
MARIZ DE OLIVEIRA

† PROF. WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR
ÂNGELA CASTELLO BRANCO MARIZ DE OLIVEIRA
SÉRGIO EDUARDO MENDONÇA DE ALVARENGA
RENATA CASTELLO BRANCO MARIZ DE OLIVEIRA
FÁBIO CASTELLO BRANCO MARIZ DE OLIVEIRA
REGINA MARIA BUENO DE GODOY
FELIPE SALUM ZAK ZAK
MARIANA SANTORO DI SESSA MACHADO

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA
PAOLA ZANELATO
RODRIGO SENZI RIBEIRO DE MENDONÇA
FAUSTO LATUF SILVEIRA
JORGE URBANI SALOMÃO
GEORGE VICTOR ROBERTO DA SILVA
LAURA SOARES DE GODOY

EXMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E
DE CIDADANIA DA CÂMARA DOS DEPUTADOS.

Solicitação para Instauração de Processo 1/2017

MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA, por seu advogado infra-assinado, nos autos supraepigrafados, vem, à presença de V. EXA, nos termos do artigo 217, I, do Regimento Interno da dessa C. Câmara dos Deputados, apresentar a sua **DEFESA** pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

Termos em que,

P. deferimento.

De São Paulo para Brasília, 05 de julho de 2017.

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA

AVENIDA PAULISTA, 1048 – 4º ANDAR
FONE: 3141-4700 - FAX: 3141-4701
CEP: 01310-200 - SÃO PAULO/SP
WWW.ADVOCACIAMARIZDEOLIVEIRA.COM.BR

ÍNDICE

1- Pedido de instauração das investigações.....	05
2- Decisão de instauração do inquérito.....	08
3- Considerações críticas sobre a denúncia.....	11
4- A acusação de corrupção passiva.....	23
5- Falta de autenticidade da gravação.....	38
a) O laudo lavrado pelo Dr. Ricardo Molina de Figueiredo.....	38
b) As posições de outros peritos sobre o áudio.....	44
c) O laudo do Instituto Nacional de Criminalística (INC), da Polícia Federal.....	47
6- Ilicitude decorrente de gravação ambiental clandestina.....	51
a) Inadmissibilidade de aceitação da prova ilícita no processo penal.....	51
b) Violação às garantias da intimidade e da vida privada (Art. 5º, X, da Constituição Federal).....	53
c) A posição do STF sobre a licitude das gravações clandestinas de conversa própria.....	61
d) Violação das garantias do silêncio, contra a autoincriminação e do devido processo legal (Art. 5º, LIV e LXIII da Constituição Federal).....	65
7- O conteúdo da conversa gravada.....	71
8- Reflexos da ilicitude no conjunto probatório.....	75
9- Improriedade das questões formuladas pela autoridade policial.....	80
10- A ausência de conexão com a operação “Lava Jato”.....	86
a) Considerações iniciais.....	86

b) Os presentes autos.....	87
c) Da livre distribuição.....	89
d) A inexistência de conexão no caso concreto.....	90
11- Considerações sobre delação premiada.....	93

SIP 01/2017

MANIFESTAÇÃO DA DEFESA: MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA

Ilustres Parlamentares!

A Procuradoria-Geral da República ofereceu uma denúncia imputando a Michel Miguel Elias Temer Lulia e a Rodrigo Santos da Rocha Loures a prática de crime previsto pelo artigo 317, *caput*, combinado com o artigo 29, do Código Penal.

A conduta caracterizadora da figura penal consistiria no recebimento da vantagem indevida de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), “*por intermédio de Rodrigo Santos da Rocha Loures*”, “*ofertada por Joesley Mendonça Batista, proprietário do Grupo J&F, tendo sido a entrega dos valores realizada por Ricardo Saud, executivo do grupo empresarial*” (fls. 02 da denúncia).

A presente defesa se desenvolverá em vários tópicos e abrangerá todos os aspectos e todas as nuances fáticas e jurídicas que a revestem.

Assim, serão apreciados: o pedido e o deferimento de instauração do inquérito; considerações críticas sobre a denúncia; análise sobre o tipo penal imputado; análise da gravação e dos laudos; ilicitude decorrente de gravação ambiental clandestina; conteúdo da conversa gravada; reflexos da ilicitude no conjunto probatório; o questionário elaborado pela Polícia Federal e não respondido pela defesa; ausência da conexão com a operação “Lava Jato” e considerações sobre delação premiada.

1 - PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES

Este tópico, Eminentes Parlamentares, tem por escopo mostrar que, desde o seu nascedouro, a presente acusação contra o Presidente Michel Temer apresenta-se inconsistente, frágil, desprovida de força probatória apta a possibilitar que essa Egrégia Casa Legislativa conceda a necessária autorização para gerar um processo penal.

A inconsistência do pedido já se mostrou logo no início do requerimento de instauração das investigações, subscrito pelo Eminente Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro Barros. Procurou ele justificar a quebra do procedimento usual adotado pelo Ministério Público para a celebração dos acordos de colaboração premiada.

Segundo este mesmo requerimento, a “*peculiaridade do caso*”, que não traz, como em “*episódios anteriores*”, conhecimento de “*atos criminosos pretéritos à negociação do acordo em foco*”:

“trouxe à baila crimes cuja prática ou seu exaurimento estão ocorrendo ou por ocorrer, em datas previstas” (fls. 04),

fato que obriga, em respeito *“à missão constitucional do Ministério Público”*:

“a intervenção imediata para propiciar a cessação das condutas e sua indubitosa e rigorosa apuração” (fls. 04).

Em face de suspeitas e eventuais ocorrências criminais, o órgão acusatório antecipa a sua atuação, pois:

*“o tradicional modelo de celebração de acordos de colaboração premiada, por envolver um certo iter procedimental consistente na análise dos anexos (o que já foi realizada), tratativas quanto aos termos do acordo e colheita de depoimentos para posterior submissão à homologação ao juízo competente, **mostra-se intempestivo diante da conjuntura dos fatos**”* (fls. 04/05).

Trata-se, pois, de um inusitado pedido para a instauração de investigações que visam a análise, o detalhamento, a verificação de sua natureza criminal, ou não, de fatos que poderão ou não ocorrer. Estamos diante Direito Penal do Porvir. Antecipação da *persecutio criminis* em face de suposta ocorrência criminal. Fato inédito, salvo nas hipóteses de prévia preparação de uma situação delitiva fictícia, arquitetada para forjar provas e dar embasamento à uma cerebrina acusação.

Repita-se: o presente caso, no entender do Ministério Público Federal, trata de crimes “*cuja prática ou seu exaurimento estão ocorrendo ou por ocorrer, em datas previstas*” (fls. 04).

Percebe-se que os esforços empreendidos pelo operoso Procurador Geral e por seus assessores teve o escopo de dar embasamento fático e jurídico para a propositura de ação penal cujo objeto são crimes futuros e, assim, de ocorrência incerta, razão pela qual se recorre a hipóteses, a suposições e a exercícios ficcionais, deixando de lado provas concretas, que na verdade inexistem.

Estes esforços foram e estão sendo empreendidos em vão, pois não resistirão a uma análise imparcial, fática e jurídica que, com certeza, será efetuada por esta Egrégia Câmara dos Deputados. A utilização de uma gravação subterraneamente obtida, portanto ilícita, pois à revelia do outro interlocutor e adulterada; a ausência de uma perícia nesta mesma gravação, que deveria ter sido efetivada como primeira providência antes de sua utilização; a divulgação a um jornalista de informações adulteradas sobre a degravação; as inusitadas benesses outorgadas aos delatores; a delação imediatamente após a gravação sem nenhum cuidado sobre a sua autenticidade e outras ocorrências serão temas abordados na presente defesa, ao lado dos argumentos que porão por terra as imputações constantes na denúncia.

A *notitia criminis* acatada de plano pelo Eminente Relator não teve as suas deficiências e omissões sanadas durante o acelerado trâmite das investigações, que ensejaram a instauração do inquérito e posterior oferecimento da denúncia.

Saliente-se que, do pedido de instauração até o seu encerramento, as investigações não trouxeram nenhum elemento que corroborasse as suspeitas deduzidas na petição inicial. A mesma fragilidade do quadro probatório permaneceu. As únicas provas que compõem esse quadro, a gravação e a delação dela decorrente apresentam vícios que comprometem a higidez das imputações agora deduzidas.

A verdade é que a indigência probatória não permitiria, com a devida vênia, sequer a autorização para a instauração do inquérito, com mais razão não empresta nenhuma robustez à denúncia oferecida.

A gravação, base empírica da acusação, teve a sua insegurança probatória reconhecida pelo próprio Ministro Fachin, quando deferiu a sua análise por técnicos oficiais, com a concordância do Ministério Público.

Lamenta-se que tal providência não haja antecedido o deferimento das investigações contra o Presidente da República.

2 - DECISÃO DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO

O Eminentíssimo Relator, Ministro Edson Fachin, por meio da decisão de 02 de maio de 2017, acolheu a postulação do Ministério Público Federal e determinou a instauração das investigações realçando que:

“Nessa linha, registro que, ainda que a instauração do inquérito se destine a apurar fatos sobre os quais recai suspeita de tipicidade, isso não implica, por evidente, nesse passo, qualquer responsabilização do investigado” (fls. 166).

Afirmção premonitória do Ilustre Ministro, pois, no curso do inquérito, posteriormente e mesmo com o oferecimento da denúncia, rigorosamente nada veio a iluminar a sua obscura instauração. Vale dizer, entre o seu início e a sua conclusão, o caderno investigatório permaneceu “in albis”. Nenhum elemento de convicção apto a justificar o oferecimento de uma denúncia foi recolhido.

Cumprе realçar que o Ministro Relator, ao deferir o pedido de instauração das investigações, fez oportuna ressalva. Na verdade, alertou que a natureza dos atos, se relacionados, ou não, ao exercício das funções:

“há de ser posta à prova, e oportuno tempore, à luz das garantias processuais constitucionais” (fls. 165).

Assim, entendeu S. Excelência, a precariedade desta condição imposta pela Constituição Federal para a existência de processo contra o Presidente da República. Subordinou-se a uma apreciação sob a égide de princípios e garantias constitucionais que poderá ser avaliada por Vossas Excelências. Como se verá, as investigações da autoridade policial tentaram desviar os seus rumos para temas estranhos ao exercício do mandato. Esta intenção ficou bem clara no teor de algumas perguntas feitas ao Presidente que, no entanto, não foram por ele respondidas, justificadamente, como se mostrará em outro tópico.

Supunha-se que tal apreciação fosse efetuada no curso das investigações para que, se e quando fosse oferecida uma denúncia, a dúvida já houvesse sido dissolvida. Verificado de plano o afastamento dos fatos das funções presidenciais, nenhuma perquirição deveria ter ocorrido a seu respeito. Mas, isto não ocorreu.

Resta, ainda, extrair uma outra conclusão da decisão de instauração do inquérito. Nela está consignado que o exame sobre a pertinência, ou não, de indícios para embasar a promoção da ação penal será procedido posteriormente, pois:

“por agora, é apurar fatos sob suspeição; nada que, nesse passo, corresponde a mais do que investigar fatos que serão ou não comprovados. Será este o ônus que compete verificar se dele o MPF se desincumbirá, com auxílio.” (fls. 165/166).

Pois bem, o órgão da acusação não se desincumbiu de tal mister. Não soube ou não pôde cumprir o ônus atribuído pela lei e referendado pelo Ministro Fachin. Na verdade, o Ministério Público Federal não está em condições de comprovar os fatos a serem investigados, bem como a sua natureza delituosa, simplesmente porque alguns inexitem e outros são carentes de qualquer conotação criminal.

3 – CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE A DENÚNCIA

A peça acusatória se baseia em narrativa de fatos, argumentos, citações e reproduções de gravações.

Pergunta-se: ela contém uma acusação realmente substancial? Vale dizer, uma acusação que chame atenção pela indicação de fatos de alta gravidade e que estejam acompanhados de provas cabais, de provas provadas que impressionem à primeira vista e levem à crença pelo menos inicial de sua veracidade?

Sabe-se que uma ação penal não necessita, para a sua instauração, de robusto elenco probatório. Não, não necessita. Basta estar cercada por indícios fortes que narrem um fato criminoso, com a comprovação de sua existência, e que indiquem, com uma margem pequena de erro, o seu autor .

No caso dos autos, no entanto, serão mostradas deficiências da peça inicial, que contém uma imputação carente de apoio probatório. Parece não ter havido nenhum cuidado para se indagar se os fatos apontados como verdadeiros **realmente o são**. Mostrar-se-á a inconsistência desses fatos para o fim proposto: a instauração de uma ação penal.

Nenhum cuidado, ao contrário, um claro açodamento, como se verá, marcou o pedido de instauração do inquérito, assim como o seu deferimento, este por parte do Ministro Edson Fachin.

Mas, o que efetivamente conduz a defesa a afirmar a carência de substância fática e jurídica é que o acusado se trata de Presidente da República, fato a exigir redobrado sentido analítico e de valoração de provas por parte das autoridades antes de denunciar. Sabe-se não estar ele fora do alcance da lei, mas não pode ser por ela atingido sem um rigoroso amparo fático e com desprezo às suas garantias e prerrogativas.

Não se está fazendo referência à pessoa física. Não, óbvio que não. Fala-se do Presidente e das repercussões advindas de uma imputação penal. Na verdade isto parece ter sido olvidado. O Brasil em fase de nítida recuperação econômica sentiu os efeitos negativos desse movimento persecutório contra o seu dirigente maior.

A economia, embora ainda com sinais positivos de recuperação, enfrenta dificuldades visíveis. As instituições não se abalaram porque estão sólidas, mas poderiam ter sofrido percalços. A imagem de um país está tristemente arranhada. As estruturas sociais padecendo de insegurança jurídica e o futuro da Nação coberto por densa nuvem de incerteza.

Poderia se dizer que a responsabilidade não é das autoridades que investigam e acusam, mas, sim, do Presidente da República que deu ensejo e criou a necessidade da instauração das investigações.

Será mesmo? Será que o protagonismo não falou mais alto e investigadores estimulados pela mídia saíram à liça precipitadamente, sem as cautelas exigidas e não pensaram nas danosas consequências de sua precipitação?

Quais cautelas? As que permitiriam a melhor apuração daquilo que lhes pareciam ser verdades absolutas. Independente de outros elementos de prova, perquirições sobre fatos, informações, locais, datas, pessoas, motivações e estranhos eventos, hoje tidos como normais, tais autoridades abraçaram uma missão, parece que considerada como sagrada, épica, regeneradora e, sem cuidados, assumiram a convicção de culpa, com base em pseudo verdades que lhes pareceram absolutas, incontestáveis.

Com efeito, têm-se a impressão de terem perdido a imparcialidade, o poder de análise e de crítica, pois de plano ficaram imbuídos da certeza da responsabilidade criminal. Passaram a agir não para formar um convencimento, este já estava pré-constituído, mas para garimpar fatos que dessem falsa ideia da existência de culpa.

