

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL
DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Habeas Corpus nº 0032855-71.2016.8.19.0000

1

A **ABRACRIM – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS
CRIMINALISTAS**, impetrante do *habeas corpus* em epígrafe, vem, com fundamento no artigo 105,
II, a, da Constituição da República, e nos artigos 30 e 32 da Lei nº 8.038/90, tempestivamente interpor
RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS, COM PEDIDO DE LIMINAR, em favor
de [REDACTED] e [REDACTED], em face do acórdão
proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (**doc.**
1), que denegou o *writ* impetrado pela associação Recorrente, mantendo prova ilícita nos autos da ação
penal nº 0003815-21.2015.8.19.0029, requerendo seja o presente recurso recebido e encaminhado ao
egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2016.

JAMES WALKER JUNIOR
OAB/RJ 79.016

JULIANA VILLAS BOAS
OAB/RJ 163.806

RAZÕES RECURSAIS

EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COLEDA TURMA

EMINENTE RELATOR

I. LEGITIMIDADE DA ABRACRIM

A Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM foi criada em Curitiba no dia 17 de setembro de 1993, quando da realização do I Encontro Brasileiro de

Advogados Criminalistas, e atualmente possui representações nos 27 Estados da Federação.

A ABRACRIM realiza encontros nacionais de advogados criminalistas desde o ano de 1993. Nos eventos são discutidos importantes temas do direito, assim como, ao final de cada um deles, expõe a sociedade, conclusões retiradas dos debates realizados, por meio de cartas. É uma entidade que reconhecidamente contribui para o aprimoramento do sistema de justiça criminal de nosso país.

A ABRACRIM possui um vasto quadro de advogados atuantes em todos os rincões da Federação. Tal fato, por si só, possibilita uma ampla contribuição aos debates, uma vez que coleta a manifestação das expectativas sociais de cada região, de modo que a Associação se mostra como verdadeira representante da classe dos advogados criminalistas em todo o país.

O Estatuto da ABRACRIM prevê em seu artigo 2º, entre os objetivos da Associação:

“III - estimular o debate e a busca de soluções para os problemas da advocacia e questões sociais;

(...)

VI – defender o Estado Democrático de Direito, buscando preservar os direitos fundamentais individuais e coletivos;”

Deste modo, uma vez que a matéria discutida neste *habeas corpus* se mostra de extremo relevo para todos os advogados que militam na área criminal, ultrapassando os limites de interesse do caso concreto, a intervenção da ABRACRIM se faz essencial.

Com efeito, seja qual for o resultado do julgamento deste *habeas*, quer seja a prova discutida declarada lícita ou ilícita, é inegável que os efeitos da decisão desta corte incidirão diretamente na atuação de todos os advogados criminalistas do Brasil.

Assim, com forte no *caput* do artigo 654 do Código de Processo Penal, que dispõe que o *habeas corpus* poderá ser impetrado por qualquer pessoa, e na relevância do pronunciamento deste Tribunal Superior sobre a matéria para toda a classe de advogados criminalistas, é indiscutível a legitimidade da ABRACRIM para impetrar o presente.

II. TEMPESTIVIDADE 3

O acórdão ora recorrido foi publicado no dia 08 de agosto de 2016. Contudo, por força do artigo 3º da resolução 43/2015 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, além dos demais artigos da mesma resolução, posteriormente complementada pela Resolução 20/2016, os prazos processuais de primeira e segunda instância na capital do Estado foram suspensos durante a realização dos jogos olímpicos, ou seja, entre os dias 5 e 22 de agosto.

Como o acórdão recorrido foi publicado durante o período em que os prazos processuais encontravam-se suspensos, o termo inicial do prazo para interposição de recurso se dá no primeiro dia útil após o término da suspensão, neste caso, o dia 23 de agosto de 2016, terça-feira.

Sendo de cinco dias o prazo para interposição do recurso ordinário em questão, nos termos do artigo 30 da Lei nº 8.038/90, depende-se a sua tempestividade, desde que protocolado até o dia 29 de agosto de 2016, segunda-feira.

III. BREVE RESUMO DOS FATOS

Chegou ao conhecimento desta Associação que o primeiro Paciente, _____ Espíndola, vereador do Município de Macuco, foi denunciado, em conjunto com o segundo Paciente e um terceiro corréu, (**doc. 2**) pela prática do crime descrito no artigo 121, §2º, I, III e IV, do Código Penal, por supostamente ter participado, como mandante, do homicídio do ex-prefeito de Macuco, Rogério Bianchini, fato este ocorrido em 30 de abril de 2015.

Ao que consta, o juízo de primeiro grau, ao receber a denúncia, decretou a prisão preventiva dos três corréus, que se mantém até a presente data (**doc. 3**).

Durante o inquérito policial, a fim de comprovar a culpabilidade dos investigados, os policiais envolvidos na investigação passaram a ofender diretamente os direitos e garantias fundamentais não somente dos investigados, como também de seus respectivos patronos, cometendo diversas ilegalidades.

Neste aspecto, algumas medidas ilegais encetadas por agentes da Divisão de Homicídios de Niterói, da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (DHNISG), ultrapassam as circunstâncias do caso concreto, atingindo toda a classe de advogados criminalistas, representada pela Associação Impetrante.

