente relevante, porque a garantia da proteção judicial efetiva impõe que tais decisões possam ser submetidas a um necessário processo de controle, a fim de evitar arbitrariedades, abusos, contradições por parte dos órgãos jurisdicionais. Nesses termos, motivar significa fornecer as razões, os fundamentos que legitimam dada decisão em um sentido ou em outro, expondo suas justificações e motivos fático-jurídicos determinantes.*

*Nesse diapasão, tenho que uma excepcional situação de restrição de um direito ou garantia constitucional só deve ocorrer em situações pontuais, em que restem evidenciadas de forma flagrante a sua real necessidade. No caso dos autos, a envolver o sigilo dos dados bancários, fiscais e das comunicações telefônicas, a regra é a inviolabilidade, a exceção, a sua violação, a qual somente se justifica quando devidamente fundamentada por autoridade judicial competente, consoante o disposto no art. 93, IX, da CF.*

*Daí porque imperioso concluir que a mera alusão ao “requerimento” do Parquet e/ou da autoridade policial não se mostra suficiente para legitimar a quebra dos sigilos telefônico e bancário dos pacientes. A referência - argumento de autoridade - não passa pelo crivo da proporcionalidade, na medida em que não apresenta motivação idônea para fazer ceder a essa situação excepcional de ruptura da esfera da intimidade de quem se encontra sob investigação.*

*Na espécie, em momento algum, o magistrado de primeiro grau aponta fatos concretos que justifiquem a real necessidade da quebra desses sigilos. Nesse sentido, colho excerto da ementa do MS n. 23.452/RJ, de relatoria do Min. Celso de Mello, na qual idêntica premissa foi assentada relativamente às comissões parlamentares de inquérito:*

*“O sigilo bancário, o sigilo fiscal e o sigilo telefônico*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*(sigilo este que incide sobre os dados/registros telefônicos e que não se identifica com a inviolabilidade das comunicações telefônicas) - ainda que representem projeções específicas do direito à intimidade, fundado no art. 5º, X, da Carta Política - não se revelam oponíveis, em nosso sistema jurídico, às Comissões Parlamentares de Inquérito, eis que o ato que lhes decreta a quebra traduz natural derivação dos poderes de investigação que foram conferidos, pela própria Constituição da República, aos órgãos de investigação parlamentar. As Comissões Parlamentares de Inquérito, no entanto, para decretarem, legitimamente, por autoridade própria, a quebra do sigilo bancário, do sigilo fiscal e/ou do sigilo telefônico, relativamente a pessoas por elas investigadas, devem demonstrar, a partir de meros indícios, a existência concreta de causa provável que legitime a medida excepcional (ruptura da esfera de intimidade de quem se acha sob investigação), justificando a necessidade de sua efetivação no procedimento de ampla investigação dos fatos determinados que deram causa à instauração do inquérito parlamentar, sem prejuízo de ulterior controle jurisdicional dos atos em referência (CF, art. 5º, XXXV). - As deliberações de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, à semelhança do que também ocorre com as decisões judiciais (RTJ 140/514), quando destituídas de motivação, mostram-se írritas e despojadas de eficácia jurídica, pois nenhuma medida restritiva de direitos pode ser adotada pelo Poder Público, sem que o ato que a decreta seja adequadamente fundamentado pela autoridade estatal. - O caráter privilegiado das relações Advogado-cliente: a questão do sigilo profissional do Advogado, enquanto depositário de informações confidenciais resultantes de suas relações com o cliente” - (MS n. 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.5.2000).*

*Por sua vez, a Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, veda expressamente o uso da prova obtida ilicitamente nos processos judiciais, no intuito precípua de tutelar os direitos fundamentais daqueles indivíduos atingidos pela persecução penal.*

*No ponto, cumpre destacar que essa garantia constitucional quanto à impossibilidade de utilização, nos processos, de prova ilícita, advém exatamente da necessidade de se resguardar as demais liberdades públicas também previstas no texto constitucional, como o direito à intimidade e à privacidade (CF, art. 5º, X), o direito à inviolabilidade de domicílio (CF, art. 5º, XI), o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*comunicações telefônicas (CF, art. 5º, XII), o direito ao sigilo profissional (CF, art. 5º, XIII e XIV), entre outros.”*

E DIFERENTE NÃO É O QUE SE TEM NA DOUTRINA:

*“A motivação das decisões judiciais é uma garantia expressamente prevista no art. 93, IX, da Constituição e é fundamental para a avaliação do raciocínio desenvolvido na valoração da prova. Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios.” (LOPES Jr, Aury. Direito Processual Penal. 16ª Edição, Editora Saraiva, p. 107; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. Florianópolis: EMais, 2019.)*

E REUNINDO JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA TEM-SE O TRECHO IMPECÁVEL DA DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NO HC Nº 129.646/SP PELO DECANO DESTA SUPREMA CORTE EM 07/11/2018, PUBLICADA EM 12/11/2018 E REPUBLICADA EM 13/11/2018, QUE INVALIDOU AS AUTORIZAÇÕES DE QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DECRETADAS DO FEITO DE ORIGEM DAQUELE WRIT E EM TUDO SE APROVEITA NA PRETENSÃO ORA EXTERNADA EM PROL DO PACIENTE, VERBIS:

*“3. O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, notadamente quando implicarem restrição à esfera jurídica das pessoas, como a decretação ou a prorrogação de interceptação telefônica, sob pena de nulidade*

*Há, no entanto, outro fundamento subjacente à presente impetração, que se reveste, segundo penso, de inquestionável relevo jurídico-constitucional, pois estes autos revelam o desatendimento, pelo magistrado, da obrigação imposta pelo art. 93, IX, da Constituição, consubstanciada no dever de fundamentar, sob pena de nulidade, as decisões proferidas e que, no caso, decretaram,*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*inicialmente, e, após, prorrogaram as interceptações telefônicas requeridas pelo Ministério Público:*

*“A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS*

*- A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica do ato decisório e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial. Precedentes.”*

*(HC 74.073/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

*Observo que, no âmbito das cautelares nº 606/08 e nº 292/10, o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP decretou e prorrogou interceptações telefônicas, fazendo-o com apoio em decisões inegavelmente estereotipadas, com suporte em texto claramente padronizado, como se referidas decisões - impregnadas de gravíssimas conseqüências - constituíssem meros formulários destinados a terem seus espaços em branco preenchidos pela autoridade judiciária conforme a natureza do delito.*

*Não obstante inadmissível esse tipo de decisão, o magistrado local, ainda assim, incidiu em erro, fazendo equivocada referência ao crime de “tráfico de entorpecentes”, muito embora os delitos motivadores da “persecutio criminis” se referissem, no caso, à suposta prática de ilícitos tipificados no art. 90 da Lei nº 8.666/93 e nos arts. 288 e 299, ambos do Código Penal.*

*Vale acentuar que esses aspectos foram muito bem destacados nos votos vencidos que proferiram os eminentes Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do pedido de “habeas corpus” de que resultou o acórdão ora impugnado nesta sede processual.*

*Enfatizou-se, então, em referidos pronunciamentos, que as sucessivas decisões de prorrogação das interceptações telefônicas “são ilegais, tendo em vista a falta de fundamentação” (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), considerada a circunstância de que mencionados atos decisórios, de conteúdo estereotipado, revelam-se*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*incapazes - consoante advertiu o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ - “de singularizar o caso examinado”, o que torna tais decisões “inválidas, porquanto servem para todos os casos e, assim, não servem para [caso] nenhum”.*

*Não se desconhece que esta Suprema Corte tem admitido a possibilidade de o procedimento probatório da interceptação de conversações telefônicas sofrer sucessivas prorrogações, desde que demonstrada, no entanto, em cada renovação, mediante fundamentação juridicamente idônea, a indispensabilidade de tal diligência (HC 83.515/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM - HC 125.792-AgR/RO, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI - RHC 88.371/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), o que não ocorreu no caso ora em exame, considerada a absoluta ausência de motivação apta a legitimar as sucessivas decisões de prorrogação dos atos de interceptação telefônica, pois, como precedentemente enfatizado, referidas decisões - vazadas em termos estereotipados e genéricos - sequer individualizaram o caso submetido à apreciação judicial:*

*“4. É cediço na Corte que as interceptações telefônicas podem ser prorrogadas por mais de uma vez, desde que comprovada sua necessidade mediante decisão motivada do Juízo competente, como ocorrido no caso ‘sub judice’. Precedentes: RHC 85575/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 16/3/2007; RHC 88371/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ de 2/2/2007; HC 83515, rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ de 4/3/2005; Inq 2424, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ de 26/3/2010.”*

*(HC 104.934/MT, Red. p/ o acórdão Rel. Min. LUIZ FUX - grifei)*

*“1. Nos termos do art. 5º, XII, da Constituição Federal, a interceptação telefônica dependerá de ordem judicial (cláusula de reserva jurisdicional), que, de acordo com o art. 1º da Lei nº 9.296/1996, deverá ser expedida pelo juiz competente, em decisão devidamente fundamentada que demonstre sua conveniência e indispensabilidade. Precedentes.”*

*(HC 154.265-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES - grifei)*

*Cabe assinalar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - tratando-se de medidas restritivas da esfera*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*jurídica de pessoas sob investigação penal do Estado (interceptação telefônica, quebra de sigilo, busca e apreensão, v.g.) ou cuidando-se de decretação de prisão cautelar - mostra-se severa, pois exige que a decisão judicial que ordena qualquer dessas providências, sempre excepcionais, apoie-se em fundamentação substancial, sob pena de nulidade do próprio ato decisório (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 116.491/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - HC 121.250/SE, Rel. Min. LUIZ FUX - HC 130.723/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.).*

*Nesse contexto, vale relembrar que esta Corte Suprema, em inúmeros precedentes (HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO - HC 129.554/SP, Rel. Min. ROSA WEBER - HC 134.939/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RHC 95.311/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.), não tem admitido decisões que, impregnadas de motivação genérica ou abstrata (destituídas, portanto, de suporte fundado em elementos concretos), traduzam “fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida” (HC 130.038/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI):*

*“‘Habeas corpus’. 2. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). 3. Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 4. Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. (...). 6. Ordem concedida (...).”  
(HC 128.880/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)*

COMO SE VÊ, A FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA É REQUISITO INDISPENSÁVEL NA DECISÃO QUE DETERMINA, OU PRORROGA, A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO, CUJA AUSÊNCIA LHE SUBTRAI A EFICÁCIA JURÍDICA, TORNANDO ILÍCITAS AS INTERCEPTAÇÕES E AS INFORMAÇÕES OU ELEMENTOS DE PROVA DELAS DERIVADOS E ENSEJANDO SEU DESENTRANHAMENTO DO PROCESSO, SEM PREJUÍZO DA ANULAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS E DAS DECISÕES QUE NELAS ESTÃO FUNDAMENTADAS.

