



EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO DO EGRÉGIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DR. EDSON FACHIN.

Ação Cautelar nº 4329

“É isto a justiça?

O juiz federal Sérgio Moro defendeu as delações premiadas, dizendo que, sem elas, “não teria sido possível descobrir os esquemas de corrupção no Brasil”. Segundo o Magistrado, “a ideia é usar um criminoso menor para chegar ao maior, para pegar os grandes”. Quanto ao fato de os delatores terem a sua pena abrandada ou até ganharem a liberdade, Sérgio Moro afirmou que “é melhor você ter um esquema de corrupção descoberto e algumas pessoas punidas do que ter esse esquema de corrupção oculto para sempre”, ou seja, “é melhor ter alguém condenado do que ninguém condenado”.

Trata-se de uma visão muito peculiar de justiça. Não se pode negar que as delações premiadas foram importantes para puxar o fio da meada que levou o País a conhecer o petrolão, maior esquema de corrupção da história nacional. O problema é que, atualmente, a julgar pelo que chega ao conhecimento público, as múltiplas acusações feitas pelo Ministério Público contra figurões do mundo político estão baseadas somente, ou principalmente, nas delações, sem que venham acompanhadas de provas matérias suficientes para uma condenação. Quando muito, há provas testemunhais, nem sempre inteiramente dignas de crédito ou confiança.

Criou-se um ambiente em que as delações parecem bastar. Se é assim, o objetivo não é fazer justiça, mas uma certa justiça. Aliás, ensinava o juiz Oliver W. Holmes que juiz não faz justiça, aplica a lei. Há tempos ficou claro que certos membros do Ministério público têm a pretensão de purgar o mundo político daqueles que consideram nocivos. Para esse fim, basta espalhar por aí, por meio de vazamentos deliberados, que tal ou qual político foi citado nesta ou naquela delação para que o destino do delatado esteja selado, muito antes de qualquer tribunal pronunciar a sua sentença.

Foi exatamente o que aconteceu no episódio envolvendo o presidente Michel Temer. Em mais um vazamento de material em poder do Ministério Público, chegou ao conhecimento dos brasileiros uma gravação feita pelo empresário Joesley Batista com Temer na qual o presidente, segundo se informou, teria avalizado a compra do silêncio do deputado cassado Eduardo Cunha. Quando a íntegra da gravação foi finalmente liberada, dias depois, constatou-se que tal exegese era, no mínimo, contravertida. Mas em todo o episódio prevaleceu a interpretação feita pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, para quem o diálogo é expressão cabal de uma negociata – e isso bastou para Temer ser visto por muitos como imprestável para permanecer no cargo de presidente. Assim é a política, como bem sabem os valores.

Enquanto isso, o empresário Joesley Batista, por ter grampeado o presidente da República para flagrá-lo em suposto ato de corrupção e por ter informado ao Ministério Público que deu dinheiro para quase 2 mil políticos com o objetivo de suborna-los, não passará um dia sequer na cadeia nem terá a tornozeleira eletrônica. Poderá até morar nos Estados Unidos, para onde já levou a maior parte dos seus negócios. Isso, nos termos do escandaloso



acordo de delação endossado pelo sr. Janot.

Se é verdade como diz o juiz Sérgio Moro, que o objetivo dos paladinos do Ministério Público é "pegar os grandes" criminosos, como explicar que alguém que confessa crimes dessa magnitude, como fez Joesley Batista, não será punido? A resposta é muito simples: o objetivo não é pegar os grandes criminosos, mas apenas aqueles que, na visão dos procuradores da República, devem ser aliados da vida nacional – isto é, os políticos. Ainda que nenhuma prova apareça para corroborar as acusações, o estrago já estará feito. E, no entanto, há muitos políticos honestos neste país.

Assim, as declarações se tornaram instrumentos eminentemente políticos. Na patética articulação em curso para encontrar um "substituto" para Temer caso o presidente caia, a primeira qualificação exigida é que o nome do candidato não tenha sido sussurrado por nenhum delator. Só então será considerada sua capacidade de governar o País. Essa é a prova de que a agenda nacional, em meio a uma das mais graves crises da história, foi definitivamente contaminada pelo pressuposto de que o Brasil só será salvo se a classe política for desbaratada, como se fosse uma quadrilha. Isso não costuma dar boa coisa."

(Jornal Estadão, 1º de julho de 2017. Editorial)

CONTRARRAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL

RODRIGO SANTOS DA ROCHA LOURES, já qualificado nos autos da ação cautelar epigrafada, vem, por seus defensores signatários, perante Vossa Excelência, apresentar as presentes contrarrazões ao Agravo Regimental interposto pela Douta Procuradoria-Geral da República, conforme os fundamentos que seguem.

NOVO PEDIDO INTEMPESTIVO DE PRISÃO

Antes adentrarmos nas contrarrazões do agravo interposto pelo *Parquet*, precisamos dizer sobre **um novo, impróprio e inoportuno pedido de reconsideração apresentado na data de ontem**, enquanto esta defesa está debruçada sobre as contrarrazões de seu agravo, e, como novo fundamento traz somente a perda de prerrogativa de foro por parte do agravado. Vejamos:



- i. Em primeiro lugar, quantos pedidos fará o Parquet enquanto a defesa se debate tentando respondê-los, sobrecarregando o digno Ministro e o próprio colegiado, com a impaciência do digno Procurador-Geral.
- ii. Por que não diz a verdade, isto é, **que quer a prisão para forçar uma delação**, como tem sido usual nos últimos tempos?
- iii. Tal circunstância, a perda do mandato de Deputado Federal, não constitui qualquer fato novo autorizador da pretendida prisão preventiva. A decisão agravada aplicou as medidas alternativas que entendeu viáveis e suficientes para cumprir a função de cautela processual necessária. Todas estão sendo rigorosamente cumpridas e observadas pelo agravante. A mudança de condição subjetiva do agravante não interfere em nada nos pressupostos e requisitos de cautelaridade;
- iv. A perda do mandato eletivo não é, e não pode ser, fundamento de prisão preventiva, sobretudo já examinada. E a prisão preventiva, *ultima ratio*, só é permitida quando as medidas do art. 319 do CPP se revelam insuficientes. Não há uma conduta sequer da parte do agravante, ou acontecimento no mundo dos fatos a recomendar medida diversa das que estão vigendo;
- v. Buscas e apreensões e demais diligências de obtenção de provas materiais encontram-se cumpridas, inexistindo possibilidade de qualquer afetação da prova por parte do agravante;
- vi. a perda do mandato eletivo diminui significativamente qualquer especulação acerca da possibilidade de o agravante utilizar-se de sua função ou poder para interferir na instrução criminal.

O Agravado encontra-se, enfim, com sua família, recolhido e na mais estrita obediência à lei e ao Judiciário, cumprindo as cautelares que lhe foram impostas!



I – OS FATOS SUBJASCENTES

Em 12/02 de 2017, o Douto Procurador Geral da República Requereu a Sua Excelência o Ministro Edson Fachin, enquanto Relator do Inquérito 4483/DF, a decretação da prisão preventiva do requerente, bem como seu afastamento do cargo de Deputado Federal, alegando a suposta ocorrência de flagrante de crime inafiançável, aventando estar-se diante da hipótese do art. 53 § 2º da Constituição Federal. Alternativamente, ou subsidiariamente, requereu a fixação de uma série de medidas alternativas à privação de liberdade dentre as previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

A prisão foi indeferida, monocraticamente, sob o fundamento de que, muito embora estivessem presentes os pressupostos para a decretação preventiva, do que o agravado ousa discordar, conforme adiante se esclarecerá, deve-se respeitar o comando do art. 53, § 2, da Constituição Federal, que confere imunidade a Deputados e Senadores, salvo na hipótese de estado de flagrância de crime inafiançável¹. Não obstante, Sua Excelência aplicou medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, dentre as previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Ressalvou, contudo, o digno Relator, a hipótese de o Plenário reexaminar o pleito se entender pela aplicabilidade da medida extrema por hipótese situação excepcionalíssima.

Insatisfeito, o Douto Procurador-Geral da República interpôs agravo Regimental (art. 6º, inciso I, alínea "c" c/c o art. 317, caput, RISTF), aduzindo que as

¹. Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001\).](#)

§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.



ditas provas apresentadas e colhidas no bojo da ação controlada e interceptações “*não deixam dúvida de que o agravado está em estado de flagrância*” (fl. 25 do regimental), que a prisão não ocorreu em momento anterior em razão da necessidade de condução da “ação controlada”, **pugnando pelo reconhecimento, por parte dessa Suprema Corte, de uma aberração jurídica que seria uma (suposta porque, conforme se demonstrará adiante, não ocorreu) flagrância retroativa.**

Não bastasse, o *Parquet* demonstra, ele mesmo, que a prisão pretendida não alcança os preceitos legais defendendo que deve ser aplicada assim mesmo:

“Por sua vez, a prisão em flagrante de congressista, além de fortuita, por depender da presença da autoridade no local e no momento do crime, somente é cabível em se tratando de crime inafiançável — **a atual redação do Código de Processo Penal tornou afiançáveis, *in genere*, todos os crimes, permanecendo apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, porque de extração constitucional.**

Mas, **o tom absolutista do preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República** não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: se não são absolutos nem sequer os direitos fundamentais, não é razoável que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar. **Essa prerrogativa, embora institucional, é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, coloração perigosamente próxima de um privilégio odioso.**” (agravo ministerial, fl. 34, grifamos)

E prossegue, o agravante, açoitando a Constituição em nome de casuísmos e julgamentos próprios do que deveria a lei dispor:

“O direito comparado corrobora a percepção de que **a cunhagem dessa prerrogativa no constitucionalismo brasileiro merece exegese corretiva**” (fl. 34 do agravo. Grifamos)

“A Constituição não pode ser interpretada em ordem a situar o Supremo Tribunal Federal, seu intérprete e guardião máximo, em posição de impotência...” (fl. 43 do agravo)

“...em situações excepcionais, as providências jurisdicionais devem ser igualmente excepcionais...” (fl. 47 do agravo)

“No tocante às situações expostas neste recurso, a solução não há de ser diversa: a excepcionalidade dos fatos impõe medidas também excepcionais.” (fl. 47 do agravo)

Quando a Constituição Federal prevê a possibilidade de prática de crime, de

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



qualquer natureza, por um membro do Poder Legislativo, já está prevendo situação excepcionalíssima, à qual traz comando expresso acerca dos limites jurisdicionais. O que pretende o *Parquet*, portanto, não é aplicar a Constituição mas implementar uma construção argumentativa que permita sua não aplicação. Quer impor uma exegese fundamentada, toda ela, na excepcionalidade, para fazer da exceção a regra.