São estas: a) a interceptação ambiental de 05 (cinco) advogados, por mais de três horas, b) a inserção nos autos de fotos decorrentes da interceptação com menção expressa aos advogados ali presentes e c) conversas mantidas por whatsapp com advogada.

Para se alcançar a interceptação ilícita dos diálogos mantidos por advogados com seus

constituídos, inicialmente foi elaborado pela DHNISG um relatório de vínculos (**doc. 4**), pugnando pela representação pela implantação de escuta ambiental na sede da Divisão de Homicídios, tendo em vista a suposta necessidade de se gravar uma acareação entre os Pacientes.

Sobreveio a representação policial pela autorização da implantação de escuta ambiental (**doc. 5**), requerendo ao juízo a autorização para implantação da interceptação ambiental, repetindo como fundamento a necessidade de gravar a suposta acareação a ser realizada entre os Pacientes.

Sublinha-se que em ambos os pedidos o cerne estaria em gravar as inquirições dos acusados e uma possível acareação, o que concretamente não ocorreu, pois a escuta ambiental foi utilizada exclusivamente para o fim de interceptar as comunicações travadas entre os acusados e seus respectivos patronos.

Após manifestação favorável do Ministério Público, o juízo coator autorizou a diligência requerida (**doc. 6**), tendo como única regulamentação o prazo de quinze dias para efetivação da interceptação.

Aproveitando-se da ausência de regulamentação da diligência pelo juízo coator, os policiais da DHNISG passaram a flexibilizar os limites da interceptação, utilizando-a para violar o sigilo das comunicações entre clientes e seus advogados.

Para tanto, os policiais da DHNISG alocaram, na mesma sala, três investigados e seus respectivos patronos, gravando por mais de três horas tudo que se passava no ambiente. A gravação que resultou desta diligência foi juntada aos autos da ação penal, incluindo imagens destacadas de determinados momentos da interceptação

(doc. 7)

Instada a se manifestar sobre a ilicitude da interceptação ambiental (veja-se que não se discute a fundamentação da decisão que a deferiu, mas da forma e conteúdo de como efetivamente foi levada a efeito e incluída nos autos), a MM. Juíza da Vara Criminal de Cordeiro, assim decidiu:

“ que a gravação visava captar diálogos sigilosos entre os advogados e seus clientes, uma vez que a sala onde o sistema de gravação foi instalado **era somente uma sala de espera de livre acesso dos investigadores** durante todo o tempo da gravação (cerca de 3 horas e 12 minutos), que a porta constantemente era aberta e **pessoas entravam e saiam do recinto livremente**. Ressalto que

possível ouvir e entender com clareza o eles. na decisão da decretação da custódia cautelar do denunciado _____ única e exclusivamente com fundamento em sua postura durante as gravações e sua comunicação com o co-_____, não tendo sido utilizado pelo Juízo qualquer diálogo entre os indicados e seus patronos de modo a ser reconhecida a alegada nulidade em razão da violação ao sigilo das comunicações entre patronos e clientes. Assim, não se vislumbra qualquer nulidade da referida gravação ambiental. [...]

procedimento, entende esse Juízo que os referidos pleitos devem ser indeferidos, uma vez que a juntada aos autos de novas imagens e/ou áudios da referida gravação ambiental poderia sim provocar a quebra do sigilo profissional entre os advogados e seus clientes, uma vez que **durante vários momentos das gravações os mesmos permaneceram dialogando sozi**

mantendo-se nos autos somente as imagens de fls. 457/461, uma vez que não foi reconhecida qualquer nulidade no procedimento de gravação ambiental autorizada pelo Juízo, sendo certo que tais imagens não geram qualquer risco de violação ao sigilo da comunicação entre patronos e clientes. (grifou-se)

Ficou claro na decisão que a eminente magistrada contornou da forma que pôde para não reconhecer a ilicitude obstada, porém não restam dúvidas que ao determinar o desentranhamento da mídia, com argumentos pífios, entre os quais de que os áudios não estavam muito bons (mas estavam, e ainda que não estivessem, a interceptação ambiental é composta de áudio e vídeo, não existe ilicitude pela metade), fato é que ao desentranhar reconhece a ilicitude e a proteção do sigilo cliente-advogado.

Fica claro ainda que, como a interceptação ambiental foi largamente utilizada como um dos fundamentos da prisão preventiva de um dos pacientes (_____), quis preservar a “prova”, ainda que ilícita, em clara alusão que os meios justificam os fins.