E NEM SE DIGA QUE OCORRE NA ESPÉCIE A FUNDAMENTAÇÃO ‘PER RELATIONEM’, POIS ESTA SE DÁ QUANDO HÁ REMISSÃO OU ALUSÃO À REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU ATÉ MESMO DA AUTORIDADE

---



# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

POLICIAL, QUE, NO ENTANTO, INEXISTEM NA LACÔNICA DECISÃO QUE AUTORIZOU A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO.

A FUNDAMENTAÇÃO ‘*PER RELATIONEM*’ SE CARACTERIZA NA REPRODUÇÃO, REPETIÇÃO, TRANSCRIÇÃO, RATIFICAÇÃO OU, PELO MENOS, INVOCAÇÃO, REPORTAÇÃO OU REFERÊNCIA DE ARGUMENTOS ALHEIOS COMO RAZÃO DE DECIDIR.

PORÉM, NÃO É ISSO QUE EXISTE NA DECISÃO QUE DETERMINOU A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE COM UM MERO ‘DEFIRO’!

NÃO SE IGNORA QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTES SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDOU-SE NO SENTIDO DE QUE A FUNDAMENTAÇÃO ‘*PER RELATIONEM*’ CONSTITUI MOTIVAÇÃO VÁLIDA E NÃO OFENDE O DISPOSTO NO ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, TAL E QUAL FIRMADO NOS SEGUINTE JULGADOS:

*“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - JUÍZO DE CONSTITUCIONALIDADE QUE DEPENDE DE CONFRONTO ENTRE DIPLOMAS LEGISLATIVOS DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO - DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

.....  
*- O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação per relationem, que incorre ausência de fundamentação quando o ato decisório - o acórdão, inclusive - reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que, nestas, se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida. Precedentes. Doutrina.*

*O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos fático-jurídicos expostos no parecer do Ministério Público - e ao invocá-los*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*como expressa razão de decidir -, ajusta-se, com plena fidelidade, à exigência jurídico-constitucional de motivação a que estão sujeitos os atos decisórios emanados do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX).”* (STF, Tribunal Pleno, AgRg na ADI nº 416AgR/ES, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/10/2014, DJe 03/11/2014, vu)

**“HABEAS CORPUS” - EXECUÇÃO PENAL - PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO - ANÁLISE DE REQUISITOS SUBJETIVOS - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E PROVAS - INVIABILIDADE DESSA ANÁLISE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A ação de “habeas corpus” constitui remédio processual inadequado, quando ajuizada com o objetivo (a) de promover a análise da prova penal, (b) de efetuar o reexame do conjunto probatório regularmente produzido, (c) de provocar a reapreciação da matéria de fato e (d) de proceder à revalorização dos elementos instrutórios coligidos no processo penal de conhecimento. Não se revela viável, desse modo, em sede de “habeas corpus”, o pleito de progressão ao regime semiaberto. - O Supremo Tribunal Federal tem salientado, em seu magistério jurisprudencial, a propósito da motivação “per relationem”, que incorre ausência de fundamentação quando o ato decisório - o acórdão, inclusive - reporta-se, expressamente, a manifestações ou a peças processuais outras, mesmo as produzidas pelo Ministério Público, desde que, nestas, se achem expostos os motivos, de fato ou de direito, justificadores da decisão judicial proferida. Precedentes. Doutrina. O acórdão, ao fazer remissão aos fundamentos fático-jurídicos expostos no parecer do Ministério Público - e ao invocá-los como expressa razão de decidir -, ajusta-se, com plena fidelidade, à exigência jurídico-constitucional de motivação a que estão sujeitos os atos decisórios emanados do Poder Judiciário (CF, art. 93, IX).”** (STF, 2ª Turma, HC 121.142 AgR/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 25/03/2014, DJe 15/05/2014, vu)

*“Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Falsidade ideológica e corrupção passiva. Condenação. Perda do cargo público de Delegado da Polícia Federal. 3. Interceptação telefônica e prorrogações lastreadas exclusivamente em denúncia anônima.*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*Inocorrência 4. Suposta violação ao art. 93, inciso IX, da CF. Motivação per relationem nas prorrogações. 5. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a técnica da fundamentação per relationem, na qual o magistrado se utiliza de trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, não configura ofensa ao disposto no art. 93, IX, da CF. 6. Prorrogação prolongada justificada na complexidade da conduta criminosa a ser monitorada. 7. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso ordinário a que se nega provimento.” (STF, 2ª Turma, RHC nº 116.166/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 27/05/2014, DJe 27/06/2014, vu)*

*“HABEAS CORPUS” - FIXAÇÃO DA PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - DECISÃO QUE SE REPORTA AOS FUNDAMENTOS QUE DERAM SUPORTE AO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MOTIVAÇÃO “PER RELATIONEM” - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO - FUNDAMENTAÇÃO VÁLIDA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (STF, 2ª Turma, HC 121.036 AgR/ES, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/04/2014, DJe 15/05/2014, vu)*

*“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. SUBSIDIARIEDADE. ALEGADA DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA E PER RELATIONEM. NÃO AUTUAÇÃO IMEDIATA EM AUTOS APARTADOS. NULIDADES. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há nulidade em decisão que, embora sucinta, apresenta fundamentos essenciais para a decretação de interceptação telefônica, ressaltando, inclusive, que ‘o modus operandi dos envolvidos’ ‘difícilmente’ poderia ‘ser esclarecido por outros meios’ (HC 94.028, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe-099 29.5.2009). 2. O uso da fundamentação per relationem não se confunde com ausência ou deficiência de fundamentação da decisão judicial, sendo admitida pela jurisprudência majoritária desta Suprema Corte (RHC 130.542-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe 25.10.2016; HC 130.860-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, 1ª Turma, DJe 26.10.2017). 3. A alegação e a demonstração de prejuízo são condições necessárias ao reconhecimento de nulidades, sejam elas absolutas ou relativas, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção (HC 107.769/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 28.11.2011). Princípio pas de nullité sans grief. 4. Agravo*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*regimental conhecido e não provido.*” (STF, 1ª Turma, HC nº 127.050 AgR/SP, Rel(a). Min(a). Rosa Weber, j. 28/09/2018, DJe 05/10/2018, maioria)

DIVERSO NÃO É O ENTENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

***“HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO SPECTRUM - EFEITO DOMINÓ. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. ACRÉSCIMO DE MOTIVOS PRÓPRIOS. PRISÃO PREVENTIVA. ART. 312 DO CPP. PERICULUM LIBERTATIS. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO POR CAUTELARES DIVERSAS. INSUFICIÊNCIA E INADEQUAÇÃO. ORDEM DENEGADA.***

***1. É válida a utilização da técnica da fundamentação per relationem, em que o magistrado emprega trechos de decisão anterior ou de parecer ministerial como razão de decidir, desde que a matéria haja sido abordada pelo órgão julgador, com a menção a argumentos próprios. Na espécie, a instância antecedente, além de fazer remissão a razões elencadas pelo Juízo natural da causa e pelo Ministério Público Federal, indicou os motivos autônomos pelos quais considerava necessária a manutenção da prisão preventiva do réu e a insuficiência de sua substituição por medidas cautelares diversas.***

.....  
***11. Ordem denegada.***” (STJ, 6ª Turma, HC nº 465.889/PR, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 26/02/2019, DJe 11/3/2019, maioria)

***“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. JÚRI. HOMICÍDIO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. LEGALIDADE. MOTIVAÇÃO PER RELATIONEM. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. PROCEDIMENTO DIFERENTE DE INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS PREVISTO NA LEI N.º 9.296/96. ATRIBUIÇÃO DE INVESTIGAÇÃO À AUTORIDADE POLICIAL. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. INEXISTENTE. ERRO MATERIAL EM TRANSCRIÇÃO. POSSIBILIDADE DE AMPLA DEFESA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.***

.....  
***2. "A utilização da técnica de motivação per relationem, quando o ato decisório se reporte a outra decisão ou manifestação dos autos e as adote como razão de decidir, não vulnera o disposto no artigo 93,***

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*IX, da Constituição Federal" (HC 414.455/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 20/06/2018).*

.....  
*8. Recurso especial não provido." (STJ, 5ª Turma, REsp nº 1.851.312/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 17/12/2019, DJe 19/12/2019, vu)*

COMO SE VÊ, ASSENTE NA JURISPRUDÊNCIA QUANTO A FUNDAMENTAÇÃO ‘*PER RELATIONEM*’ A EXIGÊNCIA DE QUE O MAGISTRADO, AO REPORTAR-SE A ARGUMENTOS ALHEIOS, OS REPRODUZA E OS RATIFIQUE, PREFERENCIALMENTE COM ACRÉSCIMOS DE SEUS PRÓPRIOS MOTIVOS, OU, AO MENOS, QUE LHE FAÇA EXPRESSA REMIÇÃO OU ALUSÃO, AINDA QUE SUCINTA.