Enfim, a Procuradoria-Geral da República propõe uma nova exegese que permita a não aplicação dos preceitos constitucionais.

Deve-se, ainda, ressaltar, que o agravo regimental ora combatido em nenhum momento demonstra o descabimento das cautelares alternativas do art. 319 ou sua insuficiência e que, diga-se de passagem, o agravado vem cumprindo a contento.

Passa-se, portanto, às razões suficientemente necessárias que conduzem ao desprovimento do agravo regimental.

II - DESNECESSIDADE DA PRISÃO. DA AUSÊNCIA DE RISCO À ORDEM PÚBLICA E À INSTRUÇÃO CRIMINAL

II.1. A confessada odiosa prisão para delatar

Desde o momento em que o Deputado Osmar Serraglio não aceitou o Ministério da Cultura e optou por reassumir sua cadeira de deputado na câmara, a grande mídia tem insistido que a qualquer momento o recorrido Rodrigo Rocha pode ser preso. E, invariavelmente, acrescentam que se ele não for preso provavelmente não irá delatar. Ou seja, a própria mídia já encorpou a filosofia adotada na Lava Jato de prender, para humilhar, fragilizar e apavorar os investigados para optarem pela delação.

Embora o perfil do digno relator não seja o mesmo do magistrado daquela operação, não deixa de preocupar esta defesa. Contudo, as circunstâncias fático-



jurídicas já não são as mesmas, ou seja, o recorrido não ostenta mais o cargo de Assessor da Presidência da República e tampouco tem o *status* de Deputado Federal. Devolveu os valores e entregou seu passaporte.

Em outros termos, encontra-se recolhido em sua residência, não tem nenhum contato com ninguém e não ocupa qualquer posto em que poderia, teoricamente, praticar algum ato ou fato ou pudesse atrapalhar as investigações. Sua única atitude foi contratar seus defensores para exercer o direito constitucional de sua ampla e irrestrita defesa.

A espetacularização das prisões quase diárias da "lava jato", acompanhadas por grande alarde da mídia, as megas entrevistas coletivas em redes de televisão a cada "operação policial", as ilegais **conduções coercitivas** de pessoas que jamais foram convidadas a comparecer às repartições repressoras, entre outros tantos abusos oficiais, estão a agredir os direitos fundamentais do cidadão e também o Código de Processo Penal brasileiro.

Há três anos assiste-se os espetáculos lamentáveis e totalmente desnecessários, **transformando a prisão em regra**, quando deveria ser exceção; começou-se (I) prendendo para garantir a produção de prova, passou-se (II) a prender por reconhecer que não existe prova contra o investigado, (III) para forçar delações etc.

Em outros termos, **prende-se para investigar, para descobrir provas, para forçar delações, por precisar de tempo para produzir provas, mas não por necessidade da prisão**. Prende-se filhos, esposas, agregados, empregados, porteiros, secretárias, enfim prende-se a família para forçar a delação, prende-se pela manhã, relaxa-se a prisão a tarde, como ocorreu recentemente. Ou seja, está-se a antecipar a condenação e o cumprimento da pena!

O Ministério Público confessou na mídia **que prende para forçar a delação e facilitar as investigações**; o magistrado decreta a prisão de alguém pela manhã, mas a relaxa a tarde ao saber que o pretense investigado está negociando uma delação, deixando claro que o objetivo da prisão era só para forçar a delação, o que



é um procedimento lamentável do julgador. Há, na verdade, uma grande *inversão* da ordem natural das coisas, isto é, da ordem jurídica, dos direitos e garantias do cidadão, parecendo que realmente escreveram uma nova Constituição, uma nova ordem jurídica, exclusiva para eles, ao arripio da Carta Magna deste país.

Esses são alguns dos métodos nada ortodoxos utilizados pela "lava jato" para ganhar a popularidade, conquistar a mídia, e transformar seus atores em falsos heróis nacionais. Mas todos os métodos arbitrários, ilegais, violadores de garantias constitucionais virou moda na linha de "os fins justificam os meios", fez escola e agora muitos querem ser os falsos "paladinos da justiça" — *os vendilhões do templo* — ávidos por 15 minutos de popularidade, sem medir as consequências de seus atos, por mais treloucados, irresponsáveis e inconsequentes que possam ser, mesmo que causem catastróficas consequências nacional e internacional.

A Polícia Federal e o Ministério Público, que são extraordinárias Instituições Públicas, que orgulham a todos nós brasileiros, não podem agir açodadamente, como, por vezes, acontece. Ou seja, o que ocorreu na "operação carne fraca", voltou a repetir-se nesta operação em que foi estrangido o Presidente da República. Referimo-nos à omissão de cautela em não submeter o material utilizado ao trabalho pericial, o que causa enormes prejuízos às investigações e aos investigados.

Na "operação carne fraca" a Polícia Federal decidiu, equivocadamente, "dispensar" o indispensável apoio dos seus eternos colaboradores, quais sejam, dos "*peritos oficiais da corporação*". Aliás, a *própria associação dos delegados da Polícia Federal* reconheceu o grande equívoco de seu *associado* e o fato de ter extrapolado os prudentes limites que referida operação estava a exigir.

Agora, na "Delação da JBS", o Ministério Público Federal confessou que não submeteu a exame pericial os áudios da autogravação do Senhor Presidente da República, o que pode ter comprometido toda a prova que pretende utilizar.

Olvidou-se o *Parquet* que a autoridade pública investigadora é responsável pela cadeia da custódia da prova, ou seja, a licitude, legitimidade e legalidade da



prova é seu ônus, sendo-lhe vedado atribuir ao empresário delator essa responsabilidade.

Apenas a título de complementação, sem querer aprofundar o tema, verifica-se uma evidente **conexão instrumental** entre as investigações contra Michel Temer e contra Rodrigo Rocha Loures.

Isso porque, de acordo com as alegações do Ministério Público Federal, Rodrigo seria um interlocutor do presidente, o que impõe, necessariamente, que a investigação contra os dois tramite conjuntamente, nos mesmos autos, objetivando a garantia da prova, assim como da ampla defesa e devido processo legal. Enfim, trata-se, inegavelmente, de uma conexão instrumental (art. 76, III do CPP).

II.2. A ausência de risco à ordem pública e à instrução criminal

No Agravo ora combatido, Ministério Público Federal não traz elementos novos capazes de fundamentar a prisão do agravado, motivo pelo qual deve-se indeferi-la novamente. Aliás, os argumentos trazidos pelo órgão acusador são vazios de embasamento fático e jurídico, senão vejamos.

Embora o requerimento ministerial seja cheio de floreios no sentido de se demonstrar a necessidade de prisão do agravado, não há demonstração da necessidade da segregação de sua liberdade, simplesmente porque não está ameaçada a garantia da ordem pública, muito menos há risco para a instrução criminal.

Quanto à garantia da ordem pública, cumpre destacar que o agravado, desde que soube da existência de investigação contra sua pessoa, sempre esteve à disposição dos órgãos de persecução, inclusive, estava a negócios em Nova Iorque e retornou imediatamente, disponibilizando-se à justiça, em cumprimento às cautelares diversas da prisão determinadas por Vossa Excelência e em momento algum deu qualquer demonstração de que iria impedir ou impor obstáculos à investigação. Tal circunstância reforça ainda mais a afirmação de que o agravado



sempre esteve e está à disposição da Justiça.

Por outro lado, a autoridade acusadora, sem a necessária acuidade na análise dos **fundamentos da prisão preventiva** insiste em sua decretação. **Afinal, para a imposição da prisão preventiva, é fundamental que se aponte atos concretos e contemporâneos que demonstrem a imprescindibilidade da medida.** Ou seja, a mencionada imprescindibilidade da constrição preventiva do Agravado, ao menos na equivocada ótica do Ministério Público Federal, decorre dos próprios elementos que, ao menos em tese, comprovariam materialidade e autoria delitivas.

Com a devida vênia, ainda que o agravado tivesse praticado os crimes que ora lhe imputam, o que se admite apenas para fins de argumentação, **ainda assim, seria necessário demonstrar como tais fatos impediriam ou prejudicariam as investigações**, a ponto de se decretar tão severa medida.

Enfim, não se vislumbra a existência ou, quiçá, permanência de eventual *periculum libertatis* em relação ao agravado Rodrigo que justifique a manutenção de sua prisão.

Explica-se:

É remansosa a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de **que a prisão preventiva só é cabível para evitar a reiteração da conduta criminosa, quando há elementos concretos que indiquem que o acusado – em liberdade – voltará a delinquir**, por fazer do crime seu modo de vida, senão vejamos:

*RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU REINCIDENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.1. A custódia cautelar **encontra fundamento na reiteração de práticas delitivas pelo Recorrente, que possui "diversos processos pelo cometimento de crimes contra o patrimônio, inclusive com condenação transitada em julgado", o que evidencia a necessidade da custódia para garantir a ordem pública.** (...). De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma. E mais: seria um verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente*



TENDO EM CONTA AQUELES QUE FAZEM DA CRIMINALIDADE UM MEIO DE VIDA.
Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 34750 / MG Relatora Ministra LAURITA VAZ – QUINTA TURMA, DJe 01/08/2013.

Seria necessário, nessa linha, para justificar o perigo de reiteração criminosa, que se demonstrasse que o Agravado faz do crime seu modo de vida, ou seja, que pratica as atividades a ele imputadas de forma contumaz ou reiterada, que já se envolveu com diversas e sucessivas condutas criminosas relacionadas entre si. Todavia Excelência, e com o devido respeito, **não é o que ocorre no caso deste agravado!**

Conforme já demonstrado, imputa-se ao Agravado um **episódio certo e determinado**, uma operação que teve início e fim, **não se apontando mais nenhum fato anterior ou posterior** que indique uma atividade pautada pela ilicitude.