Quando afirmamos que os acusadores estão preocupados em garimpar, em pescar eventos pseudamente comprometedores, não nos referimos somente a ocorrências e a fatos. Impressionou-nos sobretudo a atividade mental, intensa e laboriosa, desenvolvida no sentido de colher, ou melhor, de criar argumentos voltados a dar amparo à acusação e a todas as alegações constantes da denúncia.

Serão apontadas no curso da presente defesa as assertivas desprovidas de amparo probatório. Assertivas gratuitas, jogadas ao léu, fruto de admirável esforço intelectual para a criação ficcional. A adoção desse método tem por escopo suprir as carências e as deficiências probatórias de uma acusação. Usa-se a inteligência, a imaginação e a literatura quando não se tem os fatos provados.

A acusação direta, a imputação de um fato específico, diz respeito ao indigitado recebimento da quantia de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Aliás, para se impor penas é preciso se apontar o crime cometido e, no afã de cumprir aquele desejo de acusar, encontrou-se o crime de corrupção. Acusação forte, de grande apelo midiático, especialmente contra o Presidente da República.

O porquê e como se chegou à atribuição desse recebimento por parte do ora acusado, não se sabe. Quem saberia? Apenas os responsáveis pela urdidura.

Ao que parece, dois fatos constituem o embrião de toda a trama: uma reunião entre o Presidente e Joesley Batista e o recebimento de uma mala contendo valores em dinheiro pelo Sr. Rodrigo Loures.

A reunião causou profunda estranheza, elevada ao grau de indício de gravidade notável. Como um Presidente da República praticou a temeridade de encontrar-se com alguém em sua residência oficial, após as dez horas da noite?

Falamos agora em temeridade. Realmente, soube-se, posteriormente, pelos escusos objetivos do visitante ter sido uma grande temeridade. A vilanice da gravação deu a um fato corriqueiro e normal uma repercussão extraordinária, com danosas consequências a um homem de bem, Michel Temer, e ao Brasil.

O encontro no Jaburu, ou fora dele, à noite, pela manhã ou à tarde, é insignificante, nada representa. Ou melhor, representa, sim, que o Presidente da República é um homem distante dos fatos que o cercam e para deles se inteirar interage com representantes de todos os segmentos sociais.

Bastaria, se possível fosse, fazer-se um questionamento público para se indagar quantos cidadãos brasileiros já foram por ele atendidos como Vice e como Presidente. Homem do diálogo, das composições parlamentares, da conciliação, demonstrou estas características como Secretário de Estado, Deputado Federal, Procurador-Geral do Estado de São Paulo e Presidente da Câmara, por três vezes, não seria agora que se tornaria um ser hermético, arredio, equidistante.

Quanto a haver recebido o empresário Joesley Batista, tratou-se de um evento normal. Já o havia recebido em Brasília e em São Paulo. Um dos maiores empresários brasileiros e de todo o mundo, jamais suporia tratar-se também de um criminoso do colarinho branco confesso e detentor de alentada folha de antecedentes.

Quanto ao intento de sua visita, bem, possuísse ele poderes adivinhatórios, determinaria a sua imediata prisão.

Abre-se um parêntese para confessar ter causado mal estar e estranheza a todos os que leram a denúncia, a nota de rodapé da página 7:

*“com relação aos colaboradores – crime de corrupção ativa CP art. 333 – conforme explicitado na cota anexa a esta peça, **deixaram de ser denunciados em razão dos acordos de colaboração firmados e homologados.**”*

Pois é, choca não lhes ter sido fixada pena ou restrições, impostas a todos os demais delatores. Ao contrário, outorgou-lhes benefícios e oportunidades de grande monta (lucros nas bolsas de dólares e ações). Outorgou-lhes, na verdade, o grande, o inestimável e incomum **benefício da impunidade em detrimento da tranquilidade de uma Nação e da honra de um homem.**

Ainda no que tange à visita no Jaburu tratada como uma cena da “Divina Comédia”, pela sua demonização, deu-se realce a ocorrências insignificantes, procurando-se extrair efeitos negativos ao fato e danosos ao Presidente da República.

Como já se disse, nada de anormal há na ida do maior exportador de proteína animal do mundo ao Palácio do Jaburu. Cumpre esclarecer a sua insistência para ter uma audiência. Antiga insistência. A pedido de Rodrigo Loures, o Presidente, sem possibilidade de agenda, concordou em recebê-lo à noite, no Jaburu, e acompanhado do próprio Loures. Atendeu no Jaburu como fez com inúmeros outros que o procuraram.

Rodrigo não foi por alguma razão. No entanto, foi ele quem marcou a entrevista e deu o número da placa do automóvel que os transportaria,

no qual Joesley acabou indo. **Esta é a razão pela qual pode entrar no Palácio. Já havia uma prévia anotação na portaria.**

Nada de mais, a não ser as deturpações e más interpretações deste singelo fato.

Aliás, há um trecho da peça de acusação que bem exprime esta sua tendência de agravar situações inofensivas em torno das quais são formuladas cerebrinas elucubrações, sempre voltadas para o comprometimento com o mal.

Afirma a denúncia (fls. 8 da denúncia) que Joesley passou pela portaria sem se identificar, dando o nome de Rodrigo. Concluiu que *“restou evidente a intenção do denunciado Michel Temer em escamotear o encontro com Joesley Batista, a demonstrar sua ciência de que os assuntos a serem tratados eram escusos”* (fls. 08/09 da denúncia).

Não é missão fácil produzir uma defesa contra afirmações hipotéticas, subjetivas, fruto do desejo de acusar por acusar, vinculando conclusões a interpretações distorcidas e com objetivos claros. Quer o Ministério Público que assim tenha sido e assim foi. Ponto final.

A defesa, no entanto, contará com o discernimento e a liberdade de opinar que caracterizam os integrantes dessa Egrégia Câmara dos Deputados.

O outro aspecto ao qual se empresta importância capital para a acusação refere-se ao fato em si apontado como criminoso: o Presidente teria recebido R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pelas mãos de terceiros, por ordem de Joesley.

A infamante acusação vem desprovida de provas. Não se aponta quem entregou para quem; aonde ocorreu o encontro para a entrega; qual o dia desse encontro, horário. Enfim, dados fundamentais para que não pairasse a pecha de leviandade e de irresponsabilidade sobre esta malévola atribuição. **E esses dados não foram colocados na denúncia simplesmente porque inexistem.**

Em tópico à parte, essa abjeta e caluniosa acusação será melhor apreciada e destruída.

Parte da inicial acusatória foi dedicada à malfadada gravação do dia 07 de março. Serviu ela de base, a única, aliás, para toda a acusação. Transformou-se em pilar de sustentação das imputações que procuram colocar o Presidente da República no banco dos réus, a qualquer custo, mesmo que seja ao preço de sua dignidade pessoal e da tranquilidade do país.

Em outro tópico, ficará demonstrado que a gravação, em verdade, não possui solidez para dar embasamento às acusações, e isto por tríplice razão. A primeira trata de prova ilícita, visto ter ela sido feita sem um escopo que lhe desse legitimidade. Por outro lado, sofreu adulterações, cortes e interrupções que lhe retiram a autenticidade e, por fim, mesmo que superadas as deficiências anteriores,

não possui conteúdo incriminador, pois nenhum só de seus trechos revela prática delituosa.

É incrível, assustadora mesmo, a facilidade da denúncia em tecer comentários e lançar afirmações categóricas sobre a conduta do Presidente, a sua participação em fatos, em projetos e até a respeito de suas intenções. Afirmações gratuitas, desprovidas de apoio fático, lançadas a esmo apenas para tentar dar alguma consistência a uma peça flagrantemente inconsistente.

Nas páginas 15 a 30 não são poucas as assertivas dessa natureza:

“O encontro nada mais é do que evidente desdobramento dos assuntos antes tratados com Michel Temer” (fls. 15 da denúncia).

Como o acusador sabe? Tirou a ilação de que fato?

“Rodrigo Loures deixou bem claro, em dialogo com Gilvandro Vasconcelos, que falava em nome de Michel Temer” (fls. 18 da denúncia).

Deixou claro para quem? Apenas para quem quer acusar e carece de elementos para tanto.

No diálogo entre Rodrigo Loures e Gilvandro Vasconcelos o pronome pessoal “nós” refere-se a Michel Temer. Dedução que atende ao desejo do acusador, mas sem nenhuma prova que a confirme (fls. 18 da denúncia).

Nas páginas seguintes o acusador comete outra temeridade ao afirmar que Rodrigo Loures tornou-se o “*novo interlocutor*” do Presidente e atua como um seu intermediário e que não teria “*poder e autonomia para atuar sem o respaldo de Michel Temer*” (fls. 20/21 e 22 da denúncia).

Ora, é fato conhecido, não negado pelo Presidente, ter ele relacionamento com o Sr. Rodrigo Loures. Foi seu assessor. No entanto, querer extrair-se desse fato conotação de um relacionamento marcado por interesses e objetivos escusos é outra temeridade incompreensível, justificada apenas por uma sanha acusatória inexplicável para quem, como o acusador, deveria ter responsabilidade inafastável com o cumprimento da lei, com a verdade e com o justo. Lembre-se, ele é um fiscal do cumprimento da lei, um perseguidor da justiça e não um acusador sistemático e obstinado.

No afã de adensar uma denúncia chocha, capenga, carente de imputações sérias, substanciais, o acusador fez alusão a uma hipotética viagem que “*talvez o Presidente vai no dia 15*” e passou a afirmar que foi tratado um “possível” encontro decorrente dessa viagem. Viagem que não houve, encontro inexistente, fato criado para dar cor a um pálido documento acusatório (fls. 23 da denúncia).

Até as pessoas mais benevolentes com os abusos da denúncia devem ter ficado estupefatas com o trecho no qual o acusador cita uma conversa entre Rodrigo Loures e Ricardo Saud e afirma ter o tema gerado “*repercussões financeiras ilícitas que importavam a Rodrigo Loures e a Michel Temer*” (fls. 24 da denúncia) e concluiu que Loures teria aceitado, “*como*

representante de Michel Temer, a forma de pagamento da vantagem indevida” (fls. 25 da denúncia).

Inacreditável assertiva que chega às raias da absoluta irresponsabilidade para quem deve pautar a sua atuação estritamente dentro dos limites da lei e com os olhos voltados para o alcance da verdade, sem nenhuma preocupação com o protagonismo que sua posição lhe oferece. Não encontrou provas, não as criou mentalmente; não se convenceu da culpa, não se violentou acusando a esmo; não possui base para denunciar, não o faça e assim estará ou estaria cumprindo fielmente a sua nobre missão de promover a justiça.

Está simplesmente com este trecho afirmando, mas não provando, e nem poderia fazê-lo, que Michel Temer compraz-se em receber propinas tendo como emissário terceira pessoa. Extraiu isto da realidade? Não. Reproduziu o desejo de acusar por acusar e elaborou mais uma fantasia.

Fica patente a veemente repulsa da defesa em relação a todas as demais criações mentais do acusador no afã de comprometer o Presidente Michel Temer com base exclusiva no seu querer e nas suas desconhecidas razões.

Como já se vem afirmando, o acusador não disfarça o seu grande esforço em emprestar alguma robustez a uma acusação manca e anêmica.

Para tanto, usa de todos os artifícios criados pela sua inteligência, não só voltados para a cultura jurídica, como também para uma eficiente

atividade ficcional, com o objetivo de suprir as carências de fatos no mundo real e substituí-las por hipotéticos e fantasiosos eventos supostamente comprometedores.

Assim, nas páginas seguintes de sua denúncia, limita-se a repetir tudo que já fora dito, modificando a escrita, mas sem alterar-lhe o sentido. Este é sempre o mesmo: imputar a Michel Temer inexistentes condutas; falsas intenções e improvadas razões de agir.

Já se disse, quer se dar densidade quantitativa a uma acusação de qualidade amplamente contestável quanto à sua sustentação probatória.

As conclusões e assertivas constantes do presente tópico no qual se procura fazer um apanhado geral da denúncia e já antecipar aspectos de sua improcedência serão detalhados e pontualmente analisados nos tópicos subsequentes da presente defesa.

Antes do próximo, deseja-se encerrar este tópico exteriorizando a mais profunda indignação, indignação de um advogado criminal que milita na defesa há quase cinquenta anos, quanto à afirmação de que o Presidente recebeu “*uma mala contendo R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)*”.

Prove, senhor acusador!

4 - A ACUSAÇÃO DE CORRUPÇÃO PASSIVA

A manifesta inépcia da denúncia e a flagrante falta de justa causa ante a ausência de elementos mínimos para a admissão de uma acusação contra o Presidente da República

A denúncia oferecida contra o Sr. Presidente da República não merece prosperar, posto que manifestamente inepta e carente de justa causa, uma vez que ausentes os requisitos formais de validade contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal.

O aludido artigo 41, Nobres Parlamentares, estabelece que uma acusação deve atribuir ao incriminado o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, descrevendo a sua exata participação no evento delituoso. Não basta, pois, a simples menção ao *nomen juris*. A descrição pormenorizada se faz mister!

Se a denúncia deve descrever de forma minuciosa a participação do acusado no evento criminoso, a falta de atendimento a este postulado acarreta a decretação da inépcia da inicial, devendo, como medida de justiça, ser rejeitada, sob pena de patente cerceamento do direito de defesa consagrado constitucionalmente.

No presente caso, a denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República não atendeu aos comandos supracitados, uma vez que

se eximiu de descrever as condutas e a participação do Sr. Presidente da República na ocorrência do pretense delito de corrupção passiva que o deu como incurso.

O Ministério Público Federal, ao longo de sua peça acusatória, apesar de haver citado o nome de Michel Temer, não expôs qual teria sido o seu agir no evento criminoso denunciado.

Aliás, o texto ministerial apenas e tão somente mencionou que, “*entre os meses de março e abril de 2017, no Distrito Federal e em São Paulo, com vontade livre e consciente, o Presidente da República, MICHEL MIGUEL ELIAS TEMER LULIA, recebeu para si, em razão de sua função, em comunhão de ações, unidades de desígnios e por intermédio de RODRIGO SANTOS DA ROCHA LOURES, vantagem indevida de cerca R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), ofertada por JOESLEY MENDONÇA BATISTA, proprietário do Grupo J&F, tendo sido a entrega dos valores realizada por RICARDO SAUD, executivo do grupo empresarial*” (fls. 02 da denúncia).

Na sequência, a peça acusatória consignou que “*o montante espúrio de R\$ 500.000,00, recebido por RODRIGO LOURES para MICHEL TEMER, foi viabilizado e repassado, após aceitação, pelo próprio RODRIGO LOURES, com vontade livre e consciente, unidade de desígnios e comunhão de ações com MICHEL TEMER, de uma oferta de valores que poderiam chegar ao patamar de R\$ 38 milhões ao longo de aproximadamente 9 (nove) meses, prometido por JOESLEY BATISTA, por intermédio de RICARDO SAUD*” (fls. 02 da denúncia).

Finalmente, o Procurador-Geral da República aduziu na denúncia que, “*agindo assim, os denunciados MICHEL MIGUEL TEMER LULIA e RODRIGO SANTOS DA ROCHA LOURES praticaram, em concurso, o crime de corrupção passiva (CP, art. 317, caput, c/c art. 29)*” (fls. 02 e 03 da denúncia).