Provocada, esta Associação impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que foi denegado pela 1ª Câmara Criminal, ao proferir o acórdão ora recorrido, de cujo julgamento se extrai o seguinte trecho:

“EXTRAI-SE DA DECISÃO QUE A MEDIDA CAUTELAR FOI DIRIGIDA EXCLUSIVAMENTE AOS INVESTIGADOS, NÃO PASSANDO DE MERA ALEGAÇÃO A TESE DEFENSIVA DE QUE SE PRETENDIA CAPTAR DIÁLOGOS ENTRE OS INVESTIGADOS E SEUS PATRONOS. NESTE CONTEXTO, O RECONHECIMENTO DA ALEGADA NULIDADE DEMANDA A DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO À DEFESA DO PACIENTE OU DOS CORRÉUS E, CONSEQUENTEMENTE, A ANÁLISE DA RELEVÂNCIA DESTA PROVA E DOS DIÁLOGOS JUNTADOS AOS AUTOS PELO INSPECTOR DE POLÍCIA PARA O DESLINDE DO FEITO. APRECIÇÃO QUE SÓ SERÁ VIÁVEL APÓS O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL, E CABERÁ AO JUIZ NATURAL DA CAUSA NESTA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO. DEIXO DE CONHECER O HABEAS CORPUS IMPETRADO EM FAVOR DE _____ ESPÍNDOLA BORGES E DENEGO A ORDEM, QUANTO WRIT IMPETRADO POR _____ ALEIXO GUIMARÃES, RECOMENDANDO-SE AO JUÍZO DE 1º GRAU QUE DESCONSIDERE OS ÁUDIOS QUE DIGAM RESPEITO À ENTREVISTA DO PACIENTE COM SEUS ADVOGADOS.”.

7

Com as devidas vênias, o acórdão proferido pela egrégia Câmara não merece

prosperar. Não é possível afirmar que a mera desconsideração de parte dos áudios é capaz de suprir a violação às prerrogativas dos advogados envolvidos. Frise-se que a violação ao sigilo profissional se dá no momento da interceptação em si, e não quando da sua juntada aos autos.

Não se trata de mera tese defensiva a afirmação de que os policiais pretendiam violar o sigilo de comunicação dos advogados. **É fato que o referido sigilo foi violado.** Pretender ignorar essa violação é uma afronta a todos os advogados atuantes no Brasil e à suas prerrogativas, e, com a força normativa da atual Constituição da República, é seguro afirmar que com as prerrogativas profissionais dos advogados não se transige.

IV. DA ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL

Antes de adentrar na discussão a respeito da interceptação ambiental efetivada no caso concreto, é preciso tecer algumas considerações a respeito deste meio de investigação, a fim de aclarar a discussão técnica.

Como é sabido, a interceptação ambiental difere dos demais meios de interceptação de comunicações, caracterizando-se pela gravação ambiental - por meio de áudio, vídeo ou ambos - realizada por um terceiro, que não os interlocutores. Figuras que usualmente ocupam o papel de terceiro “gravador” são os repórteres e os policiais.

Neste sentido, uma vez determinado pelo executor da diligência a maneira de sua implantação, é essencial que ela seja inteiramente hígida, lícita e que obedeça aos preceitos constitucionais, sob pena de macular toda a interceptação, inutilizando por completo todas as

provas que por ventura viessem a ser obtidas.

Noutras palavras, se a interceptação em um caso concreto é composta por uma

gravação de áudio e vídeo, deve ser considerada a integralidade da diligência, que não constitui a prova em si, mas é tão somente um meio para que seja obtida a prova a ser produzida durante o processo.

Da mesma forma, se para a diligência utilizam-se dois, ou mais, gravadores, deve-se considerar a soma de todos eles para verificar a legalidade da interceptação. O meio de obtenção da prova nada mais é do que toda a diligência em si, e não cada gravação em particular.

É dizer, fazem parte da interceptação ambiental TODOS os áudios e vídeos captados durante a diligência.

Já no que diz respeito ao sigilo das comunicações de advogados com seus clientes, é também preciso tecer algumas considerações iniciais, haja vista que as interceptações ambientais são rotineiramente utilizadas para a sua violação em prol de investigações, policiais e jornalísticas.

Neste aspecto, é preciso guardar em mente que o sigilo constitucionalmente protegido e inviolável é o das comunicações entre advogados e seus constituídos. Comunicações, sem qualquer complemento. Do que se infere que todas as comunicações, independentemente de sua forma, são protegidas.

Como se sabe, a comunicação entre seres humanos não se dá de forma exclusivamente verbal, mas também é gestual, escrita, corporal, telefônica, telemática, e tantas outras. Todos estes elementos são capazes de expressar informações valiosas, e são capazes, por si só e isoladamente, de transmitir mensagens não apenas para os interlocutores, mas também para qualquer um que os perceba.

No caso dos advogados, quando em contato profissional com seus clientes, TODAS as formas de comunicação são sigilosas. A comunicação verbal é tão inacessível ao Estado e aos particulares quanto a corporal, a escrita, a telemática ou qualquer outra.

Isto é assim inclusive em decorrência do direito à igualdade, uma vez que, se fosse considerada sigilosa tão somente a comunicação verbal, os advogados mudos, que utilizam da linguagem de sinais, não teriam suas comunicações protegidas e seriam com isso impossibilitados de exercer sua função pública. O mesmo se diga de qualquer outro causídico que tenha a fala impedida.

Com essas considerações gerais, é que se passa a análise da diligência tal como efetuada no caso concreto, que se mostrará claramente ilícita por violar as comunicações sigilosas mantidas entre advogados e seus clientes.