Com a devida vênia, a fundamentação da acusação é claramente genérica, abstrata e equivocada. Quanto à **suposta conveniência da instrução processual**, pergunta-se: qual o fato concreto ou as condutas praticadas pelo agravado indicariam o efetivo risco de que ele venha a interferir, perturbar ou embaraçar a instrução criminal? Como, quando, onde?

Ora, presumir “capacidade de intervenção na instrução” não é elemento concreto que justifique a prisão preventiva do Agravado!

Evidenciado, portanto, que com relação ao agravado, a acusação não aponta um só elemento concreto que indique eventual intuito de obstruir a instrução criminal, **valendo-se tão somente de presunções que não se prestam a justificar prisões cautelares**, configurando a coação ilegal à liberdade, ensejadora do reconhecimento desnecessidade da prisão do Agravado.

É exatamente nesse sentido, a orientação dessa Suprema Corte:

*HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. ...: 1) CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL PARA VIABILIZAR, COM A COLHEITA DE PROVAS, A INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. **Tendo o Juiz da causa autorizado a quebra de sigilos telefônicos e determinado a realização de inúmeras***



buscas e apreensões, com o intuito de viabilizar a eventual instauração da ação penal, TORNA-SE DESNECESSÁRIA A PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE POR CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO PENAL. Medidas que lograram êxito, cumpriram seu desígnio. Daí que a prisão por esse fundamento somente seria possível se o magistrado tivesse explicitado, justificadamente, o prejuízo decorrente da liberdade do Paciente. A não ser assim ter-se-á prisão arbitrária e, por consequência, temerária, autêntica antecipação da pena. (HC 95009 / SP Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008).

Devemos lembrar ainda que o art. 312 do CPP traz os quatro requisitos alternativamente necessários para a decretação da prisão preventiva, a saber: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A mera conceituação dos termos acima mencionados como fundamento para decretação da prisão preventiva tem se mostrado insuficiente ante o estágio de desenvolvimento do processo penal atual. Como qualquer detenção cautelar, ela só se mostra legítima quando for imprescindível – e desde que, obviamente, esteja fundada nas hipóteses previstas no art. 312 do CPP.

II.3. Da absoluta ausência do *periculum libertatis*

O *periculum libertatis* estaria configurado quando a coleta da prova ou o normal desenvolvimento do feito estiverem em risco, em virtude de ameaças ou constrangimentos às testemunhas, vítimas e peritos, bem como em caso de destruição ou alteração do local do crime (LOPES JR., 2011. p. 109²).

Não é o que ocorre nos presentes autos. Ao contrário do que afirma a douta autoridade acusadora, não há qualquer indício de que a liberdade do agravado possa ocasionar qualquer influência sobre a instrução processual, uma vez que o Agravado **não exerce atualmente qualquer cargo público.**

O agravado sempre teve uma vida imaculada, não apresentando nenhum resquício de antissocialidade, com uma conduta irrepreensível, sem qualquer deslize

² Lopes Junior, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 2v

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



ao longo de sua vida pessoal e profissional.

A postura do Agravado – **retornando dos Estados Unidos e apresentando-se imediatamente à Polícia Federal** – afasta qualquer justificativa que se possa lançar mão quanto à necessidade de imposição de medidas cautelares, de qualquer natureza.

Assim que tomou conhecimento da investigação existente – o Agravado que se encontrava em Nova Iorque – retornou ao Brasil e, na mesma data (19 de maio), comunicou a Procuradoria-Geral da República sua intenção de *entregar ao Ministério Público Federal valores que estavam consigo*. Em 22/05/2017, protocolizou, nos autos da ação cautelar nº 4328, petição na qual reiterou sua intenção, requerendo a Vossa Excelência que fosse “*oficiado à Polícia Federal para que forneça as orientações cabíveis para a referida devolução*” (doc. 2). Devolveu a referida mala com os respectivos valores.

Portanto, pelas condutas adotadas pelo Agravado desde a deflagração da investigação, não se pode dizer, absolutamente, que haja concreto risco à ordem pública e, muito menos, à instrução criminal. Em sentido, contrário, o Agravado mostrou-se ativamente disposto a colaborar com a Justiça.

Pesando ainda contra a necessidade das medidas cautelares nesse momento inicial da investigação, em nota oficial, o **CADE negou a existência de qualquer decisão favorável ao grupo empresarial dos delatores**, refutando que tenha agido sobre influência. Portanto, todos esses aspectos demonstram a absoluta desnecessidade de prisão do agravante.

Quanto à **ausência de fundamentação idônea para o decreto de prisão cautelar**, colhemos a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SÚMULA 691/STF. AFASTAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ARTIGOS 33 E 35 DA LEI 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. Em casos excepcionais, viável a superação do óbice da Súmula 691 desta Suprema Corte. Precedentes. 2. O decreto de prisão cautelar há de se apoiar nas circunstâncias fáticas do caso concreto, evidenciando que a soltura, ou a manutenção em liberdade, do agente implicará risco à ordem pública, à ordem econômica, à instrução

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



criminal ou à aplicação da lei penal (CPP, art. 312). 3. A motivação genérica e abstrata, sem elementos concretos ou base empírica idônea a amparar o decreto prisional, esbarra na jurisprudência consolidada deste Supremo Tribunal Federal, que não lhe reconhece validade. Precedentes. 4. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem fixadas pelo juízo de primeiro grau. 5. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva dos pacientes, sem prejuízo da imposição, pelo magistrado de primeiro grau, se assim o entender, das medidas cautelares ao feito legal. (HC 129554 / SP - SÃO PAULO. HABEAS CORPUS Relator (a): Min. ROSA WEBER. Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação PROCESSO ELETRÔNICO. DJe-206 DIVULG 14-10-2015 PUBLIC 15-10-2015).

Assim, por todo o exposto, não restam dúvidas de que estão ausentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva.

II.4. Da prisão em flagrante diferida – impossibilidade de postergá-la para além da flagrância

De acordo com a manifestação do Procurador-Geral da República, deveria ser decretada a prisão preventiva em **decorrência de flagrante em crime inafiançável**. Ora, a *situação de flagrância* autoriza a prisão em flagrante, nos termos definidos no CPP, mas superada tal situação, ou seja, após a consumação do fato, ela, por si só não autoriza outra modalidade de prisão (preventiva ou temporária).

Na sua petição, a PGR afirma (fl. 23):

“Após esse acordo inicial, momento em que o crime de corrupção se consumou, o Deputado Federal ainda recebe os valores da propina acertada do também colaborador RICARDO SAUD.

Os robustos elementos de prova colhidos em decorrência do acordo de colaboração premiada e da ação controlada deferida judicialmente apontam para aos seguintes crimes previstos no Código Penal” (fl. 23).

E prossegue o Procurador Geral da República, afirmando:

“A prisão do congressista envolvido apenas não ocorreu em momento anterior,



*quando, por exemplo dos recebimentos das parcelas da propina, em razão de diferimento de ações controladas que tiveram como motivação **permitir fossem angariadas provas ainda mais robustas** em relação aos fatos criminosos” (fl. 25).*

Observa-se uma grande contradição nas afirmações do Douto Procurador Geral da República. Isso porque, para justificar o pedido de prisão afirma que **há provas robustas** da prática de crimes de corrupção ativa. No entanto, logo após, na folha seguinte, para justificar um **pedido retroativo**, alega que a prisão somente não se deu naquela data **para que fosse possível obter provas robustas**. Ou seja, havia ou não prova robusta contra o agravado?

Obviamente que não havia nada de robusto, pois a polícia federal jamais deixaria de prendê-lo, com vídeos e áudios, e diante da oportunidade de espetacularização das prisões que vem sendo rotineiramente utilizada, se tivesse alguma prova robusta contra RODRIGO ROCHA LOURES, jamais perderiam tal oportunidade.

A verdade é que não havia prova nenhuma contra RODRIGO ROCHA LOURES e continua não existindo, especialmente porque nada de novo surgiu daquela data até o presente momento!

No entanto, parece que se faz necessário um esclarecimento técnico: a **prisão em flagrante** só pode ocorrer em situação de flagrância, nos termos do art. 301 e 302 do CPP! É preciso entender que uma “ação controlada” que – significa o retardamento legal da ação policial – não amplia a situação de flagrância, por isso, passado essa situação não mais será possível a prisão por esse fundamento, por que de flagrante não mais se trata. E a dita “ação controlada” não autoriza prisão extemporânea tachada de “prisão em flagrante, mas somente a produção de prova: esse é o significado que se deve dar a locução **“desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações”** (art. 8º).

Na verdade, o operador da “ação controlada” perdeu o *time* da prisão e virou, fazendo um trocadilho, uma “ação descontrolada”, pois o flagrante desapareceu,



sumiu, se desfez. Qualquer acadêmico dos primeiros anos da faculdade, sabe que após a consumação da ação não se pode falar em flagrante. A “ação controlada” **prorroga o tempo de ação investigatória, podendo, inclusive, deixar de prender em flagrante para conseguir melhor resultado posteriormente**, mas isso não importa em prorrogar o **estado de flagrância**, para autorizar, tempos depois a prisão em flagrante, por que isso seria pura ficção e o **direito penal, como sabem todos, não trabalha com ficções!**

É uma erronia insustentável pensar diferente!

Além disso, de extrema importância a previsão legal do § 1º do mesmo art. 8º, o qual, exige a **prévia comunicação ao órgão judiciário competente, que estabelecerá os limites materiais e/ou temporais à medida investigativa**

Essa disciplina propicia maior eficácia à investigação policial, que, por sua natureza, deve ter execução imediata, sob pena de frustração dos objetivos que lhe são próprios. Além disso, importa destacar que para preservar o rigoroso controle judicial sobre a execução da medida, exige a lei **prévia comunicação ao juiz**, com a responsabilidade de imposição, *a posteriori*, de limites, tanto materiais (crimes passíveis de investigação por meio de ação controlada) quanto temporais (prazo para a execução da medida sem a efetivação de prisão em flagrante).

Nessas condições, se a autoridade investigadora identificar a pertinência e a necessidade de emprego da ação controlada, para realizar a prisão em flagrante somente no momento mais oportuno, **deverá comunicar o emprego da técnica ao órgão judiciário competente** e, desde logo, dar início à execução do ato. Recebendo a comunicação, poderá o juiz fixar limites à ação investigativa.