NO PRESENTE CASO, A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE AUTORIZOU A INTERCEPTAÇÃO [E NÃO A PRORROGAÇÃO] DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DO PACIENTE É INEXISTENTE, IMOTIVADA E, PORTANTO, NULA, JÁ QUE NÃO SE REPORTOU A PARECER MINISTERIAL, ATÉ PORQUE INEXISTENTE, E NEM À DECISÃO ANTERIOR OU À SOLICITAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL, A QUAL SEQUER CONTINHA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DA DILIGÊNCIA PARA A APURAÇÃO ENTÃO DESENVOLVIDA OU A IMPUTAÇÃO AO PACIENTE DE QUALQUER INFRAÇÃO PENAL.

ASSIM, INEQUÍVOCO TAMBÉM QUE O DEFERIMENTO DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE (PEÇA Nº 5) NÃO ATENDEU AOS PRESSUPOSTOS LEGAIS PREVISTOS NA LEI Nº 9.296/1996, PORQUANTO NÃO FORAM APONTADOS CONCRETAMENTE, NA REFERIDA SOLICITAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL (PEÇA Nº 4), UM ÚNICO INDÍCIO RAZOÁVEL DE AUTORIA OU DE PARTICIPAÇÃO EM QUALQUER DELITO.

EM OUTRAS PALAVRAS, CONSTATA-SE, EM RELAÇÃO AO PACIENTE, QUE NÃO FORAM EXPOSTOS OS MOTIVOS, DE FATO E DE DIREITO, JUSTIFICADORES DA QUEBRA DE SEU SIGILO TELEFÔNICO, DE MODO QUE IMPOSSÍVEL NÃO CONCLUIR PELA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS A LEGITIMAR A PROVA OBTIDA A PARTIR DA REFERIDA DECISÃO JUDICIAL.

ISSO PORQUE ESTÁ PATENTE NA ESPÉCIE QUE NEM A DECISÃO AUTORIZADORA DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES, NEM A SOLICITAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA PELA AUTORIDADE POLICIAL, DESCREVEM, COM

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

CLAREZA, A SITUAÇÃO OBJETO DA INVESTIGAÇÃO E NEM APONTAM CONCRETAMENTE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DE AUTORIA QUE INDICASSEM O PACIENTE COMO AUTOR OU PARTÍCIPE DOS DELITOS SOB INVESTIGAÇÃO.

O FATO DE A AUTORIDADE JUDICIAL APONTADA COMO COATORA NÃO TER FEITO, NA DECISÃO QUE AUTORIZOU A QUEBRA DO SIGILO [E NÃO A PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO] DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DO PACIENTE, A ANÁLISE DOS indícios razoáveis de sua autoria ou participação em infração penal, DOS DIÁLOGOS ATÉ ENTÃO INTERCEPTADOS DE OUTROS INVESTIGADOS E NEM MENCIONADO UMA ÚNICA SITUAÇÃO DE FATO, REVELA, POR SI SÓ, A VIOLAÇÃO DO CARÁTER EXCEPCIONALÍSSIMO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA ESTABELECIDO PELO ARTIGO 2º, INCISO II, DA LEI Nº 9.296/96.

ADA PELLEGRINI GRINOVER TRATA COM PRECISÃO O CRITÉRIO DA ESTRITA NECESSIDADE:

*“Por sua vez, o disposto no inc. II do mesmo dispositivo exige, para a autorização, a circunstância de não poder a prova ser feita por outros meios disponíveis, firmando o critério da estrita necessidade, reforçado pelo disposto no art. 4º da lei, que demanda a demonstração, no pedido de interceptação, da necessidade da medida para a apuração da infração penal. A excepcionalidade e a estrita necessidade da operação técnica enquadram-se na exigência do periculum in mora, comum a todas as medidas cautelares, indicando, nesse ponto, a tomada de consciência do legislador quanto ao fato de as interceptações telefônicas representarem, sim, um instrumento às vezes insubstituível no combate aos crimes mais graves, mas também uma insidiosa ingerência na intimidade não só do suspeito ou acusado, mas até de terceiros, pelo que, só devem elas ser utilizadas como ultima ratio” (in ‘O regime brasileiro das interceptações telefônicas’, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 5, nº 17, janeiro-março/1997, Revista dos Tribunais, p.118).*

JÁ O PROFESSOR ANTÔNIO MAGALHÃES GOMES FILHO, AO DISCORRER SOBRE O TEMA, ASSEVERA QUE:

*“...no terreno das interceptações (...): trata-se de saber se a quebra do sigilo das comunicações telefônicas (que diz respeito inclusive a pessoas não envolvidas com práticas delituosas) é o único meio de obtenção da prova, diante da forma de execução do crime, da*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*urgência na sua apuração, ou então da excepcional gravidade da conduta investigada, a ponto de justificar-se a intromissão. O direito à prova, como corolário dos próprios direito de ação e de defesa, possui estatura constitucional, mas nem por isso pode sobrepor-se sistematicamente aos demais valores tutelados pela ordem jurídica. Especialmente no campo penal, é inconcebível que o Estado banalize os direitos fundamentais para obter provas” (in ‘A violação do princípio da proporcionalidade pela Lei 9296/96’, Boletim IBCCrim nº 45, agosto/1996).*

E ESSE É PRECISAMENTE O CASO DOS AUTOS, JÁ QUE A DECISÃO QUE DECRETOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PACIENTE NÃO FOI CAPAZ DE DEMONSTRAR QUE TAL MEDIDA ERA O ÚNICO MEIO DE OBTENÇÃO DA PROVA.

ALIÁS, EM VERDADE, NEM O PEDIDO DA AUTORIDADE POLICIAL PARA AFASTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE, NEM A DECISÃO QUE DEFERIU TAL MEDIDA, SEQUER LHE ATRIBUÍRAM A AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO EM ALGUMA INFRAÇÃO PENAL QUE TIVESSE PRATICADO OU PRATICANDO, DE FORMA QUE NÃO HAVIA A MÍNIMA CONDIÇÃO DE DEMONSTRAR SUA IMPRESCINDIBILIDADE.

PORTANTO, COMO O JUIZ NÃO PODE SE LIMITAR A HOMOLOGAR O QUE LHE É REQUERIDO, TAL E QUAL ACABOU OCORRENDO NA ESPÉCIE COM O LACÔNICO “DEFIRO AMBAS SOLICITAÇÕES, PRORROGANDO O PRAZO DA DILIGÊNCIA POR TRINTA DIAS”, TEM-SE CARACTERIZADA A NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, ASSIM COMO DAS DEMAIS PROVAS E ATOS PROCESSUAIS DELA DECORRENTES, DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA DECISÃO QUE DETERMINOU A QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DO PACIENTE.

QUANTO AO LEVANTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE POR 30 DIAS CONSECUTIVOS, TEM-SE UMA AFRONTRA DIRETA AO LIMITE FIXADO NO ARTIGO 5º DA LEI Nº 9.296/96, SEGUNDO O QUAL A MEDIDA EXCEPCIONAL DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NÃO PODE EXCEDER O PRAZO DE 15 DIAS, TANTO QUE POSSÍVEL A SUA PRORROGAÇÃO POR IGUAL PERÍODO.

PORTANTO, E INDEPENDENTEMENTE DA AUSÊNCIA DA IMPRESCINDÍVEL FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE AUTORIZA A INTERCEPTAÇÃO

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

DE COMUNICAÇÃO TELEFÔNICA, SUA ILEGALIDADE TAMBÉM É MANIFESTA NO CASO EM RAZÃO DA INOBSERVÂNCIA DESTE PRAZO DE 15 DIAS, CUJA RENOVAÇÃO POR IGUAL PERÍODO SOMENTE SE DÁ APÓS A COMPROVAÇÃO DA INDISPENSABILIDADE DA MANUTENÇÃO DA DILIGÊNCIA COMO MEIO DE PROVA.

TAL É O QUE SE COMPREENDE EM INÚMEROS JULGADOS DESTA SUPREMA CORTE, DENTRE OS QUAIS:

*“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ - SUSTENTAÇÃO ORAL EM SEDE DE AGRAVO INTERNO - INDEFERIMENTO DO PLEITO - EXPRESSA VEDAÇÃO REGIMENTAL (RISTF, ART. 131, § 2º) - PRECEDENTES DA COLETA SEGUNDA TURMA DESTA CORTE NO SENTIDO DA ADMISSIBILIDADE DESSE PEDIDO, EMBORA EM CARÁTER EXCEPCIONAL - INSUFICIÊNCIA, PORÉM, DAS RAZÕES APONTADAS PELA PARTE ORA AGRAVANTE, EIS QUE A DECISÃO RECORRIDA REFLETE, COM INTEGRAL FIDELIDADE, A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O MÉRITO DA CONTROVÉRSIA, CIRCUNSTÂNCIA ESTA QUE, ADEMAIS, POSSIBILITOU AO RELATOR DA CAUSA ATUAR, MONOCRATICAMENTE, NO JULGAMENTO DA MATÉRIA VERSADA NO RECURSO ORDINÁRIO - COMPETÊNCIA ESSA DELEGADA PELO ORDENAMENTO POSITIVO BRASILEIRO (RISTF, ART. 192, “CAPUT”, NA REDAÇÃO DADA PELA ER Nº 30/2009, APLICÁVEL À HIPÓTESE DESTES AUTOS POR EFEITO DO ART. 312 DO RISTF) - SUPOSTA INÉPCIA DA DENÚNCIA - REITERAÇÃO DE PEDIDO - INVOCAÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DE DIREITO E/OU DE FATO APRESENTADOS EM ANTERIOR RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” DEDUZIDO PERANTE ESTA SUPREMA CORTE - PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS NA “OPERAÇÃO SAÚVA” - A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (‘AN INDEPENDENT SOURCE’) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS “SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)”, v.g. - SITUAÇÃO DE ILIQUIDEZ, AINDA,*



# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*QUANTO AOS FATOS QUE CARACTERIZARIAM, EVENTUALMENTE, A ALEGADA NULIDADE - CONTROVÉRSIA QUE IMPLICA EXAME APROFUNDADO DE FATOS E CONFRONTO ANALÍTICO DE MATÉRIA ESSENCIALMENTE PROBATÓRIA - INVIABILIDADE NA VIA SUMARÍSSIMA DO “HABEAS CORPUS” - PRECEDENTES - FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DECISÓRIO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO COM MOTIVAÇÃO IDÔNEA QUE ENCONTRA APOIO EM FATOS CONCRETOS E QUE OBSERVOU OS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS. 2º, EM SEUS INCISOS I, II E III, E 5º DA LEI Nº 9.296/96 - SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - POSSIBILIDADE - PERÍODO NÃO SUPERIOR A 15 (QUINZE) DIAS EM CADA RENOVAÇÃO - PRECEDENTES - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO - INEXISTÊNCIA - APLICABILIDADE, AO CASO, DA TEORIA DO JUÍZO APARENTE, EIS QUE, AO AUTORIZAR AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, O JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA NÃO TINHA CONHECIMENTO DE QUE SE ACHAVAM ENVOLVIDAS AUTORIDADES MILITARES EM CIRCUNSTÂNCIAS APTAS A ATRAIR A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE - PRECEDENTES - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DESTA ESPÉCIE RECURSAL - RECURSO IMPROVIDO.” (STF, 2ª Turma, RHC 153.869 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04/05/2020, DJe 14/05/2020, vu)*

*“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. WRIT SUBSTITUTO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ADMISSIBILIDADE. DELATIO CRIMINIS: DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. POSSIBILIDADE. LICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DETERMINADA PELO JUÍZO NATURAL DA CAUSA. FACTÍVEL A RAZOÁVEL PRORROGAÇÃO DA MEDIDA. O INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA PELO MAGISTRADO NÃO CONFIGURA CERCEAMENTO DE DEFESA. DILAÇÃO PROBATÓRIA EM HABEAS CORPUS: INADMISSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - Embora o presente habeas corpus tenha sido impetrado em substituição a recurso extraordinário, esta Segunda Turma não opõe óbice ao seu conhecimento. II - A jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a denúncia anônima não tem o condão de invalidar o inquérito policial, quando as investigações se utilizam de outras diligências colhidas*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*para averiguar a delatio criminis, como se dá na espécie, ou quando na ação penal, a condenação fundamenta-se em conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. III - A necessidade de interceptação telefônica, na espécie, foi devidamente demonstrada pelo juízo natural da causa, bem como a existência de indícios suficientes de autoria de crimes punidos com reclusão, tudo em conformidade com o disposto no art. 2º da Lei 9.296/1996. IV - **Demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e que o contexto fático delineado pela parte requerente indica a sua necessidade como único meio de prova para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta Suprema Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 (quinze) dias entre cada uma delas.** V - O indeferimento da diligência pelo magistrado de primeiro grau não configura cerceamento de defesa, uma vez que o próprio Código de Processo Penal prevê a possibilidade de o juiz indeferir as provas consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias, sem que isso implique em nulidade da respectiva ação criminal (art. 400, § 1º). VI - Inadmissibilidade de dilação probatória em habeas corpus. VII - Ordem denegada.” (STF, 2ª Turma, HC 133.148/ES, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21/02/2017, DJe 15/12/2017, vu)*

**“RECURSO ORDINÁRIO EM ‘HABEAS CORPUS’ - ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DECISÓRIO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO QUE SE VALEU DA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO ‘PER RELATIONEM’ - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - POSSIBILIDADE - PERÍODO NÃO SUPERIOR A 15 (QUINZE) DIAS EM CADA RENOVAÇÃO - PRECEDENTES - PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.”** (STF, 2ª Turma, RHC 117.825 AgR/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 08/03/2016, DJe 25/04/2016, vu)

**“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO INSTRUTOR INDEFERIR AS DILIGÊNCIAS CONSIDERADAS IRRELEVANTES, IMPERTINENTES OU PROTELATÓRIAS. IDENTIFICAÇÃO DOS ENVOLVIDOS POR MEIO DOS DIÁLOGOS INTERCEPTADOS. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS. DESNECESSIDADE. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS.**

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

LEGITIMIDADE. 1. É legítimo o indeferimento de diligências requeridas pelas partes, quando consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Inteligência do art. 400, § 1º, do CPP. Precedentes. 2. À luz dos precedentes do STF, o art. 6º, § 1º, da Lei 9.296/1996 deve ser interpretado no sentido de que a transcrição integral é somente de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer os fatos da causa penal (cf. Inq 2424, Pleno, DJe de 26-03-2010). 3. A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve observar rigorosamente o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei 9.296/1996. **Demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 dias entre cada uma delas.** 4. Ordem denegada.” (STF, 2ª Turma, HC 116.989/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/03/2015, DJe 08/05/2015, vu)

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO POLICIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. LICITUDE DAS PROVAS AUTORIZADAS POR JUÍZO APARENTEMENTE COMPETENTE. ESCUTAS TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. 1. O caráter transnacional do delito de tráfico de drogas, assim considerado quando demonstrado o intuito de transferência da substância envolvendo mais de um país, ficou comprovado por intermédio de provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, qualquer conclusão desta Corte em sentido contrário demandaria o revolvimento de fatos e provas, o que é inviável em sede de habeas corpus. 2. O STF já decidiu que não há nulidade em medida cautelar autorizada por Juiz Estadual, que posteriormente declina a competência para Justiça Federal, quando evidenciado que na primeira fase das investigações não havia elementos de informação plausíveis no sentido de afirmar a transnacionalidade do tráfico de drogas, que somente ficou demonstrado com o avanço das diligências. 3. A interceptação telefônica é instrumento excepcional e subsidiário à persecução penal, cuja decisão autorizadora deve observar rigorosamente o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal e na Lei 9.296/1996. **Demonstrado que as razões iniciais legitimadoras**

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

**da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso, a jurisprudência desta Corte tem admitido a razoável prorrogação da medida, desde que respeitado o prazo de 15 dias entre cada uma delas. 4. Recurso ordinário desprovido.” (STF, 2ª Turma, RHC 113.721/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 03/03/2015, DJe 08/05/2015, vu)**

**“‘HABEAS CORPUS’ - ALEGADA FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ATO DECISÓRIO QUE DETERMINOU A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - INOCORRÊNCIA - DECISÃO QUE SE VALEU DA TÉCNICA DE MOTIVAÇÃO ‘PER RELATIONEM’ - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DESSA TÉCNICA DE FUNDAMENTAÇÃO - SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA - POSSIBILIDADE - PERÍODO NÃO SUPERIOR A 15 (QUINZE) DIAS EM CADA RENOVAÇÃO - TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS DIÁLOGOS - DESNECESSIDADE - PRECEDENTES - PERSECUÇÃO PENAL E DELAÇÃO ANÔNIMA - VIABILIDADE, DESDE QUE A INSTAURAÇÃO FORMAL DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO TENHA SIDO PRECEDIDA DE AVERIGUAÇÃO SUMÁRIA, ‘COM PRUDÊNCIA E DISCRIÇÃO’, DESTINADA A APURAR A VEROSSIMILHANÇA DOS FATOS DELATADOS E DA RESPECTIVA AUTORIA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PEDIDO DE PERÍCIA DO ÁUDIO DAS INTERCEPTAÇÕES - PRECLUSÃO - MATÉRIA NÃO ALEGADA EM MOMENTO OPORTUNO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (STF, 2ª Turma, HC 115.773 AgR/PE, Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/05/2014, DJe 03/09/2014, vu)**

NESTAS CONDIÇÕES, INEGÁVEL QUE TODAS AS PROVAS OBTIDAS COM BASE NOS DIÁLOGOS TELEFÔNICOS INTERCEPTADOS A PARTIR DE 03.01.2007 ESTÃO VICIADOS DE MODO INSANÁVEL, REMANESCENDO NULAS TODAS AS PROVAS, ATOS PROCESSUAIS E DECISÕES PROFERIDAS POSTERIORMENTE, CUJO DESENTRANHAMENTO É MEDIDA QUE SE IMPÕE.

## **DA COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO AO PACIENTE**

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEM JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NO SENTIDO DE QUE NÃO SE PROCLAMA NULIDADE PROCESSUAL POR MERA PRESUNÇÃO, SENDO NECESSÁRIA A DEMONSTRAÇÃO DE EFETIVO

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

PREJUÍZO, CONSOANTE A DISCIPLINA DO ARTIGO 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E O PRINCÍPIO DO 'PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF', CONSUBSTANCIADA, INCLUSIVE, NA SÚMULA Nº 523, SEGUNDO A QUAL 'NO PROCESSO PENAL, A FALTA DA DEFESA CONSTITUI NULIDADE ABSOLUTA, MAS A SUA DEFICIÊNCIA SÓ O ANULARÁ SE HOVER PROVA DE PREJUÍZO PARA O RÉU'.

NA HIPÓTESE DOS AUTOS CABE, PORTANTO, COMPROVAR COMO O VÍCIO SUSCITADO, DIGA-SE, A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NULIFICADA PELA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE LEVANTOU O SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DO PACIENTE POR 30 DIAS CONSECUTIVOS PRODUZIU PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA.