Na essência, Ilustres Deputados Federais, este é o texto da denúncia oferecida contra o Sr. Presidente da República, que o acusa de gravíssimo crime sem que tenha ele qualquer participação nos supostos fatos narrados.

Deste modo, e levando-se em conta o quanto descrito pelo órgão acusatório, pergunta-se:

Qual seria a eventual atuação do Presidente da República que pudesse vir a favorecer os interesses das empresas de Joesley Batista? A que ato de ofício estaria vinculado esta atuação? Em que medida a atuação de Michel Temer representaria a contraprestação exigida pela descrição típica do crime de corrupção? Em que consistiria a solicitação ou o recebimento de vantagem indevida? Qual a unidade de desígnios e comunhão de ações entre Michel Temer e Rodrigo Loures? Onde está o indício de que os R\$ 500.000,00 recebidos por Rodrigo Loures se destinariam a Michel Temer? Repita-se: acerca do dinheiro que a denúncia afirmou ter sido recebido por Rodrigo Loures com destino a Michel Temer, onde teria havido o recebimento do mencionado montante? De quem teria sido recebido? Quando teria recebido?

Por mais esforço que esta defesa tenha empreendido, não foi possível extrair da inicial acusatória as respostas para essas perguntas.

Deste modo, estaria Michel Temer sendo acusado tão somente por Rodrigo Loures ser “homem de sua total confiança”? Estaria ele sendo denunciado apenas porque conversou com Joesley Batista em “encontro noturno e secreto” no Palácio do Jaburu? Ou, ainda, estaria Michel Temer sofrendo os dissabores de uma denúncia exclusivamente em razão de ser o Presidente da República, em uma verdadeira manifestação política contra os seus ideais de governo?

Ao que nos parece, Michel Temer está, sim, infelizmente sendo denunciado somente em razão dessas condições!

Contudo, acusações desse jaez não podem e não devem ser admitidas no atual Estado Democrático de Direito, na medida em que não houve nenhuma preocupação em relação à exposição de todas as circunstâncias relativas à imputação feita em desfavor do Sr. Presidente da República, tampouco houve a demonstração de que tenha ele aderido ao evento criminoso com a finalidade de solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, em razão da sua função presidencial, vantagem indevida, ou, ainda, que tenha aceitado promessa de tal vantagem.

É regra do Direito Brasileiro que o silêncio de um acusado ou de um investigado não importará em confissão, não podendo, por esta razão, ser interpretado em prejuízo da sua defesa. Contudo, as omissões da denúncia,

como verificadas no presente caso, não gozam da mesma prerrogativa, posto que contaminam de inaptidão a peça acusatória.

Nesse sentido, Insignes Parlamentares, as imputações feitas ao Sr. Presidente da República, como postas, se mostram deveras frágeis e inseguras, não podendo ser admitidas na seara penal, tendo em vista que, além de violar frontalmente os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, afrontam diretamente as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambas consagradas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A exordial, da forma como vazada, não se preocupou com a individualização de eventual conduta criminosa que teria sido praticada, em tese, pelo Sr. Presidente da República.

Vale dizer, portanto, que a responsabilidade penal não pode ser presumida ou deduzida. Deve ser demonstrada a existência de uma relação de execução ou de colaboração entre o acusado e o fato criminoso, marcada pela consciência e pela vontade, de maneira que a imputação de uma conduta ilícita somente pode recair sobre aquele que praticou ou cooperou, por ação ou omissão, com a sua realização. A responsabilidade penal é, pois, de caráter subjetivo, não podendo ser pautada por meras ilações!

Na hipótese dos autos, a responsabilidade penal que se pretende atribuir a Michel Temer não foi imposta em razão de suas condutas, mas, sim, por sua posição de Presidente da República, por Rodrigo Loures ser “homem de

sua total confiança” ou porque conversou com Joesley Batista em “encontro noturno e secreto” no Palácio do Jaburu.

Deste modo, ao atribuir objetivamente a Michel Temer o delito pelo qual fora denunciado sem se preocupar com a descrição adequada, suficiente e pormenorizada das respectivas condutas imputadas, o Procurador-Geral da República eivou de inépcia a sua peça inaugural, tornando-a inadmissível para os fins pretendidos, uma vez que não apontou um elemento informativo sequer que indicasse o cometimento do crime previsto no artigo 317, *caput*, do Código Penal, por parte do Sr. Presidente da República.

De toda sorte, Nobres Deputados Federais, ainda que Rodrigo Loures pudesse ser o seu interlocutor, a denúncia não descreveu nenhum interesse ilícito anuído pelo Sr. Presidente da República, na medida em que Michel Temer nunca autorizou àquele realizar qualquer tratativa espúria com quem quer que seja em seu nome.

Igualmente, não há nos autos do inquérito um elemento informativo sequer que demonstre tenha o Sr. Presidente da República cometido ou consentido com a perpetração de eventual crime de corrupção passiva.

Tirante as declarações prestadas por Joesley Batista e Ricardo Saud no sentido de que o dinheiro entregue a Rodrigo Loures seria para Michel Temer, não há nenhuma prova sequer indiciária de que tenha ele praticado qualquer ilícito.

A gravação ilícita realizada por Joesley Batista em seu encontro com o Sr. Presidente da República no Palácio do Jaburu como outro elemento de prova a dar supedâneo à denúncia, a despeito da sua imprestabilidade, conforme será oportunamente abordado, em nada compromete Michel Temer, até porque nada de ilegal fora tratado naquela oportunidade.

Nada mais é que pura ilação, portanto, a afirmação de que o encontro de Joesley Batista com Rodrigo Loures, posterior ao encontro daquele com o Sr. Presidente da República, seria o desdobramento dos assuntos tratados na tão falada conversa no Palácio do Jaburu.

Destarte, se o § 16, do artigo 4º, da Lei nº 12.850/13, prevê que “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*”, a denúncia pautada apenas e tão somente nesses elementos não se sustentará, desmoronando ao primeiro sopro, como se um castelo de cartas fosse, pois, repita-se, à exceção do mencionado “encontro noturno” no Palácio do Jaburu, inexistente outro indicativo de que o Sr. Presidente da República estivesse cometendo o crime de corrupção passiva. E a própria denúncia não infirma essa assertiva. Vejamos.

Extraí-se da peça acusatória que Joesley Batista reportou a Rodrigo Loures a existência de um procedimento no CADE de interesse de sua empresa, o GRUPO J&F e que, se o presidente do referido órgão de defesa da economia concedesse uma liminar em um pedido de medida preventiva oferecido por seus advogados, o seu problema estaria resolvido, uma vez que deixaria de perder R\$ 1.000.000,00 por dia.

Segundo consta dos autos, Rodrigo Loures teria entrado em contato com Gilvandro Vasconcelos, presidente em exercício do CADE, com vistas a resolver a questão.

Contudo, a opinião acusatória contida no texto da denúncia no sentido de que “*RODRIGO LOURES deixou bem claro, em diálogo com GILVANDRO VASCONCELOS, que falava em nome de MICHEL TEMER e no interesse deste, ao aludir que era apenas um ‘soldado’ que cumpria ‘missões’*” (fls. 18 da denúncia), não se sustenta em nenhum elemento indicativo constante dos autos e não corresponde com a verdade.

Referida ilação ministerial teria partido do diálogo onde Rodrigo Loures afirmou que “*se houver um sentimento aí fora de que de alguma maneira, não há concorrência, não há, é ruim pro governo*” (nota de rodapé 56 da denúncia – fls. 18).

Deste modo, tão somente pela existência, no diálogo supracitado, da frase “*é ruim pro governo*” é que a acusação deduziu estar Rodrigo Loures falando em nome do Sr. Presidente da República, fato, todavia, que demonstra a completa inadmissibilidade de tal conclusão.

Nobres Deputados Federais,

Até agora, notou-se a inexistência de qualquer indicativo de que o Sr. Presidente da República tenha praticado o crime de corrupção

passiva, diante da flagrante ausência de descrição de condutas típicas que pudessem ser subsumidas à figura penal prevista no artigo 317, *caput*, do Código Penal.

Entretanto, nesse ponto se faz mister apontar que a denúncia tem viés nitidamente seletivo, pois omitiu importantes elementos de prova que demonstram não ter havido o cometimento de nenhum crime por parte de Michel Temer.

A denúncia subscrita pelo Procurador-Geral da República é seletiva, sim. Desconsiderou depoimentos colhidos nos autos de inquérito e que foram amplamente mencionados pelos Relatórios da Polícia Federal no sentido de afastar eventual responsabilidade penal do Sr. Presidente da República, ou de quem quer que seja, pelo suposto cometimento do delito de corrupção passiva.

O móvel da acusação de corrupção passiva, ao que consta da denúncia, estaria representado na existência de um procedimento no CADE que era de interesse da empresa EPE, de Joesley Batista, no sentido de que, se o presidente do referido órgão de defesa da economia concedesse uma liminar em um pedido de medida preventiva oferecido por sua companhia, que estava em litígio com a PETROBRAS, o seu problema estaria resolvido, uma vez que deixaria de perder R\$ 1.000.000,00 por dia.

Por esta razão, e sempre de acordo com o texto ministerial, Rodrigo Loures teria entrado em contato com conselheiros do CADE,

com o objetivo de solicitar que estes decidissem favoravelmente aos interesses das empresas de Joesley Batista.

Todavia, conforme consta do Relatório da Polícia Federal, José Marcelo Martins Proença, Advogado de uma das empresas de Joesley Batista e que atuou junto ao CADE, assim afirmou em depoimento prestado no inquérito:

“QUE o declarante nunca tomou conhecimento de que executivos do Grupo J&F Investimentos S/A vinham tomando iniciativas no campo político no sentido de obter resolução favorável no CADE; QUE o depoente, em nenhum momento, percebeu qualquer conduta ou movimentação atípica por parte de servidores do CADE nesse processo; QUE acredita que o estímulo do CADE para a resolução entre as partes tenha surtido efeito naturalmente; QUE a rapidez com que os atos foram praticados, aos olhos do depoente, decorreu do risco de aplicação de medida preventiva pelo CADE; QUE, portanto, não percebeu nenhuma anormalidade na tramitação do inquérito administrativo no aspecto de sua celeridade” (fls. 861) (g.n.).

No mesmo sentido, Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Conselheiro do CADE também ouvido em sede de inquérito, asseverou:

“QUE RODRIGO DA ROCHA LOURES demonstrou preocupação com essa questão, pois envolvia, no entendimento dele, prática

*anticoncorrencial por parte da PETROBRAS, o que traria reflexos negativos ao mercado de energia e, conseqüentemente, a própria imagem do País; **QUE RODRIGO DA ROCHA LOURES não fez qualquer solicitação ao declarante, nem mesmo de forma subliminar, ao menos na compreensão do declarante;** QUE o declarante ouviu a exposição de RODRIGO DA ROCHA LOURES e limitou-se a afirmar a ele que encaminharia o tema à área técnica; (...) **QUE o declarante nunca mais tratou dessa questão com RODRIGO DA ROCHA LOURES, tampouco ele perguntou algo a respeito ao declarante;** QUE o andamento da questão técnica acerca da qual RODRIGO DA ROCHA LOURES havia demonstrado interesse tinha tramitação em seara estranha às atividades do declarante; **QUE, portanto, se o declarante tivesse a intenção de interceder na condução do assunto teria que contar com outros servidores do CADE; QUE essa hipótese não ocorreu, absolutamente**” (fls. 862) (grifos nossos e no original).*

Não diferentes foram as declarações prestadas pelo Superintendente-Geral do CADE, Eduardo Frade Rodrigues, que, ao ser ouvido em depoimento, declarou:

“QUE GILVANDRO limitou-se a repassar ao declarante a preocupação de RODRIGO DA ROCHA LOURES, sem fazer qualquer pedido ou sugerir qualquer encaminhamento ao declarante; QUE GILVANDRO em momento algum deu a entender que havia recebido qualquer pedido ou recomendação de

RODRIGO DA ROCHA LOURES; (...) QUE, portanto, o declarante não repassou a nenhum técnico do CADE o fato de que a questão que era objeto de inquérito administrativo e que seria tratada em reunião era motivo de atenção ou preocupação de RODRIGO DA ROCHA LOURES; QUE o declarante pode afirmar que o inquérito administrativo no âmbito do qual tramita no CADE questão envolvendo interesses das empresas EPE e PETROBRAS teve andamento absolutamente normal, sem qualquer interferência nos atos praticados pelo próprio CADE, inclusive no aspecto da celeridade; (...) QUE salienta apenas que, em todo o curso do inquérito administrativo não houve qualquer decisão de mérito do CADE; QUE o que ocorreu, na verdade, foi uma composição amigável entre as partes, em âmbito privado, sem participação do CADE” (fls. 863) (grifos nossos e no original).

Por fim, mas não menos importante, tem-se o depoimento prestado por Kenys Menezes Machado, Superintendente Adjunto do CADE apontado pelo Relatório da Polícia Federal como pessoa que “teve relação mais próxima com a tramitação do Inquérito Administrativo”, o qual afirmou:

“QUE durante a tramitação do inquérito, EPE e PETROBRAS, sem qualquer participação do CADE, chegaram ao entendimento acerca do fornecimento de gás, ao menos por período de tempo limitado, como já tinham feito em duas vezes anteriores; (...) QUE nunca houve iniciativa de EDUARDO FRADE ou de GILVANDRO DE ARAÚJO em obter informações acerca do

*andamento do inquérito administrativo em questão; (...) QUE o declarante pode afirmar categoricamente que o referido inquérito administrativo teve tramitação normal no CADE, no aspecto da regularidade de seus atos e também no tempo em que foram praticados, ou seja, nunca houve qualquer manifestação apressada; **QUE o declarante nunca recebeu qualquer orientação, de quem quer que seja, para que fizesse ‘pressão’ junto à PETROBRAS no sentido de que, para evitar a aplicação de medida preventiva, a estatal chegasse ao entendimento direto com a EPE**” (fls. 864/865) (grifos nossos e no original).*

Para colocar uma pá de cal nessa questão e afastar de uma vez por todas as ilações presentes na denúncia, tem-se, a fls. 865, no Relatório da Polícia Federal, informação sobre a manifestação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca do ocorrido no inquérito daquela autarquia, restando pontuado que, **“segundo os dirigentes do CADE, em consonância com a manifestação oficial do órgão, o procedimento administrativo transcorreu dentro dos limites normais, sem sofrer qualquer influência pela ligação telefônica realizada ao presidente interino GILVANDRO DE ARAÚJO”** (g.n.).

Mas não é só.

A Polícia Federal, em seu relatório, categoricamente afirmou que, **“no exíguo deste inquérito, não foi possível reunir elementos que permitam concluir que o interesse manifestado por RODRIGO DA ROCHA LOURES (...) tenha provocado, no seio daquele órgão (CADE), ações ou decisões**

precipitadas ou desviadas da boa técnica” (fls. 867/868) (g.n.), o que demonstra o aqodamento ministerial em oferecer a denúncia contra o Sr. Presidente da República.