Mas, **ao que consta esses limites não foram fixados pelo magistrado.**

Verifica-se, portanto, que não basta a autoridade policial deixar de efetuar a prisão em flagrante para, automaticamente, permanecer a situação de flagrância durante tempo indeterminado para efetuar a prisão ser efetuada a qualquer tempo. Isso jamais poderá acontecer, pois seria o desvirtuamento da natureza e da essência do flagrante.



É inconcebível que um mês após o fato o Ministério Público requeira a prisão em flagrante de alguém, partindo do pressuposto que a situação de flagrância ainda permanece, única e exclusivamente, porque a prisão não foi efetuada em momento oportuno.

E tal limite também deve ser respeitado pelo Poder Judiciário, ou seja, o magistrado não pode autorizar a prisão de alguém, a qualquer tempo, alegando tratar-se de prisão em flagrante diferida, semanas após o suposto fato delitivo.

III. NULIDADE ABSOLUTA DA GRAVAÇÃO DE MICHEL TEMER E DEMAIS DERIVAÇÕES. DIREITO DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR

A surpreendente gravação clandestina de Joesley Batista de seu encontro com o Presidente Michel Temer desnuda a ausência de limites para as autoridades repressoras (Polícia e Ministério Público) na busca infatigável de satisfação de sua sanha investigativa, despreocupados com a legitimidade, legalidade e moralidade dos meios utilizados para tais objetivos, naquela linha de que “os fins justificam os meios”, ignorando as garantias constitucionais e o devido processo legal.

Esse excesso investigativo-acusatório – não pode rasgar a constituição e o Código de Processo Penal – estarrece não apenas **os defensores da liberdade e garantias de todo cidadão**, mas também começa a deixar estupefatos setores da própria mídia nacional, como, por exemplo, o grande jornal conhecido, afetivamente, como o “Estadão”, trouxe o seguinte editorial, no dia de ontem (1º de junho), o qual, pedimos vênica para transcrevê-lo, *verbis*:

“É isto a justiça?

O juiz federal Sérgio Moro defendeu as delações premiadas, dizendo que, sem elas, “não teria sido possível descobrir os esquemas de corrupção no Brasil”. Segundo o Magistrado, “a ideia é usar um criminoso menor para chegar ao maior, para pegar os grandes”. Quanto ao fato de os delatores terem a sua pena abrandada ou até ganharem a liberdade, Sérgio Moro afirmou que “é melhor você ter um esquema de corrupção descoberto e algumas pessoas punidas do que ter esse esquema de corrupção oculto para sempre”, ou seja, “é melhor ter alguém condenado do que ninguém condenado”.

Trata-se de uma visão muito peculiar de justiça. Não se pode negar que as delações



premiadas foram importantes para puxar o fio da meada que levou o País a conhecer o petróleo, maior esquema de corrupção da história nacional. O problema é que, atualmente, a julgar pelo que chega ao conhecimento público, as múltiplas acusações feitas pelo Ministério Público contra figurões do mundo político estão baseadas somente, ou principalmente, nas delações, sem que venham acompanhadas de provas matéricas suficientes para uma condenação. Quando muito, há provas testemunhais, nem sempre inteiramente dignas de crédito ou confiança.

Criou-se um ambiente em que as delações parecem bastar. Se é assim, o objetivo não é fazer justiça, mas uma certa justiça. Aliás, ensinava o juiz Oliver W. Holmes que juiz não faz justiça, aplica a lei. Há tempos ficou claro que certos membros do Ministério público têm a pretensão de purgar o mundo político daqueles que consideram nocivos. Para esse fim, basta espalhar por aí, por meio de vazamentos deliberados, que tal ou qual político foi citado nesta ou naquela delação para que o destino do delatado esteja selado, muito antes de qualquer tribunal pronunciar a sua sentença.

Foi exatamente o que aconteceu no episódio envolvendo o presidente Michel Temer. Em mais um vazamento de material em poder do Ministério Público, chegou ao conhecimento dos brasileiros uma gravação feita pelo empresário Joesley Batista com Temer na qual o presidente, segundo se informou, teria avalizado a compra do silêncio do deputado cassado Eduardo Cunha. Quando a íntegra da gravação foi finalmente liberada, dias depois, constatou-se que tal exegese era, no mínimo, contravertida. Mas em todo o episódio prevaleceu a interpretação feita pelo procurador-geral da República, Rodrigo Janot, para quem o diálogo é expressão cabal de uma negociata – e isso bastou para Temer ser visto por muitos como imprestável para permanecer no cargo de presidente. Assim é a política, como bem sabem os valores.

Enquanto isso, o empresário Joesley Batista, por ter grampeado o presidente da República para flagrá-lo em suposto ato de corrupção e por ter informado ao Ministério Público que deu dinheiro para quase 2 mil políticos com o objetivo de suborná-los, não passará um dia sequer na cadeia nem terá a tornazeleira eletrônica. Poderá até morar nos Estados Unidos, para onde já levou a maior parte dos seus negócios. Isso, nos termos do escandaloso acordo de delação endossado pelo sr. Janot.

Se é verdade como diz o juiz Sérgio Moro, que o objetivo dos paladinos do Ministério Público é “pegar os grandes” criminosos, como explicar que alguém que confessa crimes dessa magnitude, como fez Joesley Batista, não será punido? A resposta é muito simples: o objetivo não é pegar os grandes criminosos, mas apenas aqueles que, na visão dos procuradores da República, devem ser alijados da vida nacional – isto é, os políticos. Ainda que nenhuma prova apareça para corroborar as acusações, o estrago já estará feito. E, no entanto, há muitos políticos honestos neste país.

Assim, as declarações se tornaram instrumentos eminentemente políticos. Na patética articulação em curso para encontrar um “substituto” para Temer caso o presidente caia, a primeira qualificação exigida é que o nome do candidato não tenha sido sussurrado por nenhum delator. Só então será considerada sua capacidade de governar o País. Essa é a prova de que a agenda nacional, em meio a uma das mais graves crises da história, foi definitivamente contaminada pelo pressuposto de que o Brasil só será salvo se a classe política for desbaratada, como se fosse uma quadrilha. Isso não costuma dar boa coisa.

Na verdade, o líder da **maior organização criminosa** (bilionária) deste país – Joesley Batista -, que se vangloriou de comprar centenas de políticos (falou em 1.829), alguns juízes e um Procurador República, confessou a disponibilização no exterior (evasão de divisas e lavagem de dinheiro) de centenas e centenas de



milhões de dólares com essa finalidade espúria (aliás, “comprou” também sua anistia ou perdão “judicial”³, sem julgamento).

A rigor, estamos falando da **absoluta ilegalidade da gravação de seu interlocutor**, sem avisá-lo, sem assegurar-lhe o direito ao silêncio e **sem respeitar o seu direito a “não auto-incriminação”!** Ademais, referida gravação, realizada de má-fé, não foi para usá-la em sua defesa, **mas para incriminar seu interlocutor**, arditosamente, clandestinamente, de má fé, violando, principalmente, o seu direito ao silêncio e, sobretudo, o direito de não se autoincriminar, como veremos adiante.

Os tribunais têm enfrentado várias formas de gravação, de gravação, autogração, gravação para defender-se etc. Mas os Tribunais Superiores, particularmente o Supremo Tribunal Federal, nunca abordou um caso com tais características, qual seja: um delator investigado em diversas operações da polícia federal (pelo menos cinco) - , faz um acordo com o Ministério Público, tendo como “moeda de troca” nada mais, nada menos, que uma gravação, clandestina, sorrateira, arditosa da maior autoridade do país, qual seja, do Presidente da República. Dá-lhe ciência, segundo alega, de uma série de outros crimes que estaria cometendo. (Aliás, precisa ser investigado para responsabilizá-lo pela prática de crime contra a segurança nacional)!

Trabalha, inclusive com uma **ação controlada**, autorizada por um ministro do STF, que seria na sequência da delação, embora seja permitido suspeitar-se que referido instituto processual tenha sido adotado antes da gravação arditosa (má fé), pela celebração relâmpago dessa **delação premiada** (menos de um mês, quando na lava jato leva-se muitos meses para uma delação, como, por exemplo, Marcelo Odebrecht ficou mais de oito meses sozinho na carceragem da Polícia Federal fazendo sua delação).

A jurisprudência do Supremo sobre a legitimidade/validade de gravação realizada por um dos interlocutores, examinando sob a ótica da possível violação ao

³ Na verdade, o Ministério Público Federal parece fazer chacota do Poder Judiciário, na medida que decide tudo, aplica penas inexistentes, regimes de cumprimentos não previstos, anistia e concede “perdão Judicial”, sem judiciário?! As aspas no perdão judicial são propositais!

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



sigilo das comunicações (artigo 5º, XII, CF) e à garantia da intimidade (artigo 5º, X da CF), tem se manifestado por sua licitude, quando realizada para defender-se.

No entanto, a abordagem que se deve fazer relativamente à conduta do delator Joesley Batista deve ter outro enfoque, qual seja, a violação de uma das garantias mais sagradas de nossa Carta Magna, qual seja, a **garantia da não autoincriminação** (artigo 5º, LXIII, CF). Essa temática ganha relevo quando um dos interlocutores utiliza-se da gravação, de má fé, arditosamente, com o objetivo determinado de provocar no interlocutor adverso uma situação para incriminá-lo, obtendo prova contra este com a finalidade de usá-la em processo criminal pelos agentes públicos. Essa conduta, **não permitindo sequer o direito ao silêncio**, realiza-se com o objetivo de negociá-la, em benefício próprio, como moeda de troca de uma “delação premiada”.

Na hipótese de a gravação ser feita por um dos interlocutores como vítima, isto é, com a finalidade de mostrar sua inocência, ela é válida, pois o outro interlocutor não tem burlado seu direito ao silêncio e ao direito de não se autoincriminar. O autor da gravação arditosa, para incriminar a outrem, age ilegalmente, age de má fé, cria uma cilada, uma arapuca uma espécie, *mutatis mutandis*, do flagrante provocado, que fica sem chance de defender-se, nem sequer tem tempo para raciocinar (consultar seu advogado), ficando sem ação.