TAL INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA INICIALMENTE DETERMINADA PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA (PEÇA Nº 5) NÃO SÓ ENSEJOU SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES (PEÇAS Nº 6 A 16), COMO TAMBÉM O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA (PEÇA Nº 22) E A PROLAÇÃO DE SENTENÇA (PEÇAS Nº 26 A 28) QUE ESTÃO, AMBAS, BASEADAS EXCLUSIVAMENTE EM DIÁLOGOS OBTIDOS POR MEIO DA REFERIDA QUEBRA DE SIGILO AUTORIZADA DE FORMA ILEGAL.

COMO SE VÊ, TANTO A FORMULAÇÃO DE DENÚNCIA EM DESFAVOR DO PACIENTE, COMO A SUBSEQUENTE CONDENAÇÃO QUE LHE FOI IMPOSTA, ESTÃO LASTREADAS, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, EM ELEMENTO OBTIDO EM SEDE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, DIGA-SE, EM DIÁLOGOS QUE LHE ATRIBUÍDOS PELO PARQUET E PELO JUÍZO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

RESSALTE-SE QUE NÃO SE CONSTATA NA DENÚNCIA E NEM NA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO PENAL Nº 0008967-81.2009.4.03.6181 QUALQUER OUTRO ELEMENTO INFORMATIVO OU DE PROVA A SUSTENTAR A ACUSAÇÃO OU A CONDENAÇÃO QUE NÃO A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

ASSIM, DEMONSTRADO ESTÁ O EFETIVO PREJUÍZO À PARTE CUJA DEFESA SUSCITA O VÍCIO NESSA IMPETRAÇÃO, JÁ QUE OS RESULTADOS OBTIDOS A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NULA, POIS ORIUNDA DE DECISÃO DESTITUÍDA DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, ESTÃO EXPRESSAMENTE REFERIDOS NA DENÚNCIA OFERECIDA E RECEBIDA CONTRA O PACIENTE E NA SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA REFERIDA AÇÃO PENAL, ORIGINÁRIA

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

DO INQUÉRITO Nº 547-SP DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ONDE E QUANDO TAL PROVA FOI PRODUZIDA.

EMBORA TENHAM SIDO INÚMERAS AS CONVERSAS ILEGALMENTE INTERCEPTADAS E SOMENTE ALGUMAS DELAS FORAM MENCIONADAS E TRANSCRITAS NA INICIAL ACUSATÓRIA E NA SENTENÇA CONDENATÓRIA, ESTAS CONSTITUEM OS ÚNICOS ELEMENTOS DE PROVA, DE MODO QUE É IMPERATIVO CONCLUIR QUE SEU EXCLUSIVO FUNDAMENTO É A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.

EM SUMA, A AÇÃO PENAL ESTÁ MACULADA DESDE A SUA ORIGEM, POIS DERIVADA DE PROVA ILÍCITA.

ALIÁS, ACERCA DA NULIDADE POR DERIVAÇÃO, CONVÉM TRAZER A BAILA ESSE MEMORÁVEL ARESTO:

*“PROVA PENAL - BANIMENTO CONSTITUCIONAL DAS PROVAS ILÍCITAS (CF, ART. 5º, LVI) - ILICITUDE (ORIGINÁRIA E POR DERIVAÇÃO) - INADMISSIBILIDADE - BUSCA E APREENSÃO DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS REALIZADA, SEM MANDADO JUDICIAL, EM QUARTO DE HOTEL AINDA OCUPADO - IMPOSSIBILIDADE - QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DESSE ESPAÇO PRIVADO (QUARTO DE HOTEL, DESDE QUE OCUPADO) COMO "CASA", PARA EFEITO DA TUTELA CONSTITUCIONAL DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - GARANTIA QUE TRADUZ LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL AO PODER DO ESTADO EM TEMA DE PERSECUÇÃO PENAL, MESMO EM SUA FASE PRÉ-PROCESSUAL - CONCEITO DE "CASA" PARA EFEITO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 5º, XI E CP, ART. 150, § 4º, II) - AMPLITUDE DESSA NOÇÃO CONCEITUAL, QUE TAMBÉM COMPREENDE OS APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MOTEL E HOSPEDARIA, DESDE QUE OCUPADOS): NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL (CF, ART. 5º, XI). IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DE PROVA OBTIDA COM TRANSGRESSÃO À GARANTIA DA INVIOABILIDADE DOMICILIAR - PROVA ILÍCITA - INIDONEIDADE JURÍDICA - RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.*

*BUSCA E APREENSÃO EM APOSENTOS OCUPADOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO QUARTOS DE HOTEL) -*

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*SUBSUNÇÃO DESSE ESPAÇO PRIVADO, DESDE QUE OCUPADO, AO CONCEITO DE "CASA" - CONSEQÜENTE NECESSIDADE, EM TAL HIPÓTESE, DE MANDADO JUDICIAL, RESSALVADAS AS EXCEÇÕES PREVISTAS NO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL.*

*- Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de "casa" revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer aposento de habitação coletiva, desde que ocupado (CP, art. 150, § 4º, II), compreende, observada essa específica limitação espacial, os quartos de hotel. Doutrina. Precedentes.*

*- Sem que ocorra qualquer das situações excepcionais taxativamente previstas no texto constitucional (art. 5º, XI), nenhum agente público poderá, contra a vontade de quem de direito ("invito domino"), ingressar, durante o dia, sem mandado judicial, em aposento ocupado de habitação coletiva, sob pena de a prova resultante dessa diligência de busca e apreensão reputar-se inadmissível, porque impregnada de ilicitude originária. Doutrina. Precedentes (STF).*

*ILICITUDE DA PROVA - INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA 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 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*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*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 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 da persecução penal, 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 da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, 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*



# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*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.*

*- A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA ("AN INDEPENDENT SOURCE") E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - JURISPRUDÊNCIA COMPARADA (A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA): CASOS "SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)", v.g.." (STF, 2ª Turma, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/04/2007, DJe 18/05/2007, vu)*

NO JULGAMENTO DE CASO ANÁLOGO, ESSA SUPREMA CORTE, RECONHECENDO A NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES, DETERMINOU O TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL, EIS QUE, TAL E QUAL NA ESPÉCIE, ‘INCONTROVERSO QUE A VINCULAÇÃO AOS FATOS DESCRITOS NA DENÚNCIA RESULTA EXCLUSIVAMENTE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS ANULADAS’, VERBIS:

*“HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ESTELIONATO, FORMAÇÃO DE QUADRILHA E FALSIDADE IDEOLÓGICA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO FÁTICA. TRÁFICO DE INFLUÊNCIA. DENÚNCIA LASTREADA EM PROVAS POSTERIORMENTE INVALIDADAS. BANIMENTO DA PROVA ILÍCITA. FALTA DE JUSTA CAUSA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. Denúncia lastreada unicamente em escuta telefônica deferida em outro procedimento, prova posteriormente invalidada em virtude da não constituição definitiva do crédito tributário, condição sine qua non da instauração da ação penal por crime tributário. Ausência de justa causa. 2. Esta Corte, no julgamento do RHC n. 90.376, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 18.5.05, foi incisiva no sentido do banimento da prova ilícita dos autos da ação penal. 3. Ainda que se admitisse tal prova a descrição fática imputada ao paciente enquadrar-se-ia tão-somente no tipo relativo ao crime de*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*tráfico de influência. Ordem concedida a fim de trancar a Ação Penal n. 425/ES, do STJ, por falta de justa causa.” (STF, 2ª Turma, HC 90.094/ES, Rel. Min. Eros Grau, j. 08/06/2010, DJe 06/08/2010, vu)*

DIANTE DISSO, E UMA VEZ DEMONSTRADA A NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS EM SEDE DO INQUÉRITO ORIGINÁRIO POR TOTAL AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO, BEM COMO COMPROVADO O PREJUÍZO QUE ISSO CAUSOU AO PACIENTE, QUE SE VÊ SUBMETIDO A AÇÃO PENAL INAUGURADA POR DENÚNCIA BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM DIÁLOGOS INTERCEPTADOS E A CONDENAÇÃO DELA ADVINDA, CUJOS ÚNICOS FUNDAMENTOS TAMBÉM SÃO AS MESMAS CONVERSAS, TANTO QUE O DECRETO CONDENATÓRIO SEQUER DISCORREU SOBRE A MATERIALIDADE DO DELITO QUE, POR SUA PRÓPRIA NATUREZA, DEVERIA ESTAR CONSUBSTANCIADA EM LAUDO PERICIAL, RESTA CARACTERIZADA INEQUÍVOCA COAÇÃO A DEMANDAR A PROTEÇÃO DO REMÉDIO HEROICO, MORMENTE DIANTE DO IMINENTE PREJUÍZO QUE PODE ADVIR DA CONFIRMAÇÃO DE CONDENAÇÃO LASTREADA EM PROVA MANIFESTAMENTE ILÍCITA.

## DA LIMINAR

A NULIDADE DA PROVA É FLAGRANTE NA ESPÉCIE, EIS QUE PROVENIENTE DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA CUJA AUTORIZAÇÃO ENCONTRA-SE DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE IDÔNEA, DE MODO QUE A MEDIDA LIMINAR TEM ESPECIAL IMPORTÂNCIA E SE IMPÕE PARA IMPEDIR NOVAS E MAIORES CONSEQUÊNCIAS AO PACIENTE, AS QUAIS TÃO SOMENTE IRÃO AGRAVAR O ILEGAL CONSTRANGIMENTO QUE JÁ LHE É IMPOSTO DESDE O AFASTAMENTO IMOTIVADO DO SIGILO DE SUAS COMUNICAÇÕES, PASSANDO PELA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL E EXAURIDO COM O ESTABELECIMENTO DE CONDENAÇÃO FUNDADA ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE EM PROVA ILÍCITA.

O ‘*FUMUS BONI IURIS*’ ESTÁ DEMONSTRADO NA ARGUMENTAÇÃO EXPENDIDA NESTE WRIT, QUE REVELA A INCONTROVERSA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA POR MEIO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA CARENTE DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO, POR MÍNIMA QUE SEJA.