Deste modo, como se admitir, então, que o depoimento de um criminoso confesso como o é Joesley Batista, confessor de mais de 245 crimes em seu acordo de colaboração premiada, tenha mais valor que os depoimentos de conselheiros de importante órgão público de defesa da economia? Como aceitar, igualmente, que apenas um depoimento tenha preponderância relevante sobre ao menos três outros esclarecimentos, todos coesos? Como não considerar um documento com fé pública subscrito pelo CADE dando conta da inexistência de influência de Rodrigo Loures no órgão para as tratativas entre EPE e PETROBRAS? Como não ponderar os apontamentos inconclusivos constantes do Relatório da Polícia Federal?

Diante de tais questionamentos, que se respondem por si, não faz o menor sentido a denúncia oferecida contra o Sr. Presidente da República, não merecendo ser admitida por essa Colenda Câmara dos Deputados, na medida em que não há nenhum indicativo da atuação de Michel Temer, por si ou por meio de terceiros, para a resolução dos problemas da empresa de Joesley Batista junto ao CADE.

Não há credibilidade nos depoimentos prestados por Joesley Batista!

Saliente-se, ainda, que, no caso em tela, a denúncia não fez nenhuma referência ao ato de ofício que pretendia o Sr. Presidente da República

oferecer como contraprestação da vantagem. Não há na acusação o mais tênue sinal, nem a mais débil sugestão acerca de qualquer contraprestação, consistente em uma sua atribuição funcional, oferecida por Michel Temer, como moeda de troca para obter o indigitado valor apontado na exordial.

Portanto, além de inepta por não descrever quais teriam sido as condutas praticadas pelo Sr. Presidente da República, a denúncia carece de justa causa para a sua admissão e prosseguimento, diante do esvaziamento do tipo penal previsto no artigo 317, *caput*, do Código Penal. Falta uma elementar do tipo penal, qual seja o ato de ofício.

Por fim, mas não menos importante, merece destaque o que vem sendo publicado pela imprensa nacional: onde estão as provas concretas de recebimento de valores por parte de Michel Temer?

De maneira a responder a esse questionamento, destaca-se o artigo do repórter da Folha de S. Paulo em Brasília, Rubens Valente, em sua coluna “Análise”, publicada na edição de quarta-feira, 28 de junho de 2017, cujo título é: “*LIGAR MALA DE DINHEIRO A TEMER É PONTO FRÁGIL DE DENÚNCIA*” (doc. 01).

Razão assiste ao mencionado jornalista quando afirmou em sua matéria que “*o Procurador-Geral da República não conseguiu demonstrar, nas 60 páginas da acusação, como seria a suposta operação monetária que beneficiaria Temer depois da chegada da mala a Loures*”.

Em seguida, Rubens Valente arrematou sobre a inexistência do crime de corrupção passiva ao afirmar que “as mais de 2.000 conversas telefônicas interceptadas com ordem judicial e a conversa gravada pelo empresário da JBS Joesley Batista com Temer em 7 de março não trazem a informação objetiva de que o presidente pediu os R\$ 500 mil, mesmo que ‘por intermédio’ de Loures” (g.n.).

Deste modo, à míngua de qualquer elemento que demonstre tenha Michel Temer solicitado, recebido ou aceitado promessa de vantagem indevida, por si ou por interposta pessoa, imperiosa se mostra a inadmissão da acusação contra o Sr. Presidente da República por essa Colenda Câmara dos Deputados.

5 – FALTA DE AUTENTICIDADE DA GRAVAÇÃO

a) O laudo lavrado pelo Dr. Ricardo Molina de Figueiredo

O Presidente Michel Temer solicitou do renomado perito Ricardo Molina, professor da Unicamp, um laudo a respeito da gravação feita por Joesley Batista em 07 de março passado.

Em sua análise, o Dr. Ricardo Molina descreveu a existência de obstáculos invencíveis para a verificação da integridade do áudio. Por isso, disse “*ser impossível garantir que não houve trechos extirpados por edição a*

posteriori” ou que “*alguns sons não pudessem ter sido inseridos em pós-processamento digital*” (fls. 337 vº).

Nesta linha, observou que “*o fato de o gravador possuir alguma falha sistêmica eventualmente associada aos eventos de descontinuidade não justificaria todos os pontos suspeitos que encontramos*” (fls. 334) (g.n.).

Assim, não há como se estabelecer um parâmetro de confiabilidade para o áudio apto a justificar sua utilização como prova em uma ação penal que, além de vedar o recurso a provas ilícitas, tem como meta o esclarecimento da verdade real, verdade esta que seria ferida de morte em caso de eventual edição do áudio.

O Dr. Ricardo Molina fez expressa referência ao trecho transcorrido entre “*os momentos 11:36 e 11:53, cerca de 17 segundos*”, onde “*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*” (fls. 340 vº).

Portanto, não se está falando de trechos marginais da gravação, mas de um de seus principais pontos.

Chamou atenção, ainda, para o trecho localizado no minuto “*35:25,663, perto do final da gravação e antes da entrada da programação da*

CBN” (fls. 340 vº), lembrando que o início e o final da gravação acontecem no veículo de Joesley Batista ao som da rádio CBN.

Neste ponto apontou “*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*” (fls. 340 vº). **Trata-se de espaço perfeito para a realização de fraudes.**

A qualidade da gravação também configurou empecilho para a realização de um trabalho minucioso, porque limitou a utilização de tecnologias disponíveis para filtragem do áudio.

Para melhor expor a situação o perito voltou ao trecho entre 11:36 e 11:53 (fls. 338 vº) para esclarecer que em determinado momento Joesley Batista falou “*tô no meio*”, e não “*todo mês*”, como consta do laudo da Polícia Federal e da denúncia. **Chama a atenção a insistência na segunda hipótese notadamente devido à clareza da primeira até para não especialistas.**

Em seguida ponderou sobre os ruídos do áudio: “*Como fica claro no espectrograma da figura 02, o ruído interferente se estende ao longo de uma larga faixa espectral, o que impede a aplicação de filtros do tipo noise reduction ou noise gate, pois se tal procedimento for eventualmente empregado, não haverá qualquer ganho de inteligibilidade*” (fls. 339 vº) (g.n.).

A transcrição feita pelo laudo da Polícia Federal confirmou que as palavras proferidas pelo Presidente Michel Temer são inaudíveis em momentos importantes da conversa.

Ocorre que são justamente as palavras do Presidente da República, e não do delator, que interessam à apuração dos fatos, pois ele é o acusado, o outro, bem, o outro é o agraciado.

Outro aspecto demonstrado pelo perito se refere às possibilidades de manipulação que se abrem a partir de áudio colhido por aparelho de baixa qualidade. Enfatizou que: *“Existem dezenas de pontos de descontinuidade ao longo de toda a gravação. Cada um desses pontos é, potencialmente, um ponto de edição. (...) questão pericialmente relevante, no entanto, não é se o aparelho gravador eventualmente produz tais falhas, mas sim que tais falhas abrem a porta para que sejam realizadas edições cuja detecção seria impossível, visto que uma edição feita com algum cuidado poderia reproduzir exatamente as características de uma falha sistêmica real”* (fls. 341 vº) (g.n.).

Em seguida, ressaltou o fato de a gravação estar *“repleta de ruídos muito intensos que praticamente ocupam toda a faixa do espectro, mascarando completamente o sinal de interesse. Existem também diversos pontos de clipping (saturação), também candidatos a ocultar cortes fraudulentos de forma indetectável”* (fls. 341 vº).

Diante de tal cenário, o perito foi categórico ao asseverar:

“Por óbvio não é possível garantir o encadeamento discursivo lógico se um dos interlocutores tem a maior parte de suas falas ininteligível” (fls. 339 vº/340).

Tal conclusão, segundo o perito da Unicamp, torna prejudicada, em quaisquer circunstâncias, eventuais tentativas de análise do conteúdo da conversa. Trata-se de questão incontornável, pois, nas palavras do Dr. Ricardo Molina, *“uma descontinuidade é sempre um potencial ponto de edição e nada pode mudar esse fato, ainda que se descubra que falhas sistêmicas possam provocar eventuais descontinuidades. Vivemos um mundo digital e manipulações envolvendo trechos ruidosos do sinal são bastante simples com os recursos de processamento digital hoje disponíveis”* (fls. 341 vº) (g.n.).

Na resposta ao quesito número 05 reforçou sua conclusão: *“não se pode, por nenhum meio, garantir a autenticidade da gravação, sendo, portanto, a prova imprestável para fins judiciais”* (fls. 342) (g.n.).

Em síntese, os impedimentos técnicos decorrentes da pouca qualidade do aparelho e da gravação propriamente dita não permitem aferir a integridade do áudio com a certeza necessária para sua utilização como prova.

No mesmo dia em que o Dr. Ricardo Molina finalizou seu laudo, a rádio CBN noticiou a existência de incompatibilidade entre a duração da gravação feita por Joesley Batista e a duração da simultânea programação da emissora, captada, por coincidência, no início e no fim do áudio em debate.

O áudio gravado por Joesley Batista seria **06 minutos e 21 segundos mais curto** (g.n.), conforme checagem feita pelos próprios jornalistas que subscreveram a reportagem.

Como a rádio CBN disponibilizou na internet a íntegra de sua programação no período mencionado, a defesa solicitou ao Dr. Ricardo Molina que fizesse um complemento a seu laudo por meio da comparação entre os áudios de Joesley Batista e da programação da CBN.

O laudo complementar confirmou o teor da reportagem. Primeiramente o perito sincronizou as gravações a partir do “*momento em que a apresentadora Tania Morales diz ‘dez e trinta e dois’*”. Depois, foi estabelecido como parâmetro para o fim dos áudios a “*frase ‘Palmeiras é um dos favoritos da competição’, dita pelo apresentador Marcelo Gomes*” (fls. 335 vº).

Ao comparar os áudios, o Dr. Ricardo Molina constatou que o marco final estabelecido “*ocorre 06 minutos e 21 segundos depois do mesmo ponto na gravação questionada, ou seja, tais pontos ocorrem nos momentos 36:33,150 (gravação questionada) e 42:54,130 (gravação da CBN)*” (fls. 335 vº).

Diante disso, não teve dúvidas em afirmar que a “*diferença de 06m:21s, no entanto, é **grande demais** e só pode ser resultado, como já havíamos indicado, de edição fraudulenta relacionada com apagamento de trechos do material original*” (fls. 335 vº) (g.n.).

Como não poderia deixar de ser, considerou que, por meio da flagrante incongruência entre os áudios, *“comprova-se agora o que já havíamos indicado em nosso laudo, ou seja, que a gravação realizada e entregue pelo delator Joesley foi submetida a processamento digital a posteriori e fraudulentamente editada, tendo sido trecho(s) totalizando 06m:21s apagado(s) da gravação original”* (fls. 336) (g.n.).

b) As posições de outros peritos sobre o áudio

Poucos dias antes da apresentação do trabalho pelo Dr. Ricardo Molina, mais precisamente em 19 de maio, foi publicada reportagem no jornal Folha de São Paulo intitulada *“Áudio de Joesley entregue à Procuradoria tem cortes, diz perícia”* (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/05/1885725-audio-de-joesley-entregue-a-procuradoria-tem-cortes-diz-pericia.shtml>) (doc. 02).

O laudo, encomendado pelo próprio periódico, foi elaborado pelo Sr. Ricardo Caires dos Santos, perito do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que concluiu que o áudio *“sofreu mais de 50 edições”* (doc. 02).

Na sequência, o artigo reproduziu trecho do documento em que se explicou a razão da existência de *“vícios, processualmente falando”*: *“É como um documento impresso que tem uma rasura ou uma parte adulterada. O conjunto pode até fazer sentido, mas ele facilmente seria rejeitado como prova”* (doc. 02).

No mesmo dia, “O Estado de São Paulo” ouviu o perito Marcelo Carneiro de Souza, que disse “*ter identificado ‘fragmentações em 14 momentos na gravação, isto é, pequenos cortes de edição no áudio da conversa entre o presidente Michel Temer (PMDB) e o empresário Joesley Batista, dono da JBS’*” (g.n.) (<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,perito-detecta-14-cortes-em-audio-de-conversa-entre-temer-e-empresario,70001797796>) (doc. 03).

Em 21 de maio foi a vez da *Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais* alertar sobre a fragilidade do áudio: “*a mera audição da reprodução, pela imprensa, do áudio entregue por Joesley Batista permite notar ‘a presença de eventos acústicos que precisam passar por análise técnica, especializada e aprofundada’*” (<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-05/associacao-critica-falta-de-pericia-previa-em-audio-entregue-por-dono-da>) (doc. 04).

Percebe-se nitidamente que mesmo antes do laudo do Dr. Ricardo Molina, especialistas na área demonstraram preocupação e inquietação ao ouvirem o áudio divulgado pela imprensa.

No dia 23 de junho, dias antes da juntada da perícia oficial aos autos, a Folha de São Paulo fez mais uma reportagem sobre o assunto com o título “*Nova perícia contratada pela Folha indica que aparelho causou falhas em áudio de Temer*”. O artigo baseou-se em outra perícia encomendada pelo jornal, desta vez à equipe do Instituto Brasileiro de Peritos (IBP) (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895594-nova-pericia-da-folha-indica-que-aparelho-causou-falhas-em-audio-de-temer.shtml>) (doc. 05).

Antecipando uma das observações do laudo da Polícia Federal, os peritos do IBP, segundo a matéria, asseveraram que os “*equipamentos móveis como o utilizado suspendem a gravação enquanto não há som, para economizar bateria e maximizar o tempo de gravação. Esse efeito de interrupção automática da gravação dificulta a identificação de eventuais cortes propositais, caso eles tenham sido realizados*” (doc. 05) (g.n.).

Esclareça-se que tal avaliação partiu de exame feito em gravador do mesmo tipo usado por Joesley Batista e corroborou a conclusão do Dr. Ricardo Molina a respeito da insolúvel incerteza que paira sobre o áudio.

Três dias depois, a Folha de São Paulo apresentou novo relatório do IBP no artigo “*Gravação de Joesley prejudica fala de Temer, diz perícia*” (<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895960-gravacao-de-joesley-prejudica-fala-de-temer-diz-pericia.shtml>) (doc. 06).

O novo relatório revelou consequências ainda mais graves geradas pela natureza do gravador utilizado. Trata-se da **supressão do início das falas quando a reativação do aparelho é ocasionada por sons menos intensos, como a fala do Presidente Temer**, que estava a alguns metros do gravador.

A reportagem transcreveu trecho do relatório: “*Essas características não apenas suprimiram o início de muitas falas, mas também prejudicaram a inteligibilidade das partes subsequentes que foram gravadas*” (doc. 06) (g.n.).

Não bastasse isso, a perícia aventou a “*possibilidade de manipulações no arquivo de áudio gravado na memória do aparelho, antes de ter sido entregue às autoridades (...). Um especialista pode ser capaz de eliminar esses vestígios ao aplicar técnicas anti-forenses*” (doc. 06) (g.n.).

As diversas manifestações trazidas aos autos demonstram a força dos argumentos que o Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal precisou enfrentar, tarefa em que foi mal sucedido, como se demonstrará a seguir.

c) O laudo do Instituto Nacional de Criminalística (INC), da Polícia Federal

No tópico denominado “Verificação de edições” e na resposta aos quesitos da Polícia Federal, da Procuradoria-Geral da República e da defesa do Presidente Michel Temer, o laudo do Instituto Nacional de Criminalística discutiu pontos similares aos levantados pelo Dr. Ricardo Molina acerca da possibilidade de edições no áudio.