Os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence, no passado, já afirmaram que a gravação ambiental ou telefônica, de má fé, que visa burlar o direito ao silêncio do outro ou incriminá-lo, consubstancia uma verdadeira emboscada enganando, ludibriando o interlocutor que é surpreendido relaxado. Nem mesmo eventual autorização judicial tem o condão de tornar legal gravação que adote esse procedimento.

Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio, já teve oportunidade de afirmar, mesmo em voto vencido, que:

“Entendo que a gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares de realmente constitucionais, considerada a prova e, acima de tudo, a boa-fé que deve haver entre aqueles que mantêm, de alguma forma, um contato. Que mantêm, portanto, um diálogo”.



E prosseguiu o digno Ministro:

"Não imagino que cheguemos ao ponto de ter de revistar alguém que peça uma audiência para manter contato sobre esta ou aquela matéria, visando a saber se porta, ou não, um gravador. Portando gravador e partindo para a gravação da conversa, adentra, a meu ver, campo contrário à boa-fé que deve ocorrer nas relações humanas, chegando a algo, sob minha ótica, inconcebível".

No Inquérito 657, o STF, referindo-se à gravação ambiental, o Ministro Marco Aurélio, após pedido de vista, afirmou:

"Tratando-se de gravação obtida de forma ardilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informações, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alçada pelo meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria carta, no que preserva a intimidade da pessoa".

O advogado Fernando Fernandes⁴, em artigo sobre essa temática, publicado na Revista Conjur (01/05/17), entre tantos bons fundamentos, destacou a decisão que julgou o HC 80.949-9, nos seguintes termos, *verbis*:

"Em 30 de outubro de 2001, o Supremo, em processo de relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, julgou o HC 80.949-9. O caso abordava uma gravação ambiental, feita por um policial em uma conversa informal com o investigado, em que visou obter deste uma confissão de seus atos, fora do depoimento em que negava as ações. Relembro o caso com certa nostalgia do excepcional humanista, ministro Vicente Cernicchiaro, e pela passagem de Sepúlveda pela corte.

Marca o acórdão a frase:

'Guarda da Constituição, e não dos presídios. É dessa opção clara, inequívoca, eloquente, da Constituição — da fidelidade à qual advém a nossa própria legitimidade — é que há de partir o Supremo Tribunal Federal. O acórdão conclui que 'a confissão gravada é ilegal por dois motivos. O primeiro porque estava o paciente preso sem flagrante ou ordem judicial' (...) Já decidiu esta Turma que confissão sob prisão ilegal é prova ilícita e inválida a condenação nela fundada" (HC 70277, 1ª T. 14.12.93, Pertence, TRJ 154/58; Lex 187/295)".

A ementa é a seguinte:

*'III Gravação Clandestina de "Conversa informal" do indiciado com policiais.
3. Ilícitude decorrente — quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião,*

⁴ <http://www.conjur.com.br/2017-mai-31/fernandes-gravacao-temer-violado-direito-nao-autoincriminar>, consultado em 02 de junho de 2017.



ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental — de constituir, dita “conversa informal”, modalidade de “interrogatório” sub-reptício, o qual — além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.pr. Pen., art. 6º, V) —, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio.

4. O privilégio contra a autoincriminação — nemo tenetur se detegere —, erigido em garantia fundamental pela Constituição — além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do artigo 185 C. Pr. Pen. — Importou em compelir os inquiridos, na polícia ou em juízo ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta de advertência — e da sua documentação formal — faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em “conversa informal” gravada, clandestinamente ou não”.

Inegavelmente, enfim, nas circunstâncias, mesmo como um particular, mas, *in casu*, como delator ou candidato a delator, produziu uma gravação ambiental, arditosamente, sem conhecimento do seu interlocutor, **com o objetivo de produzir provas para o Ministério Público ou para a Polícia Federal** agiu como uma *longa manus*, como uma extensão do Estado, e, conseqüentemente, não podendo burlar ou violar a garantia constitucional contra o direito ao silêncio, impondo uma autoincriminação. A ilicitude da gravação ambiental, nessas circunstâncias, decorre, portanto, não apenas em razão da garantia do sigilo constitucional (artigo 5º, XII, CF), ou da intimidade (artigo 5º, X, CF), mas em razão, fundamentalmente, de violar o direito de não se autoincriminar (*nemotenetur se detegere* - artigo 5º, LXIII, CF).

Por esse fundamento, a gravação arditosa, executada de má fé, pelo delator do presidente Michel Temer é absolutamente nula e não pode gerar efeitos jurídicos válidos.

Embora não sejamos defensor de Michel Temer fez-se necessária essa análise sucinta por que a ilicitude dessa delação reflete seus fluidos para os demais meios de provas dela decorrente – **ilicitude da prova por derivação** -, particularmente na pseudo “ação controlada”, onde se armou outra armadilha, igualmente inadequada, contra Rodrigo Rocha, por inobservância dos preceitos legais e, no caso, por não ser aplicável como demonstraremos no tópico seguinte.

III.1 – Da ilicitude da prova por derivação – ação controlada



As provas ilícitas por derivação são aquelas obtidas a partir de uma prova ilícita anterior. Ou seja, nesses casos, somente chegou-se a sua obtenção (mesmo que de forma lícita) em razão de uma prova preexistente obtida ilicitamente.

Este tema é tradicional na doutrina da Suprema Corte norte americana, conhecida como teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*). De acordo com tal teoria, o vício da planta é transmitido para todos os seus frutos. Identifica-se uma ponte conectando o vício da prova obtida ilicitamente a todas as demais provas produzidas a partir dela, que são as chamadas provas ilícitas por derivação.

No Brasil, atualmente, a teoria é amplamente aceita e reconhecida tanto na doutrina como na jurisprudência. No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, mais de uma década antes da alteração no Código de Processo Penal os Ministros já haviam reconhecido e passado a aplicar a teoria dos frutos da árvore envenenada (HC 73.351/SP, julgado em 1996).

A Lei nº 11.690/2008, ao alterar o Código de Processo Penal, trouxe previsão expressa de vedação das provas ilícitas por derivação, acabando com a polêmica sobre a falta de previsão legislativa. A vedação das provas ilícitas por derivação tem por escopo evitar a admissão de provas idôneas, mas obtidas a partir de práticas ilícitas, o que poderia resultar em estímulo a ilegalidades. Esse é o sentido da teoria dos frutos da árvore envenenada, pois se o vício está na planta, se transmite aos frutos.

As provas ilícitas por derivação são, portanto, os meios probatórios que, não obstante produzidas validamente em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite contaminando-os, por efeito de repercussão causal.

Neste ponto é pertinente a observação de Renato Brasileiro de Lima (Código de Processo Penal Comentado, 2017, p. 537):

A admissibilidade no processo da prova ilicitamente derivada poderia servir de expediente para contornar a vedação probatória do art. 5º, LVI, da Constituição Federal, isto é, as partes



poderiam sentir-se encorajadas a recorrer a expedientes ilícitos como o objetivo de se servir de elementos de prova até então inatingíveis pelas vias legais.

Obtida esta prova originariamente de forma ilícita, o agente poderia, em momento posterior, realizar novo procedimento, agora de forma lícita, para obter uma nova prova (ou a mesma) sob um véu de legalidade. Nesse ponto explica Eugênio Pacelli de Oliveira (Curso de Processo Penal, 2015, p. 363):

Se os agentes produtores de prova ilícita pudessem dela se valer para a obtenção de novas provas, a cuja existência somente se teria chegado a partir daquela (ilícita), a ilicitude da conduta seria facilmente contornável. Bastaria a observância da forma prevista em lei, na segunda operação, isto é, na busca das provas obtidas por meio das informações extraídas por via da ilicitude, para que se legalizasse a ilicitude da primeira (operação). Assim, a teoria da ilicitude por derivação é uma imposição da aplicação do princípio da inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente.

A ilicitude da prova originária transmite-se, por repercussão, a todos os dados probatórios que nesse se apoiem, ou dela derivem, ou, finalmente, nela encontrem o seu fundamento causal.

Verifica-se que especialmente a partir da alteração do Código de Processo Penal – que veio confirmar o entendimento jurisprudencial – que no sistema processual penal brasileiro a vedação às provas ilícitas **inclui as provas derivadas das ilícitas**, como prevê o § 1º do art. 157 do CPP.

Em caso relativamente recente e emblemático, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RHC nº 135.683, reconheceu que as provas obtidas a partir de interceptação telefônica ilícita **contaminaram todas as demais provas obtidas posteriormente**, pois, originariamente, o juízo de primeiro grau havia usurpado a competência do Supremo Tribunal Federal ao liberar interceptações telefônicas contra o ex-senador Demóstenes Torres, quando ele ainda tinha prerrogativa de foro, e demorar um ano para comunicar a corte sobre o fato.

*Ementa Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Constitucional. Processual Penal. Crimes de corrupção passiva e advocacia administrativa. **Interceptações telefônicas realizadas em primeiro grau de jurisdição.** Operação Vegas. Surgimento de indícios do envolvimento de Senador da República, detentor de prerrogativa de foro, em fatos criminosos em apuração. Competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente a causa (CF, art. 102, I, b e c). Necessidade de imediata remessa*

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



CEZAR BITENCOURT

ADVOGADOS ASSOCIADOS

dos autos à Corte. Não ocorrência. Usurpação de sua competência constitucional configurada. Prosseguimento das investigações em primeiro grau. **Tentativa de arrecadar maiores elementos de informação por via oblíqua sem a autorização do Supremo Tribunal Federal.** Violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). Operação Monte Carlo. Surgimento de indícios do envolvimento de detentor de prerrogativa de foro nos fatos em apuração. Sobrestamento em autos apartados dos elementos arrecadados em relação ao referido titular de prerrogativa. Prosseguimento das diligências em relação aos demais investigados. Desmembramento caracterizado. Violação de competência exclusiva da Corte, juiz natural da causa. **Invalidez das interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo e das provas diretamente delas derivadas. Teoria dos frutos da árvore envenenada (fruit of the poisonous tree).** Precedentes. Recurso parcialmente provido. (...) 7. Em relação à operação Vegas, deflagrada em 2008, embora as autoridades nela envolvidas negassem que se tratasse de uma investigação direta em desfavor de detentor de prerrogativa de foro, os documentos contidos nos autos demonstraram que, no auge da persecução penal, nos idos de 2008 já havia indícios reflexos de seu envolvimento com o objeto em apuração, não obstante a denúncia mencione que os fatos em relação a ele teriam como termo inicial somente a data de 22/6/09, que antecedeu o deslocamento da competência para esta Corte. (...) 13. Restou configurado, portanto, que as interceptações telefônicas levadas a cabo, tanto na operação Vegas, quanto na operação Monte Carlo, revelaram que seu conteúdo passou por análise que, indiscutivelmente, não competia a juízo de primeiro grau, mas ao Supremo Tribunal Federal, **o que contaminou de nulidade os elementos de prova angariados em desfavor do recorrente nas operações policiais em evidência, por violação do princípio do juiz natural (CF, art. 5º, LIII).** 14. Recurso parcialmente provido para se conceder a ordem de habeas corpus no sentido de invalidar as interceptações telefônicas relacionadas ao recorrente nas operações Vegas e Monte Carlo, realizadas em primeiro grau, bem como as provas diretamente delas derivadas, determinando-se seu desentranhamento dos autos da ação penal à qual responde perante o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, a quem compete avaliar se remanesce justa causa para o prosseguimento do feito, a partir de eventual constatação de outras provas autônomas suficientes ao embasamento da acusação, uma vez que a via estreita do habeas corpus, na linha de precedentes, não permite revolver o acervo fático-probatório para melhor se reanalisar essa questão.