REPISE-SE, NESTE ASPECTO, QUE A DECISÃO QUE POR PRIMEIRO AUTORIZOU POR 30 (TRINTA) DIAS CONSECUTIVOS O AFASTAMENTO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS DO PACIENTE NÃO CITA UMA

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

ÚNICA SITUAÇÃO CONCRETA EM QUE ESTIVESSE IMPLICADO. ALIÁS, SEQUER LHE ATRIBUI QUALQUER INFRAÇÃO PENAL OU MENCIONA ALGUMA DILIGÊNCIAS PRÉVIA À MEDIDA.

A BEM DA VERDADE, A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FOI AUTORIZADA A PARTIR DE MERO PEDIDO DA AUTORIDADE POLICIAL QUE TAMBÉM NÃO DECLINA UMA ÚNICA SITUAÇÃO CONCRETA QUE O ENVOLVESSE E NÃO LHE IMPUTA QUALQUER INFRAÇÃO PENAL, ALÉM DE NÃO DEMONSTRAR A IMPRESCINDIBILIDADE DO AFASTAMENTO DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES DO PACIENTE.

ACRESÇA-SE QUE AS PRORROGAÇÕES SUBSEQUENTES DO LEVANTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO DERIVAM COM EXCLUSIVIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA OBTIDA A PARTIR DESTA DECISÃO CARENTE DE QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO.

ALÉM DISSO, A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA CONSISTE NO ÚNICO SUBSTRATO DA INICIAL ACUSATÓRIA E NO EXCLUSIVO FUNDAMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, DE MODO QUE TUDO ESTÁ IRREMEDIAMENTE CONTAMINADO PELA ILICITUDE ORIGINAL DA PROVA.

A ILEGALIDADE É, PORTANTO, INCONTROVERSA!

JÁ O ‘*PERICULUM IN MORA*’ SE EVIDENCIA NO RISCO A QUE SE VÊ SUBMETIDO O PACIENTE, QUE APESAR DE SE ENCONTRAR EM LIBERDADE, FOI DENUNCIADO E CONDENADO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE COM BASE EM PROVA ILÍCITA, MORMENTE DIANTE DO ENTENDIMENTO DESTA SUPREMA CORTE EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS RESTRITIVAS, COMO A QUEBRA DE SIGILOS, QUE TEM SIDO SEVERO, EXIGINDO QUE A DECISÃO JUDICIAL QUE AS ORDENE TENHA SUPORTE FUNDADO EM ELEMENTOS CONCRETOS E ESTEJA APOIADA EM FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL E JURIDICAMENTE IDÔNEA, E NÃO EM MOTIVAÇÃO GENÉRICA, ABSTRATA OU DESTITUÍDA DE QUALQUER MOTIVAÇÃO, CASO SE CONSTATA NO CASO.

COMO SE VÊ, EM FACE DO DECURSO DO TEMPO, A AÇÃO PENAL Nº 0008967-81.2009.4.03.6181, DESMEMBRADA PARA A **1ª VARA CRIMINAL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP** E ORIGINÁRIA DO INQUÉRITO Nº 547-SP, ONDE SE DEU O ATO COATOR PELO

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

ENTÃO **MINISTRO VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL AO **RELATOR NA CORTE ESPECIAL**, ESTÁ EM ESTÁGIO ADIANTADO, JÁ EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL PERANTE A **QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**, SENDO INEQUÍVOCO QUE AGUARDAR O JULGAMENTO DO MÉRITO DESTES *WRIT* PODERÁ IMPLICAR NUMA ESPÉCIE DE PERMISSÃO TÁCITA PARA A PROLAÇÃO DE PROVIMENTO JURISDICIONAL DE CARÁTER DEFINITIVO COM BASE EM PROVA ILÍCITA.

DIGA-SE, SEM EXAGERO, QUE ATÉ O INTERESSE PÚBLICO RECLAMA A CONCESSÃO DE PROVIMENTO CAUTELAR, HAJA VISTA QUE A VIOLAÇÃO DO DIREITO DO PACIENTE DE NÃO SER PROCESSADO E, MUITO MENOS, CONDENADO, COM BASE EM PROVA ILÍCITA, SE APRESENTA HIALINO E INDISCUTÍVEL, NÃO FAZENDO O MENOR SENTIDO A MOMENTÂNEA PRESERVAÇÃO DE PROVAS QUE, CASO CONSIDERADAS ILÍCITAS, DEVERÃO SER DESENTRANHADAS, E NEM DOS ATOS PROCESSUAIS DELA DECORRENTES QUE, PELA MESMA RAZÃO, DEVERÃO SER TORNADOS NULOS E SEM EFEITOS.

ASSIM, O PERIGO DA DEMORA TAMBÉM É PATENTE NA ESPÉCIE, EVIDENCIANDO A PLAUSIBILIDADE DA PROTEÇÃO CAUTELAR ORA REIVINDICADA, POIS PROSSEGUIR UTILIZANDO A PROVA QUE DE PLANO SE REVELA ILÍCITA, ADVINDA DA QUEBRA ILEGAL DO SIGILO TELEFÔNICO DO PACIENTE QUE ORA SE QUESTIONA, SE MOSTRA TEMERÁRIO, AO MENOS ATÉ QUE ESTA SUPREMA CORTE DECIDA A QUESTÃO.

NESTE SENTIDO A DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA NO SUPRA CITADO HC Nº 129.646/SP PELO DECANO DESTA SUPREMA CORTE, PORÉM EM 06/03/2017, PUBLICADA EM 09/03/2017, QUE, EM SEDE DE PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO, SUSPENDEU CAUTELARMENTE O TRÂMITE DA AÇÃO PENAL ATÉ O JULGAMENTO FINAL DO *WRIT* CONSOANTE FUNDAMENTAÇÃO QUE EM TUDO SE APLICA À ESPÉCIE E QUE ORA SE REPRODUZ, *VERBIS*:

*“EMENTA: INTERCEPTAÇÃO  
TELEFÔNICA. SUCESSIVAS  
PRORROGAÇÕES. POSSIBILIDADE.  
NECESSIDADE, PORÉM, DE A DECISÃO  
QUE AS AUTORIZA POSSUIR  
FUNDAMENTAÇÃO JURIDICAMENTE*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*IDÔNEA, SOB PENA DE NULIDADE. IMPRESTABILIDADE DO ATO DECISÓRIO QUE, DESPROVIDO DE BASE EMPÍRICA IDÔNEA, RESUME-SE A FÓRMULAS ESTEREOTIPADAS CONSUBSTANCIADAS EM TEXTOS PADRONIZADOS REVESTIDOS DE CONTEÚDO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE EFICÁCIA PROBANTE DAS INFORMAÇÕES RESULTANTES DE PRORROGAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA POR DECISÃO DESTITUÍDA DE FUNDAMENTAÇÃO SUBSTANCIAL. PRECEDENTES. A QUESTÃO DA ILICITUDE DA PROVA: TEMA IMPREGNADO DE ALTO RELEVO CONSTITUCIONAL. DIREITOFUNDAMENTAL DE QUALQUER PESSOA DE NÃO SER INVESTIGADA, ACUSADA, PROCESSADA OU CONDENADA COM BASE EM PROVAS ILÍCITAS (HC 93.050/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO – RHC 90.376/RJ, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.). INADMISSIBILIDADE DA SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER. DISCUSSÃO EM TORNO DA ILICITUDE POR DERIVAÇÃO (“FRUITS OF THE POISONOUS TREE”). DOCTRINA. PRECEDENTES. RELEVO JURÍDICO DA PRETENSÃO CAUTELAR. CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE “PERICULUM IN MORA”. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO DEFERIDO. MEDIDA CAUTELAR CONCEDIDA.*

*DECISÃO: Ao denegar a concessão, na espécie, de medida cautelar, apoiei-me em 2 (dois) fundamentos: (1) aparente legitimidade do comportamento da autoridade policial, que teria agido, no caso, de modo compatível com a diretriz jurisprudencial desta Corte em tema de “delação anônima”, procedendo a diligências investigatórias prévias cujo resultado teria justificado, em um*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*primeiro momento, a decretação judicial de interceptação telefônica; e (2) ausência de risco imediato ao “status libertatis” dos pacientes.*

*Deixei de examinar, contudo, um outro fundamento cuja análise tenho por relevante, pois concerne à alegada inviabilidade das sucessivas prorrogações das interceptações telefônicas, autorizadas em decisões estereotipadas, consubstanciadas em texto claramente padronizado, no qual há equivocada referência ao “tráfico de entorpecentes”, muito embora os delitos motivadores da “persecutio criminis” refiram-se, no caso, à suposta prática de ilícitos tipificados no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e nos arts. 288 e 299, ambos do Código Penal.*

*Os aspectos enfatizados no pedido de reconsideração foram muito bem destacados nos votos vencidos que proferiram os eminentes Ministros SEBASTIÃO REIS JÚNIOR e ROGERIO SCHIETTI CRUZ no julgamento do pedido de “habeas corpus” de que resultou o acórdão ora impugnado nesta sede processual.*

*Enfatizou-se, então, em referidos pronunciamentos, que, ressalvada a quebra inicial, todas as demais decisões de prorrogação das interceptações telefônicas “são ilegais, tendo em vista a falta de fundamentação” (Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR), considerada a circunstância de que mencionados atos decisórios, de conteúdo estereotipado, revelam-se incapazes – consoante advertiu o Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ – “de singularizar o caso examinado”, o que torna tais decisões “inválidas, porquanto servem para todos os casos e, assim, não servem para [caso] nenhum”.*