Contudo, não foi capaz de superar as dúvidas concernentes à confiabilidade da gravação feita por Joesley Batista.

Logo de início os peritos do INC afirmaram que da “*análise perceptual é possível observar a existência de 294 descontinuidades no áudio questionado*” (fls. 53 do laudo INC) (g.n.). Exatamente, quase trezentos pontos ou espaços que, segundo Ricardo Molina, permitem edições dificilmente detectáveis devido aos modernos meios digitais de fraude.

Na resposta a quesito formulado pelo Delegado Federal Josélio Azevedo de Sousa, sobre a existência de eventual edição no áudio, bem como às questões do Procurador-Geral da República e da defesa sobre a verificação de possíveis manipulações fraudulentas, montagens, inserção ou supressão de trechos, e adulterações, o INC respondeu, repetindo o mesmo parágrafo, que sofreu mínimas variações a cada quesito:

“Considerando-se todas as técnicas aplicadas na realização dos exames, não foram encontrados elementos indicativos de que a gravação questionada tenha sido adulterada em relação ao áudio original, sendo a mesma consistente com a maneira em que se alega ter sido produzida” (fls. 111, 112, 115/116 e 120 do laudo do INC).

O que importa, porém, são as centenas de interrupções, ou descontinuidades, além de ruídos, que tornam o áudio extremamente vulnerável a adulterações.

Fossem poucas as interrupções, talvez as técnicas aplicadas pelo INC tivessem sucesso em afastar a possibilidade de edições. No entanto, não se pode excluir a hipótese que o excesso de descontinuidades tenha sido deliberado, com o objetivo de ocultar edições.

Outra fonte de preocupação quanto à idoneidade do áudio são os ruídos. O INC observou que *“ao longo da reprodução de todo o arquivo de áudio inúmeros instantes em que há ruídos intensos”* (fls. 120 do laudo INC).

Imagina-se que Joesley Batista, antes de executar o plano de gravar o Presidente da República, realizou testes e tomou alguns cuidados para garantir que a captação do áudio fosse a melhor possível. Se mesmo assim optou por um aparelho que não capta integralmente uma conversa entremeada por períodos de silêncio, só pode ter sido para não excluir a possibilidade de ajustes posteriores.

Nesse sentido, ao responder o quesito 05 da defesa, o INC confirmou a inexistência de mecanismos de proteção contra edições no aparelho: “*Não há no arquivo questionado e nos dispositivos de gravação encaminhados a exame qualquer mecanismo embarcado de proteção contra edições, ou de verificação de integridade*”, embora tenha destacado que se trata de “*recurso raro*” em equipamentos da espécie analisada (fls. 117 do laudo INC).

Não podemos esquecer que, se fosse de seu interesse, e com todo dinheiro e influência que possui, Joesley certamente teria imediato acesso a equipamentos muito mais sofisticados que o efetivamente utilizado.

Some-se a isso o fato da Procuradoria-Geral da República de não ter retido o gravador assim que comunicada por Joesley do acontecido. Recorde-se que a entrega somente foi realizada para a execução do laudo pericial, mais de dois meses depois da gravação.

Prossigamos. Em confirmação ao relatório do IBP feito para a Folha de São Paulo, o INC constatou que o gravador possuía um “*mecanismo de detecção de pressão sonora*” (fls. 110 do laudo INC), pelo qual o aparelho após

alguns instantes de silêncio suspendia a gravação, e dependia do retorno do som para ser novamente acionado.

Ocorre que o processo de reativação do gravador, além de dar margem a edições, por sua própria natureza não captava os primeiros instantes da retomada do som, o que é gravíssimo para uma investigação que visa apurar a verdade dos fatos.

O INC detectou esta falha ao asseverar que “*dadas as características do equipamento gravador empregado (que possui mecanismo de detecção de nível de pressão sonora para ativação da gravação) e levando-se em conta o disposto na Seção IV.4.4.7, conclui-se que parte do áudio primário deixou de ser registrada, e que a duração de cada uma das 294 descontinuidades foi, em média, de 1,30 segundos*” (fls. 110/111 do laudo INC) (g.n.).

Este, e apenas este, defeito do gravador já seria suficiente para jogar por terra a credibilidade da gravação realizada, demandando o arquivamento da investigação.

Ora, a exclusão de uma única palavra pode alterar completamente o sentido do que foi dito. E, tendo em conta as 294 descontinuidades, temos um número igual de sons que podem ter sido suprimidos.

Deste modo, não constitui exagero dizer que estamos diante de uma gravação inidônea.

Por todas as razões expostas, o reconhecimento da nulidade do áudio gravado em 07 de março é medida que se impõe.

6 - ILCITUDE DECORRENTE DE GRAVAÇÃO AMBIENTAL CLANDESTINA

a) Inadmissibilidade de aceitação da prova ilícita no processo penal

A proscrição para utilização da prova ilícita no processo advém, como é sabido, de mandamento constitucional estabelecido no art. 5º, LVI, da Constituição Federal:

“LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”

Considera-se prova ilícita, nos termos da legislação processual penal, todas aquelas *“obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”* (art. 157 do CPP).

Portanto, é indiscutível que a prova judicial tem limitações. Assim, para a legitimação estatal de imposição de uma sanção penal, especialmente na produção de elementos probatórios, devem ser preservados os direitos e garantias expressos no ordenamento jurídico, já que são eles a base de sustentação do Estado Democrático de Direito.

O eminente jurista Antonio Magalhães Gomes Filho, ex-integrante do Ministério Público do Estado de São Paulo, pondera que, *“especialmente na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo direito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo”* (Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 99, g.n.).

Desta forma, por mais relevantes e graves que sejam os fatos em investigação, **provas obtidas sem a observância das garantias constitucionais ou em contrariedade a normas legais não podem ser admitidas no processo.** É o que há tempos vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal:

“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 processo of law’, que tem, no dogma da inadmissibilidade das provas ilícitas, uma de suas mais expressivas projeções concretizadoras no plano do nosso sistema de direito positivo. A Constituição da República, em norma revestida de conteúdo vedatório (CF, art. 5º, LVI), desautoriza, por incompatível com os postulados que regem uma sociedade fundada em bases democráticas (CF, art. 1º), qualquer prova cuja obtenção, pelo Poder Público, derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional, repelindo, por isso mesmo, quaisquer elementos

probatórios que resultem de violação do direito material (ou, até mesmo, do direito processual), não prevalecendo, em consequência, no ordenamento normativo brasileiro, em matéria de atividade probatória, a fórmula autoritária do ‘malem captum, bene retentum’” (STF, 2ª T, RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 17.05.07, g.n.).

b) Violação às garantias da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CF)

O pedido de instauração de inquérito formulado em desfavor do Presidente, bem como a r. decisão que o deferiu, tem como fundamento uma gravação de conversa travada entre ele e o “*possível colaborador*” Joesley Mendonça Batista, feita de forma clandestina pelo segundo, sem aquiescência ou mesmo conhecimento do primeiro.

Segundo consta do relato do Procurador-Geral da República, esta gravação teria sido entregue “*em reunião preliminar realizada em 07/04/2017*” e teria dado ensejo ao início das tratativas para um acordo de delação premiada a ser firmado entre o Ministério Público Federal e pessoas ligadas ao Grupo empresarial J&F.

Na denúncia ofertada, a mesma versão foi repetida. A gravação ambiental em áudio de diálogo entre o Presidente de República e Joesley Mendonça Batista, além de outras mantidas entre este último e o então Deputado Rodrigo da Rocha Loures, teriam sido apresentadas no Ministério Público Federal como elementos para dar início a possível acordo de colaboração premiada.

Para se verificar a ilicitude da prova utilizada, consistente em gravação ambiental de conversa particular efetivada por um dos interlocutores (Joesley), sem o conhecimento do outro (ora Temer, ora Loures), a primeira observação necessária diz respeito às garantias da intimidade e da vida privada, que possuem *status* constitucional assegurado pelo inciso X, do art. 5º, da CF.

No dispositivo citado, a Lei Maior garante que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*”. Tal conteúdo “*teve inegável inspiração nos tratados internacionais – na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966, e no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 – e nas Constituições de outros países*” (Flávia Rahal e Roberto Soares Garcia. *Vírus. Direito à intimidade e a tutela penal da Internet*. In: *Revista do Advogado*, nº 69, maio/2003, p. 31).

O direito à intimidade e a vida privada, segundo Celso Ribeiro Bastos, “*consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano*” (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989, 2º vol., p. 63.).

Parece-nos claro, desta forma, que a gravação de uma conversa por um dos interlocutores, realizada de forma clandestina e sem o consentimento do outro, ofende ao direito à intimidade e a vida privada deste último. **Trata-se de uma prova obtida mediante procedimento espúrio e desleal, no qual**

aquele que realiza a gravação pode até incitar o outro a se manifestar sobre a questão de seu interesse. Por esses motivos, deve ser considerada como prova ilícita.

O Prof.º Luiz Flavio Gomes também possui posicionamento enfático ao não admitir a gravação clandestina como prova válida no processo:

*“E valeriam como prova as gravações clandestinas (telefônicas ou ambientais)? A resposta é, em princípio, negativa. **Configuram prova ilícita na sua colheita, na sua origem, na sua obtenção (porque violam a intimidade).** Logo, sendo provas ilícitas, são inadmissíveis no processo (CF, art. 5º, inc. LVI). **Como provas incriminatórias não podem ser admitidas jamais. Não servem para incriminar ou provar a culpabilidade de ninguém. Não podem ser utilizadas contra o acusado.** A única ressalva doutrinariamente admitida consiste na utilização dessa prova ilícita em benefício do acusado (isso se faz em razão do princípio da proporcionalidade)” (Interceptação telefônica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 106) (g.n.).*

Aliás, há muito tempo a doutrina tem se ocupado em pregar a não admissão no processo de provas obtidas mediante violação da intimidade e da vida privada das pessoas. Confira-se a respeito a lição do grande mestre processualista, ex-magistrado e eminente advogado José Frederico Marques:

“(…) *inadmissível é, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Por isso, a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. (...) Igualmente condenáveis são os procedimentos desleais, como, por exemplo, a captação clandestina de telefonemas, o emprego de microfones dissimulados e do registro, em aparelhos eletrônicos, de conversações íntimas*” (MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed., 1965, Volume II, p. 294. g.n.).

Mesmo diante dessas considerações, na r. decisão que deu início a persecução penal, ao deferir o pedido de instauração de inquérito contra o Presidente da República, o Culto Relator, Ministro Edson Fachin, fez referência ao fato de que, segundo a jurisprudência do STF, seria considerada prova lícita a “*gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro*” (fls. 164).

Com o devido acatamento, a questão aqui em debate não se encontra integralmente pacificada, como faz parecer o Eminentíssimo Relator, sendo possível coletar pronunciamentos anteriores de Ministros atualmente integrantes da Suprema Corte no sentido de repudiar a utilização da gravação clandestina como meio de prova apto a fazer efeito no processo penal.

Veja, por exemplo, o que ficou consignado no voto do Min. Marco Aurélio proferido no Inq. 657-2/DF:

“Solicitei vista destes autos, após sinalizar quanto à impropriedade de esta Corte vir a receber a denúncia com base apenas em uma fitá gravada clandestinamente. Se é certo que o Código de Processo Civil revela que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em dispositivo nele contido, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que fundam a ação e a defesa (artigo 332), sendo que qualquer reprodução mecânica – como a fotográfica, cinematográfica, fonográfica ou de outra espécie – faz prova dos fatos ou das coisas representadas, se aquele contra quem foi produzida lhe admitir a conformidade – artigo 383 – normas aplicáveis subsidiariamente ao processo penal (Código de Processo Penal artigo 3º), não menos correto é que os aludidos preceitos não se sobrepõem à Carta da República, no que consigna, como garantias constitucionais, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, bem como a inadmissão, em qualquer processo, de provas obtidas por meios ilícitos – incisos X e LVI do artigo 5º. Ora, tratando-se de gravação obtida de forma artilosa e incorreta, mediante a prática condenável de escamotear um gravador visando a obter a armazenagem de informação, forçoso é concluir que se está diante de prova indiciária alcançada por meio ilícito, ao arrepio não só dos padrões éticos e morais, como também da própria Carta, no que preserva a intimidade da pessoa. Não vejo, Sr. Presidente, diferença substancial entre a gravação feita por um terceiro, até mesmo provocada por um dos interlocutores, mediante interceptação, e aquela decorrente da gravação procedida à sorrelfa

por um destes últimos. O meio utilizado não merece endosso desta Suprema Corte, ainda que se tenha em mira a persecução criminal, tendo em conta ato de servidor público ou agente do poder. O interesse público não se sobrepõe aos aspectos éticos e morais, mas com estes deve estar em perfeita comunhão, isto sem que considere a intimidade protegida constitucionalmente. Não é crível que se confira a uma gravação obtida clandestinamente eficácia suficiente a respaldar o recebimento de uma denúncia para, após, no julgamento da ação penal, declarar-se que se trata de prova conseguida por meio ilícito. O princípio lógico da não contradição estará ferido de morte.”
(STF, Tribunal Pleno, Inq 657-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30.09.93, trecho do voto do Min. Marco Aurélio, g.n.).

No mesmo julgamento, o Min. Celso de Mello também proferiu voto repudiando a utilização de gravação ambiental clandestina como prova admissível num processo penal:

“Tenho para mim que a gravação de conversação com terceiros, feita através de fita magnética, sem o conhecimento de um dos sujeitos da relação dialógica, não pode ser contra este utilizada pelo Estado em Juízo, uma vez que esse procedimento – precisamente por realizar-se de modo sub-reptício – envolve quebra evidente de privacidade, sendo, em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio.

O fato de um dos interlocutores desconhecer a circunstância de que a conversação que mantém com outrem está sendo objeto de gravação atua, a meu juízo, como causa obstativa desse meio de prova.

O reconhecimento constitucional do direito à privacidade (CF, art. 5º, X) desautoriza o valor probante do conteúdo de fita magnética que registra, de forma clandestina, o diálogo mantido com alguém que venha a sofrer a persecução penal do Estado.

A gravação de diálogos privados, quando executada com total desconhecimento de um dos seus partícipes, apresenta-se eivada de absoluta desvalia, especialmente quando o órgão da acusação penal postula, com base exclusivamente nela, a prolação de um decreto condenatório. (STF, Tribunal Pleno, Inq 657-2/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 30.09.93, trecho do voto do Min. Celso de Mello, g.n.)

Mesmo no julgado citado na decisão do Min. Edson Fachin, (STF, RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 18.12.09), há registro de voto vencido do Min. Marco Aurélio no sentido de não admitir a gravação clandestina como prova lícita, justamente por afrontar garantias constitucionais. Vale a transcrição da conclusão clara e objetiva:

“Entendo que essa gravação escamoteada, camuflada, não se coaduna com ares realmente constitucionais, (...)” (STF, Tribunal Pleno, RE 583.937 QO-RG, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 18.12.09, trecho do voto do Min. Marco Aurélio, g.n.)