(STF - RHC 135.683, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 31-03-2017 PUBLIC 03-04-2017)

Da mesma forma, outros dois julgados importantes no Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido:

E M E N T A: 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



CEZAR BITENCOURT

ADVOGADOS ASSOCIADOS

APOSENTOS DE HABITAÇÃO COLETIVA (COMO, POR EXEMPLO, OS QUARTOS DE HOTEL, PENSÃO, MÔTEL 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) - 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. – (...) 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 conseqüência, 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 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

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



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- RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007)

EMENTA: HABEAS-CORPUS. CRIME QUALIFICADO DE EXPLORAÇÃO DE PRESTÍGIO (CP, ART. 357, PÁR. ÚNICO). CONJUNTO PROBATÓRIO FUNDADO, EXCLUSIVAMENTE, DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA, POR ORDEM JUDICIAL, PORÉM, PARA APURAR OUTROS FATOS (TRÁFICO DE ENTORPECENTES): VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XII, DA CONSTITUIÇÃO. (...) 3. **As provas obtidas por meios ilícitos contaminam as que são exclusivamente delas decorrentes; tornam-se inadmissíveis no processo e não podem ensejar a investigação criminal e, com mais razão, a denúncia, a instrução e o julgamento (CF, art. 5º, LVI), ainda que tenha restado sobejamente comprovado, por meio delas, que o Juiz foi vítima das contumélias do paciente. 4. Inexistência, nos autos do processo-crime, de prova autônoma e não decorrente de prova ilícita, que permita o prosseguimento do processo. 5. **Habeas-corpus conhecido e provido para trancar a ação penal instaurada contra o paciente, por maioria de 6 votos contra 5.**(STF – HC 72588, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/1996, DJ 04-08-2000).**

No caso dos autos, estamos diante de situação idêntica.

A partir de uma prova ilícita (gravação clandestina do Presidente Michel Temer com o objetivo de incriminá-lo em troca de delação/acordo com Ministério Público Federal com total impunidade e vida livre em New York) chegou-se ao nome de Rodrigo Rocha Lourdes.

Somente então partiu-se para sua investigação e monitoramento de seus passos. Somente a partir daquela gravação passou-se a investigar Rodrigo Rocha Loures. E mais, contra ele também foi provocada uma situação ardilosa, em restaurante de São Paulo. Naquela data, a Polícia Federal, valendo-se das gravações clandestinas de Joesley Batista com o presidente Michel Temer, provavelmente, não somente autorizou como colaborou com a criação da situação toda para filmar e em seguida, liberar para meios de comunicação, pois não se faz uma delegação premiada em menos de 30 dias.

Não há nenhuma dúvida quando ao liame entre as gravações clandestinas do presidente e as gravações clandestinas de Rodrigo Rocha Loures com Joesley e



Saudy. As gravações clandestinas não são apenas o ponto de partida. Elas são ainda mais.

As gravações clandestinas de Joesley contra o presidente não são apenas o ponto de partida para chegar ao nome de Rodrigo Rocha Loures; na verdade, **elas são a primeira e única referência ao seu nome**. Somente a partir daquelas gravações, daquele dia, é que Joesley Batista, acompanhado da Polícia Federal, passa a contatar e monitorar o agravado Rodrigo. **São Joesley e Saudy que procuram Rodrigo e o levam a uma cilada, aí já, segundo o *Parquet*, com autorização judicial, mas a origem é sempre e somente aquela gravação ilegal do Presidente Temer.**

Estamos, portanto, nesse caso, em relação às provas colhidas contra Rodrigo Rocha Loures, **diante de uma prova totalmente ilícita, tendo em vista que derivou exclusivamente de uma prova antecedente também ilícita.**

Não há dúvida quanto a isso. As gravações ardilosas contra o presidente, **colhidas pelo delator, com o fim exclusivo de incriminá-lo**, foram a única e exclusiva causa de investigação, interceptações, gravações e filmagens de Rodrigo Rocha Loures. **Sem aquela prova ilícita originária, Rodrigo Rocha Loures não estaria sendo investigado, dessa forma.**

E mais: foi a partir da necessidade fictícia de ter um interlocutor para marcar reuniões com o presidente, provocada ilicitamente por Joesley Batista, que o nome de Rodrigo foi indicado.

Diante disso, **está mais do que evidente que as provas coletadas contra Rodrigo Rocha Loures são totalmente imprestáveis, pois derivam de prova ilícita e, como *frutos de árvore envenenada*, devem ser completamente descartas por sua total ilicitude.**

III.2. Do Laudo Pericial e da Imprestabilidade da prova, pela evidência de quebra da cadeia de sua custódia



Tem-se, efetivamente, que todos os fatos relacionados ao agravado, Rodrigo da Rocha Loures, exsurgem do **flagrante preparado**, conforme esclarecido em capítulo anterior, melhor dizendo, verdadeira armadilha, com acompanhamento, segundo se depreende, produção e orientação por parte da Polícia Federal, de gravação ambiental envolvendo empresário Joesley Batista e o Presidente da República.

Sem adentrar ao conteúdo das gravações ambientais obtidas e, precipitadamente, divulgadas à mídia com gravíssimas distorções de conteúdo e destituídas de qualquer inspeção de rigor técnico, reconhecida pelo próprio *Parquet*, ao afirmar não tê-las periciado e que fora feito apenas um exame preliminar. Tem-se, aprioristicamente, e mesmo sob um juízo também superficial, que aquela prova é absolutamente imprestável, uma vez que se está diante de uma **irreparável quebra na cadeia de custódia** daqueles elementos, enquanto meios de prova.

O Eminente **Perito Dr. Ricardo Molina** estudou o material em questão e chegou às seguintes e irrefutáveis conclusões (pede-se vênias para a extração de contundentes trechos do laudo pericial, que se encontra anexado aos autos, na íntegra):

“Não existe prova "mais ou menos" boa. **A prova, tecnicamente, é boa ou não é. E a gravação questionada, no estrito sentido técnico-pericial, deveria ter sido considerada imprestável desde o primeiro momento.** Nenhum perito judicial, no bojo de um processo corriqueiro, consideraria esta gravação como válida, pelo simples fato de ser impossível garantir sua integridade e de ser impossível garantir que não houve trechos extirpados por edição *a posteriori*, de ser inclusive impossível garantir que alguns sons não pudessem ter sido inseridos em pós processamento digital.

Ressalte-se que não falamos de um ponto isolado, de uma descontinuidade cuja raridade permitiria, com alguma liberalidade, que fosse desprezada. **Não, pelo contrário, falamos aqui de uma gravação eivada de cortes, ataques abruptos, ruídos interferentes, largos trechos ininteligíveis etc.**, vícios que foram, sem auxílio de qualquer aparelhagem sofisticada, perceptualmente detectadas por milhares de pessoas.” (fls. 02 e 03 do laudo, grifos no original)

(...)

“A afirmação, portanto, contida na Informação 030/2017 do MPF, de que algumas falas "tornam-se incompreensíveis sem a utilização de equipamentos especializados" remete a um otimismo bastante ingênuo e que não se ajusta à realidade do áudio questionado. Alguns trechos são "incompreensíveis" e assim permanecerão.



É importante, pois, se fazer a distinção entre os conceitos de audibilidade e inteligibilidade, para não incorreremos no mesmo erro dos técnicos do MPF. Em outras palavras: uma fala pode ser audível (inclusive sendo possível saber quem a produziu) mas ao mesmo tempo ser ininteligível. Tal distinção, entretanto, não foi devidamente esclarecida na Informação 030/2017 do MPF, na qual se afirma que a gravação "encontra-se audível, apresentando sequência lógica" (fl. 06 do laudo)

(...)

“Mas a baixa inteligibilidade não é o único nem o mais grave problema que macula a gravação questionada. **Existem inúmeros pontos ao longo da gravação nos quais se poderia efetuar, sem deixar qualquer vestígio, uma edição envolvendo corte de material original.** Trata-se de descontinuidades com perda de material fonético, regiões com mascaramento total do sinal de interesse por ruído sobreposto e regiões com clipping. **Em qualquer uma dessas situações seria possível criar um ponto de edição, retirar material original e finalmente recompor a forma de onda, aproveitando a região do ruído, clipping ou perda de material fonético para encobrir o ato fraudulento.**” (fl. 07 do laudo, grifos no original)

(...)

O comportamento caótico e sem um padrão discernível no aparecimento das descontinuidades aumenta a suspeição sobre a gravação questionada. Outro aspecto a considerar é a não homogeneidade na distribuição dos eventos de descontinuidade. **Apenas entre os momentos 11:36 e 11:53, cerca de 17 segundos, por exemplo, foram detectados cinco pontos de possível edição, sendo essa região a de maior concentração desse tipo de evento acústico.** Curiosamente, o mesmo trecho contém as falas mais divulgadas e exploradas pela mídia.