*Todos sabemos que esta Suprema Corte tem admitido a possibilidade de o procedimento probatório da interceptação de conversações telefônicas sofrer sucessivas prorrogações, desde que demonstrada, no entanto, em cada renovação, mediante fundamentação juridicamente idônea, a indispensabilidade de tal diligência (HC 83.515/RS, Rel. Min. NELSON JOBIM – RHC 85.575/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – RHC 88.371/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), o que parece não ter ocorrido no caso ora em exame.*

*Cabe assinalar, neste ponto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tratando-se de medidas restritivas da esfera jurídica de pessoas sob investigação penal do Estado (interceptação telefônica, quebra de sigilo, busca e apreensão, v.g.) ou cuidando-se*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*de decretação de prisão cautelar – mostra-se severa, pois exige que a decisão judicial que ordena quaisquer dessas providências, sempre excepcionais, apoie-se em fundamentação substancial, sob pena de nulidade do próprio ato decisório (HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 116.491/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 121.250/SE, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 130.723/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, v.g.).*

*Nesse contexto, vale relembrar que esta Corte Suprema, em inúmeros precedentes (HC 121.929/TO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – HC 129.554/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – HC 134.939/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RHC 95.311/SP, Rel. Min. EROS GRAU, v.g.), não tem admitido decisões que, impregnadas de motivação genérica ou abstrata (destituídas, portanto, de suporte fundado em elementos concretos), traduzam “fórmulas de estilo, genéricas, aplicáveis a todo e qualquer caso, sem indicar os elementos fáticos concretos que pudessem autorizar a medida” ( HC 130.038/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI):*

*“‘Habeas corpus’. 2. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei 11.343/06). 3. Enunciado 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Manifesto constrangimento ilegal. Superação. 4. Conversão da prisão em flagrante em preventiva por meio de formulário pré-formatado. Ausência de fundamentação lastreada em elementos concretos a justificar a prisão cautelar. 5. Excepcionalidade da prisão. Possibilidade de aplicação de outras medidas cautelares. Art. 319 do CPP. 6. Ordem concedida, confirmada a liminar para suspender os efeitos da ordem de prisão preventiva decretada em desfavor do paciente, se por outro motivo não estiver preso e sem prejuízo da análise da aplicação de medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP. 7. Extensão da decisão ao corréu em razão da identidade da situação processual (art. 580 do CPP).”*

*(HC 128.880/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)*

*Os argumentos que venho de expor, todos eles amparados em precedentes do Supremo Tribunal Federal, conferem, a meu juízo, densa plausibilidade jurídica à pretensão cautelar ora deduzida pela parte impetrante, ainda mais se se considerar que medidas de restrição à esfera jurídica das pessoas, como as sucessivas prorrogações de interceptação telefônica, quando determinadas em*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*decisões desprovidas de fundamentação juridicamente idônea, qualificam-se, quanto à sua eficácia probatória, como provas ilícitas, que, repudiadas pela própria ordem constitucional, reputam-se inadmissíveis em juízo (CF, art. 5º LVI), tal como adverte o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal firmado em diversos precedentes (RTJ 163/682 - RTJ 163/709 - HC 72.588/PB, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA - HC 82.788/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 93.050/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):*

*“ILICITUDE DA PROVA – INADMISSIBILIDADE DE SUA PRODUÇÃO EM JUÍZO (OU PERANTE QUALQUER INSTÂNCIA DE PODER) - INIDONEIDADE JURÍDICA DA PROVA RESULTANTE DA 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 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 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*



# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*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 da persecução penal, 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 da persecução penal somente tiveram acesso em razão da prova originariamente ilícita, obtida como resultado da transgressão, por agentes estatais, 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.*

*– A QUESTÃO DA FONTE AUTÔNOMA DE PROVA (‘AN INDEPENDENT SOURCE’) E A SUA DESVINCULAÇÃO CAUSAL DA PROVA ILICITAMENTE OBTIDA – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

*TRIBUNAL FEDERAL – JURISPRUDÊNCIA COMPARADA  
(A EXPERIÊNCIA DA SUPREMA CORTE AMERICANA):  
CASOS ‘SILVERTHORNE LUMBER CO. V. UNITED  
STATES (1920); SEGURA V. UNITED STATES (1984); NIX  
V. WILLIAMS (1984); MURRAY V. UNITED STATES (1988)’,  
v.g..”*

*(RHC 90.376/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

*Essa mesma percepção do tema tem sido revelada por doutrinadores eminentes (VÂNIA SICILIANO AIETA, “A Garantia da Intimidade como Direito Fundamental”, p. 191, item n. 4.4.6.4, 1999, Lumen Juris; LUIS ROBERTO BARROSO e ANA PAULA DE BARCELLOS, “A Viagem Redonda: ‘Habeas Data’, Direitos Constitucionais e as Provas Ilícitas” “in” RDA 213/149-1; EDGARD SILVEIRA BUENO FILHO, “O Direito à Defesa na Constituição”, p. 54/56, item n. 5.9, 1994, Saraiva; GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI, “Prova Ilícita no Direito Pátrio e no Direito Comparado”, “in” Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios nº 6/231-235; ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, “Proibição das Provas Ilícitas na Constituição de 1988”, p. 249/266, “in” “Os 10 Anos da Constituição Federal”, coordenação de Alexandre de Moraes, 1999, Atlas; FERNANDO CAPEZ, “Curso de Processo Penal”, p. 304, item n. 17.2.4.5, 13ª ed., 2006, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 401, item n. 155.4, 7ª ed., 2000, Atlas; ALEXANDRE DE MORAES, “Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional”, p. 386, item n. 5.102, 6ª ed., 2006, Atlas; RACHEL PINHEIRO DE ANDRADE MENDONÇA, “Provas Ilícitas: Limites à Licitude Probatória”, p. 78, item n. 3.1, 2ª ed., 2004, Lumen Juris; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código de Processo Penal Comentado”, p. 340/341, item n. 5, 4ª ed., 2005, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “Ordem Judicial de Busca e Apreensão e Ilicitude da Prova dela Extrapolante”, “in” RT 848/457-470, 468-469; LENIO LUIZ STRECK “As Interações Telefônicas e os Direitos Fundamentais”, p. 92, item n. 13.2, 1997, Livraria do Advogado; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. 1/474-476, 9ª ed., 2005, Saraiva, v.g.), valendo destacar, ante o relevo de suas observações, a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER (“Liberdades Públicas e Processo Penal”, p. 151, itens ns. 7 e 8, 2ª ed., 1982, RT):*

*“A inadmissibilidade processual da prova ilícita torna-se absoluta, sempre que a ilicitude consista na violação*

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA

## ADVOGADO

---

*de uma norma constitucional, em prejuízo das partes ou de terceiros.*

*Nesses casos, é irrelevante indagar se o ilícito foi cometido por agente público ou por particulares, porque, em ambos os casos, a prova terá sido obtida com infringência aos princípios constitucionais que garantem os direitos da personalidade. Será também irrelevante indagar-se a respeito do momento em que a ilicitude se caracterizou (antes e fora do processo ou no curso do mesmo); será irrelevante indagar-se se o ato ilícito foi cumprido contra a parte ou contra terceiro, desde que tenha importado em violação a direitos fundamentais; e será, por fim, irrelevante indagar-se se o processo no qual se utilizaria prova ilícita deste jaez é de natureza penal ou civil.*

.....  
*Nesta colocação, não parece aceitável (embora sugestivo) o critério de ‘razoabilidade’ do direito norte-americano, correspondente ao princípio de ‘proporcionalidade’ do direito alemão, por tratar-se de critérios subjetivos, que podem induzir a interpretações perigosas, fugindo dos parâmetros de proteção da inviolabilidade da pessoa humana.” (grifei)*

*Sendo assim, e em face das razões expostas, defiro o pedido de reconsideração, para, até final julgamento desta ação de “habeas corpus”, suspender, cautelarmente, a realização dos interrogatórios judiciais dos ora pacientes nos autos da Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189 (Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP).*

*Comunique-se, com urgência, transmitindo-se cópia da presente decisão ao E. Superior Tribunal de Justiça (RHC 43.037/SP), ao E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (HC nº 0089768-83.2013.8.26.0000) e ao Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da comarca de Fernandópolis/SP (Ação Penal nº 0008772-16.2013.8.26.0189).*

*Publique-se.”*

**COMO SE VÊ, É DE FUNDAMENTAL IMPORTÂNCIA A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DO PACIENTE NÃO SÓ DA INVESTIGAÇÃO ILEGAL, COMO TAMBÉM DA AÇÃO PENAL EIVADA DE NULIDADE E DE QUAISQUER OUTROS PROCEDIMENTOS DECORRENTES DAS MESMAS E ILÍCITAS PROVAS, DE**

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

MODO QUE A LIMINAR, POR QUALQUER ÂNGULO QUE SE ANALISE A QUESTÃO, É MEDIDA QUE SE IMPÕE, POIS SOMENTE O SOBRESTAMENTO DA UTILIZAÇÃO DO RESULTADO OBTIDO COM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS DEFERIDAS SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO E PELO PRAZO CONSECUTIVO DE 30 (TRINTA) DIAS PELA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA MINIMIZARÁ O CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUE LHE É IMPOSTO.

## DAS PROVAS

COMO SABIDO E CONSABIDO, A ANÁLISE DE NULIDADE DE ATO JUDICIAL EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* SOMENTE É POSSÍVEL QUANDO A IMPETRAÇÃO VIER INSTRUÍDA COM A DOCUMENTAÇÃO CAPAZ DE PROVAR O ALEGADO.

EM OUTRAS PALAVRAS, EXIGE-SE DO IMPETRANTE, A QUEM INCUMBE A CORRETA INSTRUÇÃO E NARRAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL DO *HABEAS CORPUS*, ESTREITA VIA MANDAMENTAL, A PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DE SUAS ALEGAÇÕES.