Com base nestes fundamentos, resta claro ser a prova decorrente de gravação clandestina de diálogo por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, violadora das garantias da intimidade e da vida privada previstas no art. 5º, X, da CF, motivo pela qual inadmissível a sua utilização no processo, mercê do disposto nos artigos 5º, LVI, da CF, e 157 do CPP.

No caso dos autos, faz-se necessário, ainda, ponderar que não estamos diante de intimidade e privacidade qualquer. Estamos diante da intimidade e da privacidade do Presidente da República, a qual envolve, inclusive, questões de segurança nacional.

Imagine-se se cada um que por ele for recebido em audiência privada puder gravar a conversação, de forma espúria e clandestina, para depois exigir benefícios ou fazer prova do que quer seja.

E se tal conduta for autorizada em face do líder maior da Nação, todas as autoridades deste país estarão sujeitas a procedimento similar. Todas, sem exceção. Tudo poderá ser gravado, registrado, controlado e divulgado quando bem se entender. Estaremos fadados a um interminável *reality show* onde não só a governabilidade restará comprometida, mas também os próprios fundamentos nos quais se baseiam o nosso Estado Democrático de Direito.

c) A posição do STF sobre a licitude das gravações clandestinas de conversa própria

Ainda que a defesa considere, com embasamento em respeitável doutrina e jurisprudência, que a gravação clandestina, por implicar em violação às garantias de intimidade e da vida privada, não pode ser admitida como elemento de prova a ser considerado no processo penal, não se desconhece o entendimento contrário invocado pelo Eminentíssimo Ministro Edson Fachin na decisão que deu início à persecução penal.

No entanto, são necessárias algumas ponderações a respeito da posição até aqui adotada pelo STF a respeito do tema, **especialmente porque a situação concreta em debate parece não ter sido objeto de apreciação nos julgamentos anteriores.**

Esta é, aliás, a conclusão da Prof^ª Ada Pellegrini Grinover em parecer jurídico elaborado a pedido da defesa (doc. 07).

Segundo a renomada processualista, o argumento adotado pelo STF a respeito da licitude da gravação clandestina de conversa própria, seja ela ambiental ou telefônica, reside no fato de que “*não se trata de interceptação telefônica, sujeita às restrições constitucionais e legais, porquanto a interceptação exige sempre a presença de um ‘tertius’, que ouve (e pode gravar) a conversa entre dois interlocutores, ainda que sem o conhecimento ao menos de um deles.*” Esta distinção, prossegue a jurista, “*é inteiramente correta: as escutas (telefônicas ou*

ambientais) de conversa própria, mesmo se clandestinas, não se subordinam ao regime legal das interceptações” (doc. 07).

Ainda assim, de acordo com a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover, “*o grave defeito desta colocação é exatamente parar por aí. Não é porque se trata de escuta, e não de interceptação, que será ela sumária e automaticamente considerada como lícita” (doc. 07) (g.n.).*

Importante verificar, desta forma, a casuística relacionada a alguns dos julgados do STF onde a gravação clandestina foi admitida como prova lícita. Confira-se, por exemplo, o registrado no julgamento do HC 75.338/RJ pelo Tribunal Pleno:

“Habeas Corpus. Prova. Licidade. Gravação de telefonema por interlocutor. É lícita a gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há uma investida criminosa deste último. É inconsistente e fere o senso comum falar-se em violação do direito à privacidade quando o interlocutor grava diálogo com sequestradores ou qualquer tipo de chantagista.” (STF, Tribunal Pleno, HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 11.03.98, RTJ 167/206, g.n.) .

Com efeito, decidiu a Suprema Corte, com inegável acerto, que a vítima de uma conduta criminosa está autorizada a gravar conversa, seja diretamente ou por terceiro com sua autorização, com o autor da investida para fazer

prova da ação delituosa. O exemplo clássico é a gravação da conversa com o sequestrador quando este está a exigir vantagem financeira pelo resgate.

Considerando os dois interesses em conflito na situação – de um lado a vida e a integridade física da vítima e de outro a intimidade e a privacidade do autor da ação – resta claro, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, invocado justamente como regra para superação de eventuais conflitos entre interesses de envergadura constitucional, que o direito à vida e a integridade física se apresenta como valor superior a ser preservado.

No caso dos autos, de outra banda, **a aplicação do princípio da proporcionalidade levaria à conclusão inequívoca acerca da ilicitude da gravação.** Teríamos de um lado a intimidade e a privacidade do Presidente da República, garantias estas, nunca é demais recordar, expressamente estabelecidas pelo art. 5º, X, da CF. E de outro, é necessário questionar: qual seria o interesse a ser preservado de Joesley Batista? Direito de arapongagem? Direito de obter benefícios absurdos que lhe foram concedidos pelo Procurador-Geral da República em troca da tal gravação? Direito de fazer implodir a economia brasileira, faturar centenas de milhões de dólares com informações privilegiadas, e ainda se refugiar na 5ª Avenida em Nova Iorque, num dos endereços mais caros do mundo?

Nas condições acima descritas, que dizem respeito precisamente à situação tratada nos presentes autos, qual seria o valor maior a ser preservado? É preciso mesmo responder?

Em outro julgado, este citado na decisão do Min. Edson Fachin que ordenou a abertura de inquérito policial contra o acusado, RE 583.937-RG-QO/RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela admissibilidade da gravação clandestina **para a defesa própria em procedimento criminal**.

O caso concreto se refere a situação de um advogado acusado de crime de desacato, no qual figurava como ofendido um Juiz de Direito. Os fatos teriam ocorrido durante audiência judicial gravada pelo advogado, o qual objetivava apresentar a gravação como prova da sua inocência. Naquele caso específico, o STF acabou por admitir tal pretensão, julgando lícita a utilização da gravação ambiental.

A situação aqui em análise, portanto, difere e muito daquelas já tratadas pelo STF, no qual a gravação clandestina foi admitida como prova, de modo que, como muito bem concluiu a Prof.^a Ada Pellegrini Grinover no parecer já referido: *“o Colendo Supremo Tribunal Federal não pode limitar-se a declarar lícita a gravação de conversa clandestina de conversa própria, só porque não se trata de interceptação, sem atentar, em cada caso concreto, para as circunstâncias e os objetivos perseguidos pela gravação. Ela só pode ser considerada lícita se for realizada na defesa de direito próprio, e jamais com o intuito de prejudicar o interlocutor.”* (doc. 07).

Ainda a esse respeito, matéria publicada no site especializado “ConJur”, intitulada “Gravação de Temer sem autorização do STF testará jurisprudência da corte” (doc. 08), também concluiu que a questão em destaque nunca foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Dentre os juristas ouvidos

naquela ocasião destaca-se a manifestação do professor de Processo Penal da PUC do Rio Grande do Sul, Andrei Zenkner Schmidt:

“Jamais o STF analisou questão tão complexa, e isso recomenda que se evite, desde já, a retórica dos precedentes. É um caso peculiar que merece ser enfrentado com premissas distintas.” (doc. 08)

Portanto, como está claro, a jurisprudência até aqui existente a respeito da validade da gravação clandestina efetuada por um dos interlocutores do diálogo, sem a anuência do outro, jamais contemplou a situação em destaque, a qual demanda reflexão específica, sob pena de ser autorizada toda forma de armadilha, arapuca ou instigação criminosa em desfavor do acusado, situações próprias de um estado policiaisco, que não encontram respaldo nos fundamentos basilares do nosso Estado Democrático de Direito, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

d) Violação das garantias do silêncio, contra a autoincriminação e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LXIII, da CF)

A noção do processo penal, regido pela garantia do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), contempla direitos fundamentais conferidos a todo e qualquer acusado, que são assegurados não só pela Constituição Federal, mas por diversos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

Dentre esses postulados se destacam o direito à ampla defesa, ao contraditório, da vedação à prova ilícita, da paridade de armas, do juiz natural, da prévia cominação legal da conduta considerada criminosa, entre outros.

Uma das consequências mais relevantes decorrentes do respeito ao devido processo legal consiste na vedação de qualquer forma de instigação ao cometimento do delito, ainda que praticada por agentes estatais, sendo certo que toda prova relacionada a este tipo de conduta deverá ser considerada como ilícita e inadmissível de ser utilizada contra o acusado.

Isto não é privilégio contemplado única e exclusivamente no direito pátrio. **Em todo o mundo civilizado existe a concepção de que a utilização de um agente provocador configura um meio enganoso de obtenção de prova por desrespeitar a dignidade da pessoa humana e a sua capacidade de determinação, de vontade e de avaliação das circunstâncias.**

Este, aliás, foi o entendimento manifestado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos ao apreciar o caso Teixeira Castro vs. Portugal. O estado português foi condenado pela referida Corte por desrespeitar o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, relativo ao direito de qualquer pessoa a um processo equitativo, porque seus tribunais, em apertada síntese, consideraram lícita a atuação de agentes policiais que provocaram uma situação de flagrante de tráfico de entorpecentes.

No Brasil, o Colendo Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 145 que veda o chamado flagrante provocado por considerar crime impossível a conduta dele decorrente:

“Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.”

É importante anotar que, logo após a divulgação do conteúdo da gravação, a própria imprensa mais analítica e crítica, aquela que não se contenta em reproduzir, de forma automática, tudo que vem do Ministério Público Federal, cogitou da possibilidade do Presidente da República ter sido vítima de uma cilada, justamente por visualizar na situação espécie de instigação ao flagrante. Segundo escreveu o jornalista Reinaldo Azevedo, em texto publicado no site da revista Veja em 19.05.17, denominado “Temer foi vítima de atos ilegais; democracia rejeita ‘entrapment’”:

“Precisamos, isto sim, é saber se não estamos diante daquilo que, nos EUA, é chamado de ‘entrapment’, que é uma cilada legal. Usa-se o aparato de estado para induzir um flagrante. Por lá, é um procedimento ilegal. Por aqui, também. Assim é em todo o mundo democrático. Só as ditaduras consagram tal meio.” (doc. 09).

Não se desconhece a figura do chamado agente infiltrado, mas a possibilidade de utilização desta modalidade investigatória será sempre precedida de autorização judicial, nos termos do art. 10 da Lei 12.850/13.

In casu, as gravações ambientais, em especial aquela relacionada a diálogo com o Presidente da República, foram apresentadas pelo pretenso colaborador com vistas à obtenção de benefícios penais. **Não havia, na ocasião da captação das conversas, qualquer autorização judicial de procedimento de ação controlada ou agente infiltrado.**

Portanto, estabelecidas essas premissas, passemos mais uma vez a análise do caso concreto. Estamos diante de um criminoso contumaz e confesso, Joesley Mendonça Batista, que mediante procedimento espúrio e clandestino, se colocou a gravar conversas com autoridades, inclusive com o Presidente da República, sem conhecimento ou consentimento delas, com vistas a obtenção de acordo de colaboração premiada.

Há claramente nesta conduta uma situação de agente provocador. O interlocutor, interessado nos benefícios da delação, buscou incitar a revelação de fatos, arrancar provas, armar um autêntica arapuca, a fim de coletar dados que pudessem lhe servir na negociação de acordo com os representantes do Ministério Público Federal.

Note-se que esta tentativa de instigação é tão patente que, na maior parte do diálogo, mais precisamente em 68 % do tempo, como apontado no laudo da Polícia Federal elaborado em torno da gravação (fls. 1421), quem fala é Joesley, **deixando claro que está a tentar extrair da fala do Presidente algum fato desabonador que possa favorecê-lo na negociação com o Ministério Público Federal.**

A questão adquire ainda maior relevância quando se observa que agentes estatais participaram diretamente da empreitada, mesmo sem qualquer autorização judicial para tanto. Reportagem publicada no site da Folha de São Paulo em 20.05.17 informa que o Procurador Anselmo Lopes e a Delegada Rubia Pinheiro “*deram uma aula de delação*” aos representantes da JBS em 20.02.17, dias antes da obtenção das gravações aqui contestadas (doc. 10).

A incitação à revelação de fatos, mediante atuação de agente provocador portando gravador escondido, ainda mais quando orientado por autoridades, se mostra, de forma estreme de dúvidas, como meio enganoso de obtenção de provas e, por isso mesmo, indigno de fé, na medida em que contrasta com a garantia do devido processo legal.

Ao analisar especificamente o caso aqui tratado, em estudo publicado no ConJur, intitulado “Gravação de Temer viola o direito de não se autoincriminar” (doc. 11), o Ilustre Advogado Fernando Augusto Fernandes vislumbrou também violação ao direito contra a autoincriminação:

“Evidente que é uma gravação ambiental em que um dos interlocutores visa obter provas para o Ministério Público ou para qualquer membro das forças repressivas este age como uma extensão do estado, não podendo ser permitido uma forma de burlar a garantia contra a autoincriminação. Quando o interlocutor faz a gravação ambiental com os fins de obter provas contra terceiro para os fins de fornecê-la aos agentes do estado, este fere a garantia ao silêncio.”

Apesar da jurisprudência do STF, como já visto, nunca ter se debruçado em situação similar àquela retratada nestes autos, um julgado da Corte merece referência, sendo certo que suas conclusões conferem embasamento ao entendimento aqui defendido.

O caso analisado pela Suprema Corte se refere à gravação de conversa informal mantida entre a autoridade policial e o indiciado, na qual teria havido confissão, que foi apresentada em processo penal como prova da conduta delituosa atribuída a este último.

Na ocasião, a Colenda 1ª Turma do STF, em acórdão relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, decidiu pela ilicitude da prova justamente porque o acusado foi exposto a meio enganoso de produção probatória sem o seu assentimento e sem ter sido advertido do seu direito ao silêncio. Colhe-se da ementa do julgamento o seguinte:

“Ilicitude decorrente – quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova 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) -, faz sem que o indicado seja advertido do seu direito ao silêncio.

O privilégio contra a auto-incriminação – nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição – além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C. Pr.

Pen. – importou compelir o inquisidor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não.” (STF, 1ª T, HC 80.949 – 9/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 30.10.01) (g.n.).

Tal como a conversa informal mantida entre o indiciado e a autoridade policial, a gravação de diálogo por um dos interlocutores, de molde a arrancar do outro confissão ou situação comprometedor, visando apresentar esses elementos para o Ministério Público com objetivo de obter vantagens mais favoráveis em acordo de cooperação, não pode como ser admitida como prova válida por ofender também a garantia expressa no art. 5º, LXIII, da CF.

7 - O CONTEÚDO DA CONVERSA GRAVADA

Apesar de clara a imprestabilidade do áudio da conversa mantida entre o Joesley Batista e o Presidente Michel Temer, a defesa irá tecer algumas considerações sobre o teor constante da gravação.

Ao discorrer sobre o “*encontro no Palácio do Jaburu e o início das tratativas delituosas*”, a exordial transcreveu trecho da referida conversa que, sempre segundo sua concepção, e como já mencionado anteriormente, evidenciava “*a intenção do denunciado Michel Temer em escamotear o encontro com Joesley Batista*” (fls. 09 da denúncia).

O trecho eleito para tanto tratou do relato feito por Joesley acerca da sua entrada na residência oficial do Presidente como se isto demonstrasse “*sua ciência de que os assuntos a serem tratados seriam escusos*” (fls. 09 da denúncia).