Conforme exposto, tanto no relatório de vínculos quanto na representação policial, o fundamento para a necessidade de implantação da diligência estaria em gravar as inquirições dos investigados e uma possível acareação entre eles. Contudo, estes fundamentos não passaram de meros pretextos para encobrir a real intenção da autoridade policial, que seria a de **gravar exclusivamente as conversas efetuadas entre os acusados e seus respectivos advogados, atropelando direitos e garantias fundamentais de ambos.**

Esta afirmativa se confirma pelo fato de que, premeditadamente, os policiais da DHNISG colocaram na mesma sala ambos os Pacientes e o então investigado Frank Lemgruber acompanhados de seus respectivos Patronos, em um total de 05 (cinco) advogados¹, gravando suas conversas por mais de 03 (três) horas, conforme se vê na mídia e nas imagens, produtos da interceptação (**doc. 7**).

Não houve, em momento algum, o procedimento de acareação entre os respectivos investigados. O Paciente _____ nem sequer prestou depoimento. Os investigadores, valendo-se da possibilidade da gravação feita através da escuta ambiental, e sabendo que os advogados não deixariam seus clientes sozinhos na sede da Divisão de Homicídios, interceptaram as conversas e comunicações realizadas entre os acusados e seus patronos sem que estes tivessem ciência de que estavam sendo gravados e muito menos consentido com tal diligência.

Em observância ao vídeo juntado aos autos da ação penal, percebe-se que não houve um instante gravado em que um dos advogados estivesse ausente, demonstrando o caráter proposital de interceptar a conversa dos mesmos, afastando a possibilidade de encontro fortuito.

Com efeito, só se poderia falar em encontro fortuito caso restasse comprovado que o direcionamento da interceptação se deu com a finalidade exclusiva de captar os diálogos travados

¹ (1)PAULO WONG CHAN (OAB/RJ 86.384)-Patrono de Daniel Aleixo;(2) MANOELA MARTINS SANTOS (OAB/RJ 162.422) – Advogada do Paciente à época da interceptação;(3) CRISTIANE MIRANDA FARIA (OAB/RJ 115.430), (4) CLAUDIO DE ALBUQUERQUE MANSUR(OAB/RJ 18.420), e (5)SHENIA (sem qualificação até o presente momento) –todos advogados do investigado Frank Lemgruber.

entre ambos os Pacientes. Contudo, como se percebe das gravações, jamais houve essa intenção por parte da autoridade policial, que desde o início inseriu advogados no ambiente interceptado, jamais se preocupando em retirá-los da sala ou levar os investigados para outro ambiente em que não fosse violado o seu direito de defesa.

Esta afirmativa tanto é verdadeira que o próprio inspetor Ricardo Moreira relatou em juízo (**doc. 8**) os passos que foram dados pelo advogado de _____, afirmando que ele teria feito dois contatos telefônicos, especificando inclusive que um seria com sua mãe e outro com pessoa não identificada:

“que antes de _____ ser ouvido, seu advogado faz dois contatos telefônicos, um com a mãe de _____ e outro com uma pessoa não identificada, para quem informa tudo que está acontecendo na delegacia”

Ademais, em seu depoimento em juízo, o Delegado Fabio Barucke, que presidiu as investigações, afirma que entende como legal a interceptação de advogados, indicando que tem como hábito a prática, o que afasta a possibilidade de encontro fortuito de provas (**doc. 9**), *verbis*:

ADVOGADO: Reformulando, o depoente falou que os advogados entravam. E a pergunta é: segundo a interceptação ambiental os advogados estavam lá as 03 horas. O doutor sabia disso?

DELEGADO: Eu vi as escutas eu vi, eu não tinha como expulsar os advogados da sala, não tinha como. O mais normal é que o próprio, a pessoa alvo das escutas sabia, tanto que ele fez um sinal assim “não fala nada”, então a pessoa que estava ouvindo sabia que (..)

ADVOGADO: O senhor tem conhecimento que a interceptação de advogados é ilegal? Conhecem as leis que regem o assunto?

DELEGADO: Eu conheço muito bem doutor as leis assim como o senhor conhece.

ADVOGADO: E o senhor tem o costume de interceptar advogados?

JUÍZA: Só um minutinho, e o senhor entende como legal?

DELEGADO: Eu entendo como legal.

As fotos juntadas as fls. 457/461 da ação penal (**doc. 7**), mencionam claramente a presença dos advogados nos ambientes interceptados, demonstrando cabalmente a ciência dos

policiais sobre a violação do sigilo profissional.

Não há que se falar, pois, em encontro fortuito.

Destarte, o intuito da escuta ambiental restou completamente dissimulado, sublinhando-se também não ter havido gravação alguma da pretendida acareação, tendo a Autoridade Policial se valido da mesma tão somente para violar o sigilo de comunicações entre advogados e seus clientes, constitucionalmente assegurado.

Da leitura do depoimento prestado pelo Delegado de polícia que presidiu as investigações, que afirmou em juízo que entende como legal a interceptação ambiental em um ambiente em que estão presentes advogados e seus clientes, percebe-se que, desde o início, a autoridade policial não se preocupou em resguardar o sigilo das comunicações dos envolvidos.