Assim, temos uma série de características, na gravação questionada, que não permitem que se garanta sua autenticidade: **(a) descontinuidades não justificadas; (b) ruídos muito intensos mascarando totalmente o sinal de interesse; (c) clipping (saturação) e (d) longos trechos ininteligíveis.**

A prova é tecnicamente ruim. A prova é imprestável, visto que não se pode garantir sua autenticidade. O recurso a horários de programação de rádio como base para garantir autenticidade é inaceitável. Uma simples edição ao final da gravação permitiria tal ajuste. Com efeito, aos 35:25,663, perto do final da gravação e antes da entrada da programação da CBN, ocorre uma descontinuidade com vários pontos de clipping, região na qual se poderia efetuar um corte indetectável de modo a "ajustar" a gravação ao horário da rádio (ver figura 07). Como não há contexto conversacional no trecho, a ação poderia ser realizada sem qualquer dificuldade.” (fl. 08 do laudo, grifos no original)

Após as gravíssimas observações acima, todas justificadas tecnicamente, o Senhor Perito conclui, em resposta aos quesitos formulados pelo então consulente, que:

- a) a gravação apresentada pelo delator não é original (quesito 2);
- b) existem indícios de edição na gravação (quesito 3);



c) a gravação não pode ser considerada autêntica (quesito 4);

d) a gravação, do ponto de vista jurídico, não pode ser considerada como prova (quesito 5).

Contemporaneamente, sabe-se que os negócios, de toda a espécie, não se realizam em uma só via. Iniciam-se em conversas telefônicas e terminam em trocas de mensagens via internet e vice-versa. Entre uma coisa e outra, reuniões distintas, com participantes diversos.

Algo que foi combinado através de um *e-mail* pode, perfeitamente, ser re combinado, modificado ou esclarecido num segundo e-mail ou num telefonema superveniente.

Por exemplo, a interpretação advinda de uma ligação ou *e-mail* pode ser completamente modificada com a exibição de um segundo *e-mail* que torne a interpretação diversa daquela inicialmente concebida.

Sob este aspecto, no direito processual penal contemporâneo dá-se especial importância à integridade da prova decorrente de gravação ambiental, telefônica, interceptação telemática e tudo o que diga respeito à comunicação. **O cuidado do Estado com a integridade da prova e com a sua forma de obtenção, produção e manutenção é obrigação a ser atendida com absoluto rigor**, sob pena de sua imprestabilidade como um todo.

No presente caso, a má qualidade da prova, chegando a ser reputada por imprestável pelo Eminent Perito, **bem como a descontinuidade dos diálogos**, a possibilidade de edição e a ininteligibilidade de diversos textos, fez dela **uma versão única dos fatos**, qual seja, aquela relativa à visão da autoridade policial/ Ministério Público Federal, concatenada a partir da escolha de elementos que interessavam à Polícia, **impassível de prova em contrário** na fase do contraditório. Como se afirmar que em eventual supressão de trecho não residisse interpretação completamente distinta dos fatos? Ou o repúdio de um dos interlocutores a colocações do outro? Como contraditá-la?



Nesse sentido, a confissão do digno e culto Procurador-Geral da República de que não submeteu a referida gravação à perícia, tendo-se limitado a um exame preliminar, transparece ser muito sintomática, **ignorando, inclusive, que a responsabilidade pela integridade, seriedade e autenticidade da prova é da autoridade investigadora e não do cidadão comum**, nem mesmo de um odioso delator!

Além da evidente perda de credibilidade, integridade e confiabilidade dessa prova, ante a possibilidade de ter sido manipulada, selecionada e retalhada unilateralmente, tem-se que o material desaparecido, suprimido, não ouvido ou não compreendido (ininteligibilidade de grande parte da gravação ambiental) poderia perfeitamente conter prova de defesa capaz de conduzir a conclusão completamente diversa.

A título de exemplo, cite-se a previsão da Lei 9.296/96, que regula as interceptações de comunicações, **no que tange ao procedimento específico para que se proceda ao apagamento de qualquer gravação:**

Art. 9º A gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada.

Parágrafo único. O incidente de inutilização será assistido pelo Ministério Público, sendo facultada a presença do acusado ou de seu representante legal.

O apagamento fora dessas circunstâncias, do art. 9º, § único, evidentemente, fere o devido processo legal.

Neste contexto, o **Superior Tribunal de Justiça**, nos autos do **HC 160.662/RJ**, anulou a integralidade das interceptações telefônicas, em razão da ausência de parte delas, **considerando imprescindível a preservação de sua integralidade**, verbis:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



CEZAR BITENCOURT

ADVOGADOS ASSOCIADOS

ORDINÁRIO. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. QUEBRA DE SIGILO TELEFÔNICO E TELEMÁTICO AUTORIZADA JUDICIALMENTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA COM RELAÇÃO A UM DOS PACIENTES. PRESENÇA DE INDÍCIOS RAZOÁVEIS DA PRÁTICA DELITUOSA. INDISPENSABILIDADE DO MONITORAMENTO DEMONSTRADA PELO MODUS OPERANDI DOS DELITOS. CRIMES PUNIDOS COM RECLUSÃO. ATENDIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 2º, I A III, DA LEI 9.296/96. LEGALIDADE DA MEDIDA. AUSÊNCIA DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRALIDADE DA PROVA PRODUZIDA NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E TELEMÁTICA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DA PARIDADE DE ARMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

(...)

X. Apesar de ter sido franqueado o acesso aos autos, **parte das provas obtidas a partir da interceptação telemática foi extraviada, ainda na Polícia, e o conteúdo dos áudios telefônicos não foi disponibilizado da forma como captado, havendo descontinuidade nas conversas e na sua ordem, com omissão de alguns áudios.**

XI. **A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.**

XII. **Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas.**

XIII. É certo que todo o material obtido por meio da interceptação telefônica deve ser dirigido à autoridade judiciária, a qual, juntamente com a acusação e a defesa, deve selecionar tudo o que interesse à prova, descartando-se, mediante o procedimento previsto no art. 9º, parágrafo único, da Lei 9.296/96, o que se mostrar impertinente ao objeto da interceptação, pelo que constitui constrangimento ilegal a seleção do material produzido nas interceptações autorizadas, realizada pela Polícia Judiciária, tal como ocorreu, subtraindo-se, do Juízo e das partes, o exame da pertinência das provas colhidas. Precedente do STF.

XIV. Decorre da garantia da ampla defesa o direito do acusado à disponibilização da integralidade de mídia, contendo o inteiro teor dos áudios e diálogos interceptados.

XV. Habeas corpus não conhecido, quanto à paciente REBECA DAYLAC, por não integrar o writ originário.

XVI. Habeas corpus não conhecido, por substitutivo de Recurso Ordinário.

XVII. Ordem concedida, de ofício, para anular as provas produzidas nas interceptações telefônica e telemática, determinando, ao Juízo de 1º Grau, o desentranhamento integral do material colhido, bem como o exame da existência de prova ilícita por derivação, nos termos do art. 157, §§ 1º e 2º, do CPP, procedendo-se ao seu desentranhamento da Ação Penal 2006.51.01.523722-9. (HC 160.662/RJ, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 17/03/2014)

O contexto fático de uma interceptação telefônica é absolutamente semelhante ao da gravação ambiental, pois se trata da utilização, como prova, da gravação de diálogos, em situação tal que o interlocutor investigado desconhece sua



condição de “grampeado”.

Pois, se imprestável é toda a prova produzida por meio de interceptação telefônica, quando desaparecida parte do diálogo, **em razão da ocorrência de quebra na cadeia de custódia de tal prova**, o que se poderá dizer de uma longa conversa com trechos inaudíveis, trechos ininteligíveis, portas de entradas inúmeras às edições, com grande possibilidade técnica de que tenham ocorrido?

É inadmissível que **provas colhidas** mediante o afastamento de garantias pétreas tão caras, como as da intimidade, privacidade e inviolabilidade das comunicações, **tudo em nome do interesse público, possam ser** sonegadas à defesa a sua integralidade, sem a qual é impossível fazer o contraditório.

Os conteúdos originais e integrais produto da gravação ambiental, são *conditio sine qua non* para a validade do material de que a acusação pretende utilizar, *a posteriori*, na denúncia, nas cautelares e em todo o resto do bojo probatório. Isso é cristalino à luz de um processo penal em que incide o princípio da comunhão da prova. Admitir que prospere uma imputação sem tais elementos, com base em uma **confiança irrestrita no Estado**, é um absurdo incompatível com o Estado Democrático de Direito, a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal.

O tema em muito faz lembrar a advertência feita pelo **Ministro Maurício Corrêa**, aposentado no Supremo Tribunal Federal, quando, no julgamento do **RE 233.072-4**, apontou os riscos da investigação direta promovida pelo Ministério Público:

“não há garantia de lisura e do controle desta investigação, pois sem o devido processo administrativo o material coletado estará numa pasta ou numa gaveta ou num armário, sem acesso a quem quer que seja, inclusive advogado, o qual não terá a garantia de ‘examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos’ (Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94, artigo 7º, XIV)”. (Voto vista do Min. Maurício Corrêa - RE 233.072-4 - DJ 18/05/1999)

E conclui o então Ministro, chamando a atenção para **os perigos decorrentes da seleção unilateral das provas:**



“...poderá não ser utilizada prova coletada que incrimine ou que absolva determinado indiciado, segundo conveniências subjetivas e fora de qualquer controle; não haverá como dar eficácia à disposição constitucional que admite ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (CF, artigo 5º, LIX), porque dificilmente se saberá qual o dies a quo do início da contagem deste prazo legal.”. (Voto vista do Min. Maurício Corrêa - RE 233.072-4 - DJ 18/05/1999).

Veja-se, ademais, que **a indisponibilidade parcial da prova, ainda que seja por deficiência na captação de parte do diálogo**, considerando, inclusive, sua utilização maciça no caso concreto e a conseqüente influência que exerce sobre o Juiz e o Acusador, **não é uma questão menor.**

Muito pelo contrário, o desaparecimento e inacessibilidade de provas desta relevância, esvazia as garantias do contraditório e ampla defesa, pois é absolutamente imprescindível que o acusado e seu defensor já tenham a exata dimensão e compreensão da acusação e das provas colhidas na fase inquisitorial, para sobre elas se manifestar quanto ao mérito, para pugnar por absolvição sumária, para arrolar as testemunhas adequadas, para pedir as perícias necessárias, para “argüir preliminares”, “alegar tudo o que interesse à sua defesa”, “oferecer documentos e justificações”, “especificar as provas pretendidas” e “arrolar testemunhas”.