Ocorre, Nobres Parlamentares, que uma leitura isenta deste trecho do diálogo não autoriza esta inadequada conclusão!

Cumprе esclarecer, antes de mais nada, que a maneira pela qual o veículo ingressou na residência oficial, ao que se constata pelo conteúdo da narrativa de Joesley, denota, apenas e tão somente, que a placa do carro foi previamente informada à portaria que, em consequência, autorizou a entrada. Isto porque, como já mencionado, o encontro fora marcado por Rodrigo que inclusive iria comparecer ao mesmo.

Joesley se dedicou a fazer comentários absolutamente irrelevantes sobre estes fatos para, como agora se sabe, dar uma conotação de ajuste clandestino para algo absolutamente corriqueiro.

O fato de terem marcado este encontro no período noturno, outro aspecto que Joesley fez questão de abordar na sua conversa para materializar a sua armadilha, frisando a entrada do seu veículo pela garagem (fls. 12 da denúncia), não tem o condão pretendido pela acusação para imputar práticas irregulares ao Presidente.

Michel Temer não estava, como é óbvio, combinando “a prática de encontros noturnos e secretos no Palácio do Jaburu, sem registros oficiais” (fls. 12 da denúncia). Nada disso! Quem falava sobre esse assunto era Joesley e o Presidente apenas respondia laconicamente a comentários que se mostravam desencontrados no decorrer da conversa, mas que se revelaram, posteriormente, apropriados ao objetivo perseguido pelo empresário.

Mas não é só! Em seguida, a inicial acusatória destacou aquele que seria, então, “o motivo do encontro”, qual seja, a eleição do “interlocutor do Presidente” na ausência de Geddel Vieira Lima e Eliseu Lemos Padilha (fls. 10 da denúncia).

Ora, ao que se pode compreender do ardiloso, mas quase incompreensível fragmento da conversa, Joesley referiu-se ao ex-ministro Geddel citando investigações que estariam em curso contra ele. Fez algumas referências a esse respeito mencionando que teria perdido o contato “porque ele virou investigado”.

Segundo a manifestação ministerial, sobre este assunto “MICHEL TEMER (...) demonstra preocupação, afirmando ‘é, tem que tomar cuidado. É complicado.’” (fls. 10 da denúncia). Entretanto, a observação isenta da transcrição contida na denúncia não chancela a ilação acusatória.

Restou claro que o Presidente estava apenas ouvindo o falatório cansativo do empresário, e sem interferir na sua narrativa, que se mostrava sempre desconexa e confusa, limitando-se, mais uma vez, a responder com frases

curtas e evasivas numa evidente demonstração de que a conversa lhe parecia despropositada.

Para abreviar o encontro indicou o nome de Rodrigo, como uma pessoa de sua “estrita confiança” justamente para evitar que Joesley o procurasse com a insistência já referida anteriormente. Mais uma vez, nada que valide o discurso acusatório, com base na conversa, de que Rodrigo era “*pessoa de sua estrita confiança para tratar dos interesses escusos de JOESLEY BATISTA*” (fls. 11 da denúncia). Não é o que consta do áudio anexado aos autos e produzido ilicitamente!

A esse respeito um novo esclarecimento deve aqui ser feito. O nome de Rodrigo apareceu somente após o empresário perguntar qual seria “*a melhor maneira*” para falar com o Presidente, pois não queria “*incomodar*”.

Ora, ele não pediu para ter um interlocutor para tratar de assuntos escusos, proibidos ou inconfessáveis. Ele pediu a indicação de alguém a quem devesse se dirigir caso precisasse conversar novamente com o Dr. Michel. Não houve “*combinação*” alguma que servisse de lastro ao raciocínio ministerial! Esta é mais uma conclusão desacertada da acusação.

Tratou-se, pois, de conversa estimulada, provocada, simulada, induzida. Nestas condições restou viciado também o seu conteúdo. Imprestável, assim, as conclusões dela decorrentes. Em consequência lógica, é inviável a sustentação de tão grave acusação com base neste elemento.

8 – REFLEXOS DA ILICITUDE NO CONJUNTO PROBATÓRIO

No tópico anterior ficou demonstrado que a gravação ambiental constitui prova ilícita por afrontar as garantias fundamentais previstas nos incisos X, LIV, LXIII, do art. 5º, da Constituição Federal, a qual deve ser excluída do processo com fundamento nos artigos 5º, LVI da Constituição Federal e 157 do Código de Processo Penal.

No entanto, faz-se necessário ir além. O parágrafo 1º do artigo 157 do Código de Processo Penal passou a reconhecer a ilicitude não só da prova colhida à revelia das normas constitucionais ou legais, mas também daquelas que dela decorrem diretamente:

“§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.

Trata-se da consagração legal da conhecida Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, que tem inspiração no direito americano, e se refere à chamada prova ilícita por derivação, a qual, segundo a doutrina, *“é uma prova que, sem si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida”* (Badaró, Gustavo Henrique/ Processo Penal – 3. Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015 – pg. 402).

A teoria tem origem em julgamento Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Silverthorne Lumber Co. vs. United States*, em 1920, no qual passou-se a proibir a utilização não só da prova ilícita, mas também daquelas que dela decorrem diretamente. A prova ilícita por derivação consiste naquela prova que, à primeira vista parece ser lícita, porém, surgiu através de uma prova ilícita anterior, ou seja, é uma prova contaminada por um meio de ato ilícito ou ilegal de obtenção na sua origem (site do *U.S. Department of Justice* - <https://www.justice.gov/>).

Antes mesmo da previsão legal do art. 157, § 1º, do CPP, estabelecida a partir do advento da Lei 11.690/08, a aplicação da Teoria do Fruto da Árvore Envenenada já vinha sendo consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, com a consequente proibição da utilização da prova ilícita por derivação no processo, como se percebe no julgamento do RHC 90.376-2/RJ, da relatoria do Min. Celso de Mello, em 04.04.2007.

A doutrina da ilicitude por derivação toma, por constitucionalmente inadmissíveis, os meios probatórios que, não obstante produzidos validamente em momento ulterior, acham-se afetados, no entanto, pelo vício da ilicitude originária que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. É a hipótese em que as novas provas somente foram conhecidas pelo Poder Público em razão de anterior violação a princípios e garantias fundamentais configuradas na prova ilícita (Badaró, Gustavo Henrique/ Processo Penal – 3. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015– pg. 409).

Neste sentido, no já referido julgamento do RHC 90376-2/RJ, o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, então relator do recurso, assim discorreu sobre o tema:

“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...” (STF, 2ª T, RHC 90.376-2/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03.04.07).

Em parecer já referido e juntado com esta defesa, a Ilustre Professora Ada Pellegrini Grinover, analisa julgado do Supremo Tribunal Federal onde foi reconhecida a ilicitude da prova decorrente de gravação de conversas telefônicas sem autorização judicial (prova ilícita) e também as diligências posteriores que decorreram das informações obtidas a partir daquela gravação (prova ilícita por derivação), citando o voto do Ministro Sepúlveda Pertence:

“Vedar que se possa trazer ao processo a própria degravação das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu ilicitamente, para chegar a outras provas, que, sem tais informações, não colheria, evidentemente, é estimular e, não reprimir a atividade ilícita da escuta e

da gravação clandestina de conversas privadas” (STF, Tribunal Pleno, HC 69.912-RS , Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 25.03.94).

No caso dos autos, todos os elementos probatórios, inclusive a delação premiada, tiveram como base e ponto de partida o áudio entregue por Joesley, obtido ilicitamente, como todas as demais gravações.

De acordo com a própria denúncia, a partir do recebimento da gravação clandestina feita por Joesley, o Ministério Público, em caráter de urgência, requereu a implementação da ação controlada, na qual os já então colaboradores Joesley e Ricardo Saud, Diretor de Relações Internacionais do Grupo J&F, passaram a participar ativamente, além das interceptações telefônicas realizadas no curso do procedimento investigatório.

Isto é, por conta das gravações entregues pelo pretenso delator, os membros do Ministério Público obtiveram informações que os levaram a iniciar a execução de diversas medidas de investigação sob o pretexto de apurar mais a fundo as informações obtidas através dos áudios:

“Destarte, em razão da urgência para solicitar autorização para implementação de ação controlada e de interceptação telefônica, o Procurador-Geral da República firmou um pré-acordo de colaboração, viabilizando, num primeiro momento, a tomada voluntária de depoimentos de Joesley Batista e Ricardo Saud sobre esse fato, de maneira que fosse possível intentar as mencionadas medidas, as quais foram requeridas e efetivamente deferidas pelo Excelentíssimo Ministro

Relator Edson Fachin nos autos das Ações Cautelares n. 4315 (ação controlada) e 4316 (interceptação), passando, então, a Polícia Federal a desenvolver ações de campo e escutas ambientais e telefônicas para acompanhar, registrar e comprovar os pagamentos de propina, que efetivamente ocorreram, conforma negociados nas conversas inicialmente gravadas entre Joesley Batista, Michel Temer e Rodrigo Rocha Loures” (fls. 05 e 06 da Denúncia).

Com efeito, como está claro, todos os elementos probatórios tem origem direta nos áudios entregues por Joesley. As informações lá consignadas foram indispensáveis para produção de tais provas, as quais deverão ser consideradas ilícitas por derivação e, igualmente, inadmissíveis de utilização no processo penal.

Enfim, as interceptações telefônicas, escutas ambientais e ações de campo referidas na exordial acusatória, todas realizadas depois da entrega dos áudios ilícitos, devem ser desconsideradas, pois constituem prova ilícita por derivação, na medida em que não teriam sido obtidas sem acesso ao conteúdo da gravação ilícita.

Portanto, levando em consideração que sem a gravação clandestina nem o Inquérito Policial teria sido instaurado, não é possível que seja a presente ação penal admitida, uma vez que todo o procedimento está contaminado pela prova ilícita que deu origem a todas as medidas tomadas a partir de então pela Procuradoria-Geral da República.

O resultado do ardil orquestrado por Joesley, e inexplicavelmente admitido como prova pela Procuradoria-Geral da República, deixa claro o seu interesse em acusar o Presidente da República sob qualquer condição, sem provas, contra as provas, e ignorando inclusive a vedação absoluta a utilização da prova ilícita, contemplada como garantia fundamental do cidadão no art. 5º, LVI, da CF, bem como daquelas que dela decorrem diretamente, mediante aplicação da Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados, com fundamento no art. 157, § 1º, do CPP.

9 – IMPROPRIEDADE DAS QUESTÕES FORMULADAS PELA AUTORIDADE POLICIAL

O cenário pré-montado, para enredar o Presidente da República nas malhas de uma imputação criminal, teve início com uma verdadeira comédia bufa, da qual foi coadjuvante involuntário. O ator principal foi um empresário detentor de extensa folha de antecedentes, até então desconhecida, e que teve por escopo abrir as portas para uma delação, prontamente aceita pelo Ministério Público, pois teve como alvo o Presidente da República. Segundo consta, delação anterior já havia sido tentada, mas sem êxito, pois não aceita pelo “parquet”.

Com base na gravação de uma conversa entre o Presidente e o protagonista maior da encenação, Joesley Batista, seguida de sua delação, teve início o inquérito, instaurado com autorização do Ministro Fachin. O passo seguinte foi a apresentação de um questionário, formulado pela autoridade policial, para ser respondido pelo acusado.

As perguntas, em número de oitenta e duas, não foram respondidas pelo seu caráter arrogante, evasivo, desrespeitoso, verdadeiro acinte à sua dignidade pessoal e ao cargo que ocupa, além de atentar contra dispositivos legais, bem como contra direitos individuais, inseridos no texto constitucional.

Observe-se que, se as perguntas houvessem sido formuladas pelo Ministro Fachin, relator do presente caso no Supremo Tribunal Federal, como, aliás, deveria ter ocorrido, elas certamente seriam respondidas, pois haveria a imposição de limites para o questionamento.

Quando foram apresentadas as perguntas, o laudo da perícia sobre a gravação não havia sido apresentado. Por esta razão, aquelas a ele pertinentes não poderiam mesmo ser respondidas. Lembre-se que o exame do respectivo áudio foi requerido pela defesa do Presidente e deferido pelo Ministro Relator com a anuência do Ministério Público.

Note-se que o apoio ao pedido de perícia e o seu acolhimento mostram que, tanto o Ministro, quanto o Procurador-Geral concordaram com a precariedade da gravação, aliás, confirmada por todos os peritos consultados. Saliente-se que a gravação é contestada sob duplo aspecto, material e formal. Ambos a maculam irremediavelmente, como se verá em tópico específico.

Outras perguntas também não foram respondidas, pois são invasivas, procuram explorar a vida pessoal do Presidente. Elas afrontam a sua intimidade e, assim, representam um inadmissível golpe à garantia inserida no artigo 5º, X, da Constituição Federal. As perquirições a respeito do local, da data, dos

motivos dos encontros e do maior e menor grau de relacionamento são verdadeiras bisbilhotices, impróprias para um inquérito que procura desvendar a verdade. Dentre tais perguntas, algumas se referem a pessoas estranhas aos fatos, algumas outras até desconhecidas do Presidente (por exemplo, as questões de números 1, 2, 3, 7, 12, 15).

Outro questionamento inadequado foi o pertinente a depoimentos prestados pelos delatores premiados. Tais depoimentos compuseram as delações, que por sua vez foram efetivadas após a indigitada gravação. Desta forma, estão elas, e os mesmos depoimentos, contaminados pelos vícios que maculam a prova mãe, a saber, a clandestinidade e a adulteração. Repita-se: a delação foi posterior à farsa eletrônica (por exemplo, as questões de números 16, 17, 18, 23).

Causou estranheza outra linha de perguntas que exigiria do Presidente poderes adivinhatórios, dos quais ele é desprovido. Perguntou-se a respeito da ocorrência ou não de um encontro entre determinadas pessoas, sem a sua presença, e o que é pior, qual teria sido a pauta de tal reunião (por exemplo, as questões de números 26 e 32).

Verdadeiramente espantosa foi a indagação referente à ciência, ou não, do Presidente sobre as razões que levaram alguém a se relacionar com outrem. Igualmente um teste para a sua aptidão de conhecer fatos que lhe são estranhos, dos quais não participou e não teve ciência, a não ser que fosse conhecimento por osmose . . . (questão de número 38).

Mostrou-se ter causado estranheza a curiosidade revelada pelos inquisidores a respeito da ciência que o Presidente pudesse ter do teor

de conversas entre terceiros. No entanto, realmente assombrosa foi a pergunta que deveria fazer a si mesmo sobre algum fato que o envolvesse e que pudesse ser revelado por outros em um acordo de delação. Pergunta aparentemente artilosa, que pressupõe uma futura e, portanto, incerta delação, embutindo velada e inadmissível ameaça (questão de número 19).

Indagou-se, também, sobre a existência, ou não, de fatos que terceiros pudessem revelar sobre outrem. Não faz o menor sentido investigatório, parece mesmo um desprezo pela inteligência alheia (questão de número 20).