Se não houve a preocupação por parte da autoridade policial para que a diligência a ser executada não atingisse desproporcionalmente certas prerrogativas dos advogados, é certo que ela foi sim arquitetada com o intuito de interceptar ilegalmente eventual comunicação entre os patronos e seus constituídos, não se podendo afirmar, como fez a recorrida, que a violação do segredo não passa de mera alegação defensiva.

Ademais, o prejuízo da ilegalidade da diligência tal como efetuada no caso concreto não é exclusivo dos envolvidos, mas sim de toda a classe de advogados que milita diariamente em delegacias de todo o Brasil, o que se percebe, novamente, pelo depoimento do Delegado de polícia que presidiu as investigações, do qual se infere que tem como prática rotineira a interceptação ilícita de advogados.

Vale repetir, o que é resguardado é o sigilo das comunicações entre advogados e clientes, e não apenas o sigilo das comunicações verbais. Neste sentido, qualquer forma de comunicação entre advogados e clientes é protegida, seja ela pela fala, por escrito ou por gestos.

A comunicação é sigilosa em qualquer de suas formas, não apenas a oral.

Assim, um gesto feito pelo Paciente naquele dia, sem sombra de dúvidas, se insere no

sigilo de comunicações entre clientes e advogados, pois o gesto é uma forma de comunicação, e as comunicações entre estes sujeitos são sigilosas em todas as suas formas.

12

A sugestão feita pelo acórdão recorrido para que sejam ignorados tão somente os áudios obtidos a partir da diligência, mantendo a validade das imagens, com a devida vênia, não merece prosperar.

Como foi acima exposto, a interceptação ambiental é composta por todas as gravações efetuadas, sejam elas de áudio ou vídeo. Não basta, para sanar a irregularidade, que uma delas seja ignorada.

Com efeito, o que é vedado pela ordem constitucional é a violação do sigilo profissional dos advogados, e não a sua publicização ou sua juntada aos autos de processo judicial.

O comando constitucional já se encontra quebrado desde que a autoridade policial se aproveitou da diligência para interceptar ilegalmente as comunicações dos causídicos.

Pouco importa o destino das gravações, a integralidade da diligência já está corrompida pela atitude temerária da autoridade policial, que desprezou as prerrogativas dos advogados e determinou a gravação de suas comunicações privadas com seus clientes.

Não há que se falar em boa-fé dos agentes investigadores. Se os advogados são alocados sozinhos com seus clientes em uma sala em que a porta é fechada, todos os que estão ali dentro tem uma expectativa de privacidade, que os faz concluir que suas comunicações estão protegidas pelo sigilo constitucional que lhes são inerentes.

A autoridade policial não apenas interceptou ilegalmente as comunicações dos advogados, como os fez acreditar que estavam em um ambiente em que poderiam se comunicar reservadamente com seus clientes, incentivando-os a se comunicar.

Segundo a doutrina, “prova ilícita é aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este.”²

No caso em tela, não há dúvida das claras violações ocorridas. A Constituição da República dispõe em seu Capítulo IV sobre as funções essenciais à Justiça e dentro deste tem-se a Seção III que dispõe sobre a Advocacia. O Artigo 133 é categórico em dizer que “O advogado é indispensável à administração da justiça, **sendo inviolável por seus atos e manifestações no**

exercício da profissão, nos limites da lei” (grifos nossos).

Ademais, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), ratificado pelo Brasil, prevê em seu artigo 8º-que versa sobre as garantias judiciais -, item 2, „d” , o “direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de **comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor**”(grifos nossos).

Ainda faz-se necessário sublinhar que no Estatuto da Advocacia (lei 8.906/94), em seu capítulo II foram estabelecidos os direitos do Advogado, destacando-se entre eles: “I - **exercer, com liberdade, a profissão** em todo o território nacional; e III - **comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente**, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;” (grifos nossos).

Em observância aos citados dispositivos legais, resta nítido que as gravações expostas são absolutamente ilícitas, uma vez que o sigilo profissional é condição para o exercício de liberdade da defesa e ao efetuar gravação dos advogados com seus clientes, sem que haja fundamento para tanto, além de ferir direitos e prerrogativas do advogado, afronta garantias do acusado, conferidas constitucionalmente.

Sublinha-se que segundo entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência, a

² LOPES JR. Aury. Direito processual penal. 9ª ed. rev. e. atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593.