É oportuno recordar os debates travados na Suprema Corte por ocasião do julgamento do *habeas corpus* 91.207/RJ, em favor de Desembargador Federal membro do TRF da 2ª Região, acerca desta inadmissível manipulação e seleção unilateral das provas promovida pelos órgãos de persecução.

Diz a matéria veiculada no noticiário do STF:

*“O relator do processo, ministro Marco Aurélio, chegou a apresentar seu voto pela concessão do HC, antes que o Plenário, por maioria, decidisse por seu arquivamento, sem julgamento de mérito. Ele concordou com o argumento da defesa de que **a decisão do relator do INQ 2424 representava ofensa aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, ao não disponibilizar acesso à transcrição integral das escutas telefônicas e ambientais efetivadas nos autos do referido inquérito, bem como aos documentos e objetos apreendidos.***



Assim, **o texto disponibilizado conteria apenas um resumo feito por agentes policiais que realizaram as escutas e de membros do Ministério Público que elaboraram a denúncia, ou seja, apenas a interpretação deles.** Isso, segundo o ministro Marco Aurélio, contraria o próprio espírito da lei, já que **as degravações são de mão dupla, na medida em que podem servir tanto à acusação quanto à defesa.**

...
 O ministro Marco Aurélio apontou, entre as principais falhas do inquérito policial contra o desembargador Carreira Alvim, o fato de não terem formalizado autos apartados ao processo contendo as degravações; **não disponibilização da totalidade das escutas**, bem como a ausência de elaboração de laudo circunstanciado, conforme previsto na lei. Portanto, sequer foi possível extirpar do conjunto aqueles trechos que nada tinham a ver com o objeto da investigação.”. (Noticiário do STF de 22 de outubro de 2009 – em www.stf.jus.br)

No histórico precedente do Superior Tribunal de Justiça (HC 160.662/RJ) acima citado, a impetração fora instruída com parecer elaborado pela **Prof^ª. Ada Pellegrini Grinover**, cuja profundidade de conhecimento, brilhantismo e credibilidade dispensam apresentações.

O parecer da ilustre Professora analisou, naquele caso, a interceptação de comunicações promovida no caso concreto sob três aspectos fundamentais, quais sejam: **(1)** os efeitos da não preservação integral do material colhido; **(2)** a legalidade e constitucionalidade da interceptação telemática no Brasil e; **(3)** a legalidade das decisões que deferiram a medida no caso concreto. Note-se que a Professora não resume o problema à uma questão de interceptação telefônica, mas de interceptação de comunicações, de cujo gênero a gravação ambiental poderia até ser considerada espécie.

Quanto à não preservação integral do produto das interceptações, pede-se vênia para destacar alguns trechos do parecer, muito pertinente ao presente caso:

“Se é assim, **é evidente que a parte tem o direito de conhecer e de pronunciar-se sobre os resultados dos procedimentos de obtenção e produção da prova, em sua integralidade, até porque um dos princípios fundamentais da disciplina probatória é exatamente o da sua unidade.** Significa ele, em síntese, que o material probatório forma uma unidade que, como tal, deve ser examinado pelo juiz em conjunto, para confrontar os diversos elementos, verificar sua concordância ou discordância e chegar, assim, à conclusão final.

A esse princípio liga-se ainda o da comunhão da prova que, por sua vez, indica que a prova não pertence à parte que a produz, pois uma vez trazida validamente ao processo passa a formar aquele conjunto unitário que deve servir à demonstração dos fatos controvertidos, pouco interessando se beneficia ou prejudica àquele que a introduziu nos

Brasília-DF SAUS Quadra 01 Bloco N Sala 807/810 Ed. Terra Brasília CEP 70.070-010 Tel.: (61) 3323-4167

Porto Alegre-RS Av. Getúlio Vargas 774 Conjunto 602 CEP 90.150-002 Tel.: (51) 3231-9904

Email contato@bitencourtnaves.adv.br Site www.bitencourtnaves.adv.br



autos⁵.

Daí resulta ser absolutamente lesiva ao direito à prova - de índole constitucional, como visto -, a conduta do juiz ou de uma das partes tendente a subtrair da outra o integral acesso ao material probatório.

...

Examino agora as indagações suscitadas a respeito da inutilização de provas obtidas nas operações de interceptação.

Na sistemática da Lei 9.296/96 – e também, como visto, nos ordenamentos estrangeiros (*supra*, n. 8) -, autorizada excepcionalmente a quebra do sigilo das comunicações e realizadas, assim, as operações técnicas, *todo* o material obtido deve ser encaminhado à autoridade judiciária, para que, na presença e com a participação das partes processuais, se proceda à seleção daquilo que efetivamente interessa à prova, descartando-se as conversas impertinentes ou irrelevantes.”. (Parecer da Prof. Ada Pellegrini Grinover – Doc B4 - págs. 23/24 e 28 – numeração de folhas do próprio parecer, de 1 a 36)

Prossegue a Professora apontando o inadmissível descumprimento, no caso concreto, das exigências legais no tratamento da prova colhida:

“No caso em exame, evidenciou-se o completo descumprimento da exigência legal e das garantias constitucionais, como se verifica nos denominados “autos circunstanciados e de análise” **elaborados pelos agentes policiais**. Nestes, com efeito, **é possível perceber que, na verdade, a seleção do material probatório interceptado foi realizado pelos próprios agentes policiais, como se o exame da relevância e pertinência da prova obtida pudesse ser subtraída da competência da autoridade judiciária, com o controle das partes**, em contraditório.

Assim, por exemplo, a fls. 322 dos autos da representação, anotam os agentes policiais que “alguns diálogos importantes à investigação foram identificados durante esse período de monitoramento”; a fls. 363, ficou consignado que “o alvo não possui nenhum diálogo importante para a operação durante o período monitorado”; ou “apesar do alvo esporadicamente manter contacto telefônico com ATTILIO e LUIGI, o mesmo não obteve diálogos relevantes para a investigação” (fls. 364).

Do mesmo modo, no último “auto circunstanciado de análise”, encaminhado em 28 de novembro de 2008, os policiais responsáveis pela operação consignam expressamente: “com exceção dos diálogos referentes aos dias 24 e 25 de novembro de 2008, encaminhados a Vossa Senhoria através do auto circunstanciado, datado de 26 de novembro de 2008 e assinado pelo APF CARLOS HENRIQUE COUTO BITENCOURT, cabe ressaltar que não houve diálogo relevante ou digno de registro durante o período de monitoramento acima mencionado, visto que no dia 25 de novembro deu início a operação denominada “NEGÓCIO DA CHINA”, com a prisão dos alvos envolvidos” (fls. 619 dos autos da representação).

Isso tudo indica, claramente, que o procedimento de seleção das comunicações interceptadas foi realizado com evidente preterição das formalidades legais e, mais do que isso, com violação das garantias constitucionais do juiz natural,

⁵ . Devis Echandia, Hernando *Teoría general de la prueba judicial*, Bogotá, Temis, 2002, v. 1, p. 110.



do contraditório e da ampla defesa.

De fato, se como sublinha Montero Aroca em passagem já transcrita no original (*supra*, n. 8), o direito de defesa e ao contraditório não podem autorizar que o juiz decida, sem ouvir as partes, quais as conversas que têm interesse para o processo penal, muito menos cabe à Polícia Judiciária fazer a seleção do material obtido nas interceptações autorizadas.”. (Parecer da Prof. Ada Pellegrini Grinover – Doc B4 - págs. 28/29 – numeração de folhas do próprio parecer, de 1 a 36)

Continua a ilustre processualista abordando os efeitos da não preservação da prova colhida sem que fosse observado o procedimento previsto no art. 9º, §único, da Lei 9.296/96 (incidente de inutilização de gravação):

“Observo, também neste ponto, que o descumprimento do que determina o art. 9º e seu parágrafo único, da Lei 9.296/96, como verificado no caso em exame, implica a *ilicitude* de toda a prova obtida mediante a interceptação.

É que **não se cuida aqui de mera infringência a regras processuais para a produção da prova (prova ilegítima), mas de omissão de procedimento que contamina o próprio meio de obtenção da prova, excepcionalmente autorizado pela Constituição, com reserva de lei. Ao estabelecer que a interceptação telefônica será permitida nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, o texto constitucional subordina a restrição do direito fundamental ao sigilo das comunicações à observância da sua disciplina legal, vale dizer que, caso contrário, a prova será obtida por meios ilícitos e será, portanto, inadmissível no processo** (art. 5º, LVI, CF).”

(Parecer da Prof. Ada Pellegrini Grinover – Doc B4 - págs. 29/30 – numeração de folhas do próprio parecer, de 1 a 36)

Assim, tem-se que a ausência do cuidado na obtenção da prova, ou o dolo em sua edição, são indiferentes quando o que se espera é que ela esteja íntegra, inviolada e inviolável, para que possa surtir efeitos sobre as liberdades individuais e restrições às garantias constitucionais.

No presente caso *“mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório - constitucionalmente garantidos -, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido”* (STJ, HC 160.662/RJ), havendo evidente perda da unidade da prova, sendo ela, portanto, imprestável como tal.

IV. DOS PEDIDOS



Ante o exposto, requer-se o improvimento do agravo interposto pelo Ministério Público Federal, bem como a manutenção das medidas cautelares já aplicadas ao agravado.

Requer, outrossim, que se determine a autoridade policial que dê acesso a esta defesa da íntegra do inquérito, com todas as diligências já realizadas, inclusive cautelares, com pelos menos antecedência de 48 horas de sua oitiva, nos termos da Súmula 14 dessa Colenda Suprema Corte.

Termos em que
Pede deferimento.

Brasília, 02 de maio de 2017.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT
OAB/RS 11.483 e OAB/DF 20.151

VANIA ADORNO BITENCOURT
OAB/DF 49.787

MICHELANGELO CERVI CORSETTI
OAB/RS 65.399 e OAB/DF 53.486

ANDRÉ HESPANHOL
OAB/RJ 109.359 e OAB/DF 39.645

BELCHIOR GUIMARÃES FILHO
OAB/DF 45.095

EDUARDO ALEXANDRE GUIMARÃES
OAB/DF 32.006