ASSIM É QUE, ALÉM DO PEDIDO [INICIAL] DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PACIENTE FORMULADO SIMULTANEAMENTE COM O DE PRORROGAÇÃO DA QUEBRA DE OUTROS ENTÃO INVESTIGADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL AO DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO INQUÉRITO JUDICIAL Nº 740 PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO EM 26/12/2006 (PEÇA Nº 4), E DO OFÍCIO DE ENCAMINHAMENTO EXPEDIDO EM 29/12/2006 AO **MINISTRO RELATOR DO INQUÉRITO Nº 547-SP** PERANTE O **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, ONDE, EM 03/01/2007, FOI PROFERIDA [MANUSCRITA] PELO ENTÃO **MINISTRO VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** EM SUBSTITUIÇÃO REGIMENTAL AO **RELATOR NA CORTE ESPECIAL** A DECISÃO EM QUE SE CONSUBSTANCIA O ATO COATOR (PEÇA Nº 5), O WRIT SEGUE APARELHADO COM AS SOLICITAÇÕES E DECISÕES SUBSEQUENTES QUE LHE PRORROGARAM O LEVANTAMENTO DO SIGILO TELEFÔNICO EM 07 E 22/02/2007, 08 E 22/03/2007 E 03/04/2007 (PEÇAS Nº 6 A 16), DO OFERECIMENTO DE DENÚNCIA EM DESFAVOR DO ORA PACIENTE E DE OUTROS INVESTIGADOS COM PRERROGATIVA DE FORO EM RAZÃO DA FUNÇÃO EM SEDE DO INQUÉRITO Nº 547-SP QUE TRAMITAVA PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, OCASIÃO EM QUE FOI CONVOLADO NA AÇÃO PENAL Nº 549-SP (PEÇAS Nº 17, 18 E 22), DE SEU DESMEMBRAMENTO

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

COM REMESSA À PRIMEIRA INSTÂNCIA (PEÇA Nº 19), DA RATIFICAÇÃO E RECEBIMENTO DA INICIAL ACUSATÓRIA (PEÇAS Nº 20, 21 E 23), DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO (PEÇA Nº 24), DOS MEMORIAIS (PEÇA Nº 25), DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO - SP E RESPECTIVAS DECLARAÇÕES (PEÇAS Nº 26 A 28), DA INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO (PEÇA Nº 29) E DO EXTRATO DE ANDAMENTO DO RECURSO PENDENTE DE JULGAMENTO PERANTE A QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO (PEÇA Nº 30).

NÃO OBSTANTE, A IMPETRAÇÃO TAMBÉM TRAZ A ÍNTEGRA DOS VOLUMES 1 E 2 DO INQUÉRITO Nº 547-SP, CONVOLADO NA AÇÃO PENAL Nº 549-SP PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (PEÇAS Nº 32 A 36), OS QUAIS REÚNEM OS ATOS PRATICADOS DESDE A INSTAURAÇÃO DA APURAÇÃO, EM 16/08/2006, ATÉ 04/05/2007, PERÍODO EM QUE SE VERIFICOU TODA A DILIGÊNCIA DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, BEM COMO OS APENSOS 11 A 25 (PEÇAS Nº 37 A 51), ONDE ESTÃO ENCARTADAS AS DECISÕES ANTERIORES PROFERIDAS PELO DESEMBARGADOR FEDERAL RELATOR DO INQUÉRITO JUDICIAL Nº 740 PERANTE O TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO, QUE AUTORIZARAM AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E RESPECTIVAS PRORROGAÇÕES RELATIVAMENTE A OUTROS ENTÃO INVESTIGADOS E TAMBÉM REUNIDOS OS PEDIDOS E REPRESENTAÇÕES DA AUTORIDADE POLICIAL COM OS CORRESPONDENTES RELATÓRIOS DE INTELIGÊNCIA POLICIAL COM OS DIÁLOGOS APROVEITADOS NA DENÚNCIA (PEÇA Nº 22) E NA SENTENÇA CONDENATÓRIA (PEÇA Nº 26).

TAL DOCUMENTAÇÃO, APESAR DE EXTENSA, CONSTITUI APENAS UMA PEQUENA FRAÇÃO DO CONJUNTO DE 64 (SESSENTA E QUATRO) VOLUMES (PEÇA Nº 30) E 495 (QUATROCENTOS E NOVENTA E CINCO) APENSOS (PEÇA Nº 31) DA AÇÃO PENAL Nº 0008967-81.2009.4.03.6181, MAS É SUFICIENTE, E, PORTANTO, APTA À COMPROVAÇÃO DE TODO O ALEGADO EM TORNO DA ILEGALIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DO PACIENTE, BEM COMO DO PREJUÍZO DELA DECORRENTE, MORMENTE POR CONSTITUIR O ÚNICO SUBSTRATO DA DENÚNCIA (PEÇA Nº 22) E O EXCLUSIVO FUNDAMENTO DA CONDENAÇÃO PROVISORIAMENTE ESTABELECIDADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO (PEÇA Nº 26).

NO PONTO, CUMPRE DESTACAR SER AFERÍVEL, *ICTU OCULI*, A

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

INEXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS INFORMATIVOS NA INICIAL ACUSATÓRIA (PEÇA Nº 22) QUE NÃO OS DIÁLOGOS PROVENIENTES DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA QUE SE APRESENTA MANIFESTAMENTE ILÍCITA, O QUE, POR SI SÓ, JÁ COMPROMETE A AÇÃO PENAL DESDE O SEU NASCEDOURO.

A MERA LEITURA DO DECRETO CONDENATÓRIO (PEÇA Nº 26) TAMBÉM É SUFICIENTE PARA CONSTATAR QUE SEUS ÚNICOS E EXCLUSIVOS FUNDAMENTOS SÃO AS CONVERSAS PROVENIENTES DA MESMA FONTE CONTAMINADA, O QUE VIABILIZA A ANÁLISE DO ORA ALEGADO, EM QUE PESE A VIA ESTREITA DO *WRIT*.

PORTANTO, CLARO ESTÁ QUE A PRESENTE IMPETRAÇÃO NÃO CONSISTE EM MERA E GENÉRICA ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EM QUE SE BASEIAM ACUSAÇÃO E CONDENAÇÃO, DESTITUÍDA DA IMPRESCINDÍVEL COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO CAUSADO AO PACIENTE, MAS, AO CONTRÁRIO, DEMONSTRA, À SACIEDADE, ATRAVÉS DE ELEMENTOS PRÉ-CONSTITUÍDOS, A ILEGALIDADE DO ÚNICO MEIO DE PROVA QUE ENSEJOU A DENÚNCIA E FOI ADOTADO COMO EXCLUSIVO FUNDAMENTO DA SENTENÇA PROFERIDA EM SEU DESFAVOR, CIRCUNSTÂNCIA QUE POSSIBILITA A ANULAÇÃO NÃO SÓ DA AÇÃO PENAL, COMO TAMBÉM DE QUALQUER OUTRO FEITO EM QUE COMPARTILHADO O MESMO MEIO DE PROVA, OU SEJA, AS CONVERSAS OBTIDAS ATRAVÉS DA QUEBRA DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES.

## DO PEDIDO

ANTE O EXPOSTO, O IMPETRANTE REQUER:

A) A CONCESSÃO, EM CARÁTER LIMINAR, DA CAUTELAR PARA SUSPENSÃO DE QUAISQUER ATOS PROCESSUAIS EM SEDE DA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008967-81.2009.4.03.6181, QUE TRAMITA PERANTE A **QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**, ATÉ O JULGAMENTO DE MÉRITO DESTA *WRIT*, EXPEDINDO-SE AS COMUNICAÇÕES NECESSÁRIAS;

B) A INTIMAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA PARA PRESTAR AS INFORMAÇÕES QUE ENTENDER CABÍVEIS;

C) A INTIMAÇÃO DO ÓRGÃO DO **MINISTÉRIO PÚBLICO**

---

# ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA ADVOGADO

---

**FEDERAL** PARA APRESENTAÇÃO, NA CONDIÇÃO DE 'CUSTUS LEGIS', DE PARECER ACERCA DESTA *WRIT*;

D) NO MÉRITO, O CONHECIMENTO DO *WRIT* COM A CONCESSÃO DA ORDEM DE *HABEAS CORPUS*, AINDA QUE *EX OFFICIO*, PARA DECLARAR A NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA EFETIVADA CONTRA O PACIENTE E, EM CONSEQUÊNCIA, DETERMINAR, NOS TERMOS DO ARTIGO 157 E SEU PARÁGRAFO 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, SEU DESENTRANHAMENTO, BEM COMO DE QUAISQUER OUTRAS PROVAS DELAS DECORRENTES, DIRETAMENTE OU POR DERIVAÇÃO, CONSOANTE A TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA, TORNANDO SEM EFEITOS TODOS OS ATOS PROCESSUAIS E DECISÕES QUE NELAS ESTEJAM FUNDAMENTADOS, TANTO NOS AUTOS DA APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0008967-81.2009.4.03.6181, EM TRÂMITE PERANTE A **QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA TERCEIRA REGIÃO**, COMO NA PRÓPRIA AÇÃO PENAL, DESDE O SEU RECEBIMENTO, JÁ QUE O SUBSTRATO DA DENÚNCIA OFERECIDA EM SEU DESFAVOR PROVÉM, ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE, DESSA MEDIDA CAUTELAR ILEGAL, E, AINDA, EM QUALQUER OUTRO FEITO QUE TENHAM SIDO COMPARTILHADAS, TUDO COMO MEDIDA DE DIREITO E JUSTIÇA!

TERMOS EM QUE,  
PEDE E ESPERA DEFERIMENTO.

SÃO PAULO, 8 DE SETEMBRO DE 2020.

**ODAIR MARIANO MARTINEZ AGUILAR OLIVEIRA**  
ADVOGADO - OAB/SP Nº 82.941