única hipótese em que se admite a violação das comunicações em fluxo entre advogado e cliente, seria no caso de suspeição de que o advogado estaria praticando algum delito³. Isto porque “o sigilo é a regra e a violação sua exceção.”⁴

Neste sentido, é indiscutível que “todas as regras referentes à interceptação devem ser interpretadas e aplicadas não apenas em conformidade com a Constituição da República, mas, principalmente com a metódica constitucional própria de direitos fundamentais.”⁵

Destaca-se ainda que “a proibição da interceptação obedece à intenção clara do legislador de impedir o devassamento irrestrito da nossa intimidade, com os danos morais e patrimoniais que a devassa possa ocasionar, sem prejuízo do uso ilícito e descontrolado das informações.”⁶

Ademais, é “impossível haver uma defesa efetivamente livre se, além da escolha do defensor, não se garantir que a comunicação entre eles se faça de forma a não dar conhecimento do seu conteúdo às agências penais.”⁷

Expostos esses argumentos, é indiscutível que a interceptação ambiental efetivada é ilícita e, portanto, não pode ser utilizada como prova no processo, conforme o mandamento constitucional previsto no artigo 5º, LVI, não bastando, pois, o desentranhamento pura e simplesmente, como determinou a Juízo de primeiro grau ao ser instado pela defesa a respeito da ilicitude guerreada. Esta determinação demonstra que reconhece a eminente magistrada tacitamente

³ Esta situação ocorreu no HC 96.909 que foi julgado pela Segunda Turma do STF em 17/11/2009, a Relatora fora a Ministra Ellen Gracie. Neste caso, firmou-se o entendimento de que a interceptação das ligações travadas com seus respectivos clientes não configuraria desrespeito a regra do sigilo profissional do Advogado, tendo em vista que “os delitos que lhe foram imputados teriam sido cometidos justamente no exercício da advocacia”. Sublinha-se que este também é o entendimento da Primeira Turma do STF, conforme extrai-se do HC 106.225, julgado em 07/02/2012, em relatoria do Ministro Luiz Fux.

⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos. 3ª ed, revista, atualizada e ampliada. Florianópolis: Empório do Direito, p. 275.

⁵ PRADO, Geraldo. Limite às interceptações Telefônicas..., p. 21.

⁶ Ibidem, p. 80.

⁷ MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio, coordenadores: Advocacia Criminal: direito de defesa, ética e prerrogativas Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 p. 39.

o ilícito, porém não declara sua ilegalidade, nulidade e inutilização, além de declarar nulas todas as posteriores provas dela decorrentes, como fotos de depoimentos de testemunhas com menções expressas à interceptação ambiental ilícita.

V. DA ILICITUDE DA INTERCEPTAÇÃO FEITA VIA WHATSAPP

Como se não fosse suficiente esta “caça as bruxas” que se instaurou sobre os patronos dos acusados em sede inquisitorial, ainda conta-se com mais um absurdo realizado pelo policial Ricardo Moreira: a interceptação do *whatsapp* da Advogada Cristiane Miranda Faria.

O mesmo juntou ao Relatório de vínculos 16/2015 (**doc. 10**), diálogo que travou com a referida advogada através de mensagens telefônicas. Depreende-se do documento acostado que a advogada buscava tão somente extrair cópias do inquérito, o que é inerente a sua função, bem como um direito seu, conforme a Lei 8906/94, artigo 7º, XIII.⁸

Sublinha-se que este pedido foi negado pelo inspetor, inclusive impedindo a advogada de ter acesso ao procedimento, o que afronta diretamente não só as regras trazidas pelo Estatuto da Advocacia, como também o entendimento já firmado pelo STF na súmula vinculante nº 14⁹.

Ainda insatisfeito, o policial Ricardo também incluiu no referido relatório, a transcrição de diálogo efetuado entre a advogada e sua mãe e até mesmo as imagens trocadas entre elas, **sem qualquer autorização, da advogada ou judicial, para tanto.**

Mais uma vez, provou-se ilícita a conduta praticada por um dos agentes da DHNISG, que claramente violou não somente prerrogativas advocatícias, como também a intimidade e privacidade da advogada, sendo a medida extremamente vexatória e intimidatória para a mesma, sem qualquer fundamento que a justifique ou a autorize.

⁸ Art. 7º São direitos do advogado: (...)

XIII - **examinar, em qualquer órgão** dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, **autos de processos findos ou em andamento**, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, **assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos; (grifo nosso)**

⁹ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (grifo nosso)

Neste sentido, vale destacar o entendimento firmado pela jurisprudência brasileira:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÕES CARENTES DE FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRÁTICA CRIMINOSA. **VIOLAÇÃO AO SIGILO PROFISSIONAL ENTRE ADVOGADO E CLIENTE.** MÁCULA EVIDENCIADA. 1. **O sigilo das comunicações telefônicas é garantido no inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, e para que haja o seu afastamento exige-se ordem judicial que, também por determinação constitucional, precisa ser fundamentada (artigo 93, inciso IX, da Carta Magna).**

[...]

(RHC 28.643/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 29/10/2013)

Assim, esta prova também se constitui como ilícita, devendo igualmente ser excluída

do processo.

16

VI. DA CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS E DO NECESSÁRIO DESENTRANHAMENTO DAS MESMAS

Após as ilegalidades acima expostas, sobreveio uma série de decisões e diligências que se fundamentaram ou que fizeram alusão à interceptação ambiental. Contudo, conforme demonstrado acima, tal interceptação é claramente ilícita e, conseqüentemente, todas as demais medidas que ocorreram posteriormente se pautando ou tomando como base estas gravações são também ilícitas por derivação.

Pauta-se tal entendimento na teoria dos frutos da árvore envenenada. Segundo esta,

sendo a primeira prova descoberta por meios ilícitos, toda a prova produzida a partir desta descoberta, direta ou indiretamente, estará contaminada, sendo também ilícita⁸.

Este entendimento foi reconhecido e firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁹, uma vez que em nosso vigente sistema, toda e qualquer prova ilícita são inadmissíveis, devendo estas ser desentranhadas ou riscadas imediatamente.

Ao tratar do princípio da contaminação por meio das provas ilícitas explicita Aury Lopes Jr. que “exemplo típico é a apreensão de objetos utilizados para a prática de um crime (armas, carros, etc) ou mesmo que constituam um corpo de delito, e que tenham sido obtidos a partir da escuta telefônica ilegal ou através da violação de correspondência eletrônica. Mesmo que a busca e apreensão seja regular, com o mandado respectivo, é um ato derivado do anterior, ilícito. Portanto, contaminado está.”¹⁰

Após, prossegue o autor afirmando que: “o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. **Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originariamente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve**”¹¹ (grifos nossos).

Esta concepção é corroborada pelo artigo 5º, LVI da CRFB, bem como pelo artigo 157 do Código de Processo Penal, em especial seu §1º¹². Ademais, outro não é o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores. A título de exemplo, tem-se:

APELAÇÃO CRIME. CONDENAÇÃO POR DISPARO DE

⁸ Sobre esta temática, destaca-se que esta doutrina foi cunhada pela Suprema Corte norte-americana, Consoante essa teoria, o vício da planta se transmite a todos os seus frutos. (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73.)

⁹ A decisão basilar do STF que deu ensejo a adoção deste entendimento sobre a aplicação da doutrina norte-americana se deu através do julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912-0 em 30.06.1993 e serviu como precedente para diversas decisões versando sobre a matéria ora em questão. A exemplo tem-se: STF – HC 69912-RS, DJ de 26-11-93; HC 73351 – SP (Pleno, 9-5-96; HC 72.588, rel. Ministro Maurício Corrêa, (Informativo do STF de 10 a 12-9-96); HC 7335-SP (DJ de 19-03-1999)

¹⁰ *Ibidem*, p. 600.

¹¹ LOPES JR. Aury. Direito processual penal..., p. 601

¹² Art. 157. **São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas**, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (...) § 1º **São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas**, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

ARMA DE FOGO (ART. 15 DA LEI Nº 10.826/03). SUSCITADA OBSCURIDADE CONSISTENTE EM INCORREÇÕES FÁTICAS. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA, NA DECISÃO ATACADA, DE QUAISQUER DOS VÍCIOS QUE AUTORIZARIAM A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. QUESTÕES SUSCITADAS DEVIDAMENTE ANALISADAS NO DECISUM. INCONFORMISMO DO EMBARGANTE COM O V. ACÓRDÃO. INTUITO DE REDISCUTIR A MATÉRIA JÁ ANALISADA PELO COLEGIADO. EMBARGOS DESPROVIDOS.(...) **De consequência, declaro nulas todas as decisões supracitadas que determinaram a interceptação telefônica dos investigados**, bem como determino o desentranhamento de tais provas dos autos, ressalvadas as provas que pudessem ser obtidas por fonte independente daquelas nulas, nos termos do art. 157, § 1º e § 2º, do CPP. (...) o Acórdão ora embargado não avaliou a existência ou não de indícios de autoria e materialidade dos delitos supostamente

perpetrados pelos pacientes, **mas aferiu que a prova produzida através de escutas telefônicas padecia de vício, uma vez que deferida sem as devidas formalidades legais. Como não constaram expressamente dos despachos do Juízo a quo os requisitos necessários para a autorização das interceptações, por óbvio que estavam carentes de fundamentação, afrontando o art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, razão pela qual se entendeu deveriam ser anulados.** Neste sentido, confira-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: "(...) 3. **Esta Corte Superior de Justiça possui inúmeros julgados no sentido de que eventuais ilegalidades nas interceptações telefônicas podem ser examinadas na via do remédio constitucional, não se tratando de matéria que demanda a valoração de provas.** (...)".

(RHC 55.171/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 24/06/2015) (grifos nossos)

Assim, todas as medidas que tiveram como fundamento ou fizeram alusão à interceptação ilegal devem ser desentranhadas do processo, inclusive anulados todos os depoimentos tomados até então, das testemunhas de acusação, pois como se depreende das

mídias anexas (depoimentos das testemunhas de acusação), todos tiveram relevantes questionamentos a respeito da interceptação ambiental ilícita.

Por fim, vem a Associação recorrente informar que, em atenção ao novo posicionamento deste egrégio Superior Tribunal de Justiça, anexa ao presente a procuração outorgada por _____ Espíndola, protestando pela posterior juntada do instrumento de mandato outorgado por _____ Aleixo, em até 15 dias, como autoriza o artigo 104, §1º, do Código de Processo Civil.

VII. LIMINAR

O *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* estão devidamente comprovados ante os inevitáveis prejuízos e injustiças que decorrem e ainda irão decorrer por o sucedâneo de ilegalidades e irregularidades perpetradas nesta marcha processual tanto pela autoridade coatora, como também pela autoridade policial, enquanto estas se mantiverem nos autos. Ademais vale ressaltar que todos os acusados ainda encontram-se presos e as provas ilícitas ao se manterem no processo, limitam e prejudicam o direito de defesa dos advogados atuantes.

O *fumus boni iuris* ficou devidamente demonstrado na via excepcional, assim como o *periculum in mora*, uma vez que a prova ilícita atacada foi utilizada como fundamento para a decretação da prisão preventiva dos Pacientes, sendo a permanência das provas ilícitas no processo, além de uma afronta ao devido processo legal, a fonte de prejuízos irreparáveis para os advogados e seus respectivos clientes, acarretando inequívoco constrangimento ilegal decorrente de inadmissível violação às prerrogativas profissionais.

Requer-se, portanto, liminarmente, a SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL até o julgamento do mérito do *writ*, devendo ser determinado ainda a (1) inutilização da mídia de interceptação ambiental já desentranhada dos autos, o (2) desentranhamento e inutilização das fotos de fls. 457/461, decorrentes da interceptação ambiental, o (3) desentranhamento e inutilização dos documentos de fls. 657/691 (diálogos de *whatsapp* mantidos pela advogada Cristiane Faria), e por fim sejam riscadas do processo todas as menções às provas ilícitas aqui indicadas.

VIII. DO PEDIDO

Diante do farto conteúdo trazido ao conhecimento de Vossas Excelências, que demonstra a plausibilidade da tese jurídica sustentada em simples exame perfunctório, requer-se:

1. O deferimento da MEDIDA LIMINAR, a fim de que seja sobrestada a ação penal até o julgamento do mérito, por inequívocas presenças de seus elementos autorizadores, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, determinando envio de ofício ao juízo coator para que suspenda a audiência de oitiva de testemunhas já designadas bem como determine o recolhimento de todas as cartas precatórias expedidas com o mesmo fim;

2. NO MÉRITO, o provimento deste recurso ordinário em *habeas corpus*, com a

concessão da ordem, para que:

- a. seja declarada a ilicitude da interceptação ambiental e sua consequente nulidade, posto que foi efetivada na íntegra, durante 03 horas e 12 minutos, com a presença constante e permanente de até 05 (cinco) advogados no ambiente interceptado, bem como a nulidade de todas as provas dela derivadas;
- b. seja destruída a mídia de interceptação ambiental já desentranhada dos autos pela eminente magistrada de primeiro grau;
- c. sejam desentranhadas dos autos as fotos extraídas da mídia de interceptação ambiental, de fls. 457/461, e inutilizadas;

- d. sejam anulados os depoimentos tomados até então, com expressas menções à interceptação ambiental, em especial das testemunhas policiais Ricardo Moreira e Fabio Barucke;
- e. sejam retiradas dos autos da ação penal as fls. 657/691, por representarem violação desproporcional à intimidade da advogada Cristiane Miranda Faria, traduzindo-se em ilegal interceptação de diálogos mantidos por *whatsapp* encetada pela DHNISG.

f.

sejam riscadas dos autos, nas diversas peças do processo e seus apensos, de todas as referências feitas à interceptação ambiental ilícita, em especial: a representação apresentada pelo Delegado Fabio Barucke pela prisão temporária do paciente e dos corréu _____ Aleixo (fls. 462/472); o parecer favorável do Ministério Público sobre a prisão temporária (fls.474/483); a decisão proferida pelo juízo decretando a prisão temporária do Paciente e a prorrogação da prisão temporária do corréu _____ (fls. 484/486); o relatório final e representação prisão preventiva (fls. 723/738); a promoção de oferecimento da denúncia e pedido de prisão preventiva (fls. 739/744); a decisão apontada como ato gerador de constrangimento ilegal, que, ao recebera denúncia decretou a prisão preventiva (fls. 875/877); as informações prestadas em *habeas corpus* (fls. 1040/1041); o acórdão do referido *habeas* (fls. 1251/1257); a decisão monocrática proferida pelo Ministro Rogério Schietti (fls. 1261/1264);

- g. seja o advogado representante da ABRACRIM notificado da sessão de julgamento, com 72 horas de antecedência, a fim de produzir sustentação oral.

Rio de Janeiro, 29 de agosto de 2016.

JAMES WALKER JUNIOR JULIANA VILLAS BOAS OAB/RJ 79.016
OAB/RJ 163.806 Documentos anexos:

Doc. 1: Acórdão recorrido.

Doc. 2: Denúncia.

Doc. 3: Decisão que decretou a prisão preventiva dos Pacientes.

Doc. 4: Relatório de Vínculos 14/2015.

Doc. 5: Representação policial pela implantação da interceptação ambiental.

Doc. 6: Decisão que autorizou a interceptação ambiental.

Doc. 7: Imagens e mídia juntadas aos autos da ação penal como contendo a íntegra da interceptação ambiental.

Doc. 8: Termo de depoimento do policial Ricardo Moreira.

Doc. 9: Mídia contendo o depoimento do Delegado Fabio Barucke.

Doc. 10: Relatório de Vínculos 16/2015.

Doc. 11: Procuração

Os documentos listados que estão em formato de áudio e vídeo serão entregues diretamente aos gabinetes dos Ministros e à secretaria da egrégia Turma.