Senhores Parlamentares, está se mostrando neste tópico as razões pontuais e específicas que levaram o Senhor Presidente da República a não responder a nenhuma das perguntas formuladas pela autoridade policial. E, FIRME-SE ESSE PONTO, QUE FOI MALICIOSAMENTE DISTORCIDO PELOS INQUISIDORES EM SEU RELATÓRIO: O DR. MICHEL TEMER, ORA DENUNCIADO, NÃO ESTAVA OBRIGADO A RESPONDÊ-LAS E O SEU SILÊNCIO NÃO PODERIA SER TOMADO A SEU DESFAVOR. ESTE ASPECTO FOI FIXADO PELO MINISTRO FACHIN (fls. 924) COM BASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ARTIGO 5º, LXIII.

Lamentavelmente, houve afirmação oposta, no sentido do comprometimento do Presidente com os fatos que lhe são imputados, visto não ter oferecido respostas às questões. Por óbvio, os inquisidores não desconhecem a norma constitucional e nem lhes passou despercebido o despacho do Ministro Relator. Quiseram transformar o silêncio, plenamente justificado, em indício de

responsabilidade em face da carência absoluta de elementos consistentes para embasar uma acusação.

A autoridade policial não teve o cuidado de manter as perguntas dentro dos limites traçados pelo próprio objeto do inquérito. Foram feitas perguntas, e não foram poucas, visivelmente estranhas aos fatos narrados no inquérito.

Este é um ponto de crucial importância. Não é sem razão que uma investigação tendo como alvo o Presidente da República necessita de autorização do Supremo Tribunal Federal. Deve ser uma autorização específica, tendo objeto claramente definido e restrito aos eventos narrados pela parte requerente. Há limites pré-estabelecidos. Fatos outros dependem de diversas e igualmente específicas autorizações.

Uma investigação criminal não é um procedimento fiscalizatório. Não é um ato de busca, de prospecção. A *notitia criminis* é o ponto de partida e o ponto de chegada. Não mais do que nela contido pode ser apurado, pesquisado. Não se pode partir de uma pessoa, de um alvo eleito a esmo para, então, escarafunchar a sua vida à cata de algum escorregão, de um deslize, de uma nódoa.

No presente caso, que envolve o Presidente da República, passou-se a investigar uma pessoa, não os fatos supostamente criminosos, como se vigorasse em nosso ordenamento o odioso Direito Penal do Autor.

O questionário reflete características do inquérito que saltam aos olhos de quem os têm e quer ver. Buscou-se, por meio de investigações que

fogem aos lindes do pedido inicial, sem critérios ou métodos, encontrar qualquer indício, o mais tênue e frágil que fosse, para, com o auxílio da mídia, dar uma repercussão a fatos que enganosamente possam parecer graves.

Os inquisidores persistiram em abordar temas estranhos ao inquérito. Insistiram nesse objetivo, talvez por não ter o que perguntar sobre aspectos relacionados diretamente à gravação do dia 7 de março, que constitui a base do inquérito. Sentem-se em dificuldades em face da flagrante inutilidade de tal prova (por exemplo, as questões de números 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 56, 57, 58, 59).

Houve um outro rol de questionamentos violadores do preceito do artigo 86, parágrafo 4º, da Constituição Federal, que deve ser obedecido, de acordo, inclusive, com expressa manifestação do Ministério Público exarada às fls. 149 dos autos. Com efeito, algumas indagações se referem a fatos que teriam ocorrido antes da investidura do cargo (por exemplo, as questões de números 4, 5 e 6), e outras não guardam nenhuma relação com o exercício da Presidência (por exemplo, as questões de números 21, 22, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 59).

Com muita clareza, objetividade e precisão, mostrou-se nesse tópico as razões em nome das quais o Presidente da República não se submeteu a um questionário absolutamente impróprio e inadequado, pois distante do objeto do inquérito, que alcançou fatos ocorridos fora do mandato presidencial, bem como alheios a ele, e contendo algumas perguntas invasivas, de cunho eminentemente pessoal e íntimo, sem falar daquelas que exigiriam fosse o Dr. Michel Temer dotado de poderes adivinhatórios.

Motivos de sobejo, como se viu, justificaram o seu silêncio. Mas, mesmo que não existissem ou não tivessem sido mencionados, não poderiam, como erroneamente pretendeu a autoridade policial, significar algum indício de sua responsabilidade.

10 – AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM A OPERAÇÃO LAVA JATO

Este capítulo visa demonstrar que os fatos abordados não guardam nenhuma correlação com a Petrobras e, conseqüentemente, nenhuma conexão com a chamada “Operação Lava-Jato”.

Vejam os.

a) Considerações iniciais

É público e notório que a “Operação Lava-Jato” iniciou-se com a identificação de suposto esquema criminoso firmado em detrimento da Petrobras, entre os anos de 2004 e 2014, envolvendo a prática de lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem econômica e corrupção com a suposta associação de grandes nomes do ramo de construção civil estabelecidos no Brasil.

Ao ter seu nome escolhido para a relatoria da referida Operação em decorrência do falecimento do Ministro Teori Zavascki, o Eminentíssimo Ministro Edson Fachin assumiu, além de diversas investigações em andamento e ações

penais já instauradas, as 77 (setenta e sete) colaborações premiadas de executivos e ex-executivos do grupo Odebrecht.

Entretanto, no que diz respeito às mencionadas colaborações, o Nobre Ministro Relator, ao fixar entendimento de que a colaboração premiada, por si só, não é critério para concentração de competência, determinou a redistribuição de 3 (três) inquéritos – nº 4.435, 4.430 e 4.446 – nos seguintes acertados termos (docs. 12/14):

“(...) o Plenário desta Suprema Corte assentou que a colaboração premiada, por si só, não se constitui em critério de definição de competência, razão pela qual não há obrigatoriedade de distribuição por prevenção dos respectivos termos referentes a fatos desprovidos de qualquer das causas previstas no art. 76 e art. 77 do Código de Processo Penal, os quais devem receber o tratamento próprio do descobrimento fortuito de provas” (g.n.).

b) Os presentes autos

O Eminentíssimo Relator deferiu, nos autos das Ações Cautelares nº 4315 (ação controlada) e 4316 (interceptação), medidas que autorizaram a Polícia Federal “(...) a desenvolver ações de campo e escutas ambientais e telefônicas para acompanhar, registrar e comprovar os pagamentos de propina (...) conforme foram negociados nas conversas inicialmente gravadas entre **JOESLEY BATISTA, MICHEL TEMER e RODRIGO ROCHA LOURES**” (fls. 06 da denúncia).

Após a efetivação das medidas mencionadas em epígrafe, o Procurador-Geral da República encaminhou o pedido de abertura de Inquérito diretamente ao Nobre Relator da “Operação Lava-Jato”, aduzindo conexões com a Petição nº 6122 e o Inquérito nº 4326.

O Insigne Ministro Fachin ao invés de remeter os autos a Plenário deferiu o pedido por meio de decisão monocrática.

Não há menção expressa no Regimento Interno do STF acerca da obrigatoriedade do Relator remeter assuntos desta seara ao Plenário do Pretório Excelso.

Entretanto, no mesmo Regimento Interno, há disposição do seguinte teor:

“Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

III – submeter ao Plenário, à Turma, ou aos Presidentes, conforme a competência, questões de ordem para o bom andamento dos processos;”

Pois bem, questões de envergadura, como a presente, que envolvem o Presidente da República, devem passar pelo Plenário. São evidentes as graves repercussões deste caso, ligados, inclusive, a própria estabilidade institucional do país.

Aliás, chamou a atenção que o pedido da defesa para suspensão do inquérito tenha sido levado aos onze Ministros para ser decidido, enquanto a sua instauração foi determinada monocraticamente.

c) Da livre distribuição

Em que pesem o notório saber jurídico e os predicados morais do Eminentíssimo Ministro Edson Fachin, deveria ter sido aplicada a regra geral da distribuição livre – corolário da garantia constitucional do Juiz Natural (artigo 5º, XXXVII e LIII, CF), além de estar expressamente prevista no Código de Processo Civil (artigos 284 e 285), aqui aplicado subsidiariamente, no Código de Processo Penal (artigo 75) e no artigo 66 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

No caso em tela, o Juiz Natural do Inquérito – aquele previamente fixado pela legislação – é, por óbvio, o Supremo Tribunal Federal, por tratar-se de acusação em face do Presidente da República, razão pela qual, com a devida vênia, deveria ter sido seguida a rotina da livre distribuição para a condução do procedimento por Relator legalmente sorteado, nos termos do artigo 66, do mesmo Regimento Interno.

Por óbvio, a “conexão fática” de eventos não impõe necessariamente o reconhecimento da “conexão processual” e a conseqüente reunião de processos em um único Juízo – no caso, reunião em um único Relator. Ao contrário. Essa reunião é excepcional. **Para não ferir a regra constitucional, a**

alteração tem que se fundar em uma efetiva e real necessidade, não em mero conforto ou simples conveniência.

Essa, aliás, tem sido a recente diretriz seguida pelo Supremo Tribunal na cisão dos já mencionados procedimentos originados das delações de executivos da Odebrecht e em outros casos. Permanecem no STF apenas os feitos relativos àqueles investigados detentores da prerrogativa do foro especial ou hipóteses de íntimo e indissolúvel liame processual.

d) A inexistência de conexão no caso concreto

O pleito de reconhecimento da conexão do presente feito com a “Operação Lava-Jato” realizado pelo Procurador-Geral da República funda-se em interpretação indevidamente expandida, que contraria a *ratio legis* acima demonstrada.

Frise-se, novamente, que eventuais e frágeis conexões fáticas não podem ser consideradas conexões nos termos legais a autorizar a prorrogação de competência. Embora possam existir liames fáticos a relacionar imputações insertas em outros procedimentos, o signatário valer-se-á do uso da expressão “conexão processual” para designar o laço apto a afastar a regra geral da livre distribuição, em oposição à “conexão fática”, mera correspondência que não tem forças para impor a reunião.

É de fácil constatação, conforme já mencionado, que os fatos em questão não têm nenhuma relação com a Petrobras e, portanto, nada a ver com a “Operação Lava-Jato”.

O Ilustre Procurador-Geral da República citou três possíveis vínculos a indicar a conexão.

Primeiramente, referiu-se a Petição 6122, citando uma denúncia oferecida em 09/06/2016, em relação à qual, consoante o próprio Procurador-Geral da República, a competência do Colendo Supremo Tribunal Federal já foi declinada por conta de superveniente perda da prerrogativa de detentor do foro especial por parte de Eduardo Cunha.

Ou seja, a prevenção do Eminentíssimo Ministro Relator fora baseada em um processo em relação ao qual já houve o declínio de sua própria competência, não sendo, portanto, lógica a indução de uma prevenção dos fatos que embasam o presente liame processual.

O segundo liame apontado pelo Procurador-Geral da República consistiria no fato de que o empresário Joesley Batista teria, em seu depoimento, narrado pagamentos a membros do parlamento já denunciados em processos da competência do Eminentíssimo Relator.

Ora, com a devida vênia, a mera coincidência de réus não tem a motivação suficiente de juntar procedimentos distintos, que tratam de fatos diferentes, revogando as regras gerais de competência. Evidentemente, uma mesma pessoa pode ser processada por Juízos diversos, respeitadas as regras processuais pertinentes a cada caso acerca da jurisdição.

Por fim, haveria relação com fatos descritos em petição apresentada no contexto da colaboração da Odebrecht e, segundo o Procurador-Geral da República, “*ainda pendente de apreciação*”.

Ou seja, é alegada uma conexão em razão de um pedido ainda não apreciado e em relação ao qual, pelo que se deduz, ainda não foi firmada a prevenção.

E, de qualquer forma, mais uma vez, estamos diante de relações superficiais, meramente acidentais, sem força para estabelecer uma “conexão processual” e sem aptidão para subjugar a aplicação da regra geral.

Ora, o fato de “*pessoas próximas ao governo federal*” estarem sendo investigadas, logicamente, não suscita a conexão. Fatos atribuídos a terceiros, ainda que próximos, obviamente, não se prestam a isso.

Abordou-se a questão da competência apenas para extirpar qualquer dúvida que pudesse pairar sobre um vínculo dos fatos com a operação Lava Jato ou com a Petrobrás.

11- CONSIDERAÇÕES SOBRE DELAÇÃO PREMIADA

Impõem-se algumas considerações genéricas sobre o instituto da colaboração premiada, bem como outras de caráter específico, tendo em vista que supostamente algumas dão apoio à presente acusação.

Como observação inicial, verifica-se que o instituto da delação ou da colaboração, como eufemisticamente é chamada, premiada, vêm provocando estupefação e até revolta naqueles que acreditam na supremacia da Justiça e do Estado Democrático de Direito.

Instituto importado do Direito Americano, não recebeu no Brasil adequada normatização que o adaptasse aos nossos princípios constitucionais.

As delações estão sendo conduzidas pela Procuradoria-Geral da República ou pela polícia federal e homologadas pelo Poder Judiciário, com a participação do advogado do delator. Ocorre que, na realidade, uma vez fixados os termos do acordo entre acusador e acusado, com a presença do advogado como protagonista secundário, pois não exerce o direito de defesa, o juiz terá papel meramente homologatório. Limites da pena, regime de seu cumprimento, condições e obrigações para o acusado já fazem parte do acordo.

Percebe-se que a delação premiada tal como praticada significa a derrogação de princípios básicos de nossa jurisdição penal. Estamos diante da aplicação de sanção penal sem processo. Ausente o processo no seu sentido

instrumental, bem como os princípios que o regem, são igualmente afastados. Assim, os princípios do contraditório, da obrigatoriedade da ação penal, da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa constituem letra morta.

Constitui verdadeira heresia jurídica e um atentado ao Estado Democrático de Direito, em nome de obstinada sanha punitiva que conduz a inúmeras injustiças, rasgar-se a Constituição e lançar-se na fogueira inquisitorial nosso ordenamento jurídico penal. Está ele sendo substituído por instituto importado de outro país onde foi construído em bases doutrinárias conflitantes com as nossas. É preciso lembrar-se: nem tudo que é adequado para tal país o é para o nosso.

O apoio de todos ao saneamento ético da Nação, não representa a adesão a ilegalidades, pois estas não podem ser combatidas com outras ilegalidades, como afirmou oportuno e lúcido editorial do jornal “O Estado de São Paulo” de 29/10/16 (doc. 15).

Observa-se que, além de suas intrínsecas irregularidades e anomalias em relação ao nosso ordenamento penal e processual penal e à própria Constituição, a delação tem sido um instrumento de impunidade que transforma delatores em paladinos da verdade e auxiliares da justiça.

Com efeito, no presente caso, os irmãos delatores que, serviram de linha auxiliar do órgão acusador, foram regamente premiados com regalias não outorgadas para outros em situação semelhante. Houve evidente violação, inclusive, ao princípio da isonomia. Foram eles premiados sem contrapartida de natureza punitiva.

Acinte, escárnio, tapa na cara, vergonha nacional e outros tantos epítetos estão sendo utilizados para adjetivar os benefícios concedidos aos “irmãos metralha”. O perdão para os seus crimes, o aumento de suas fortunas com especulações financeiras, passando pela possibilidade de ir morar majestosamente fora do país, são algumas das benesses que premiaram a sua vilania. A sua conduta atingiu um homem honrado e probo, assim como a Nação brasileira, colocando-a em estado de insegurança e de incerteza, que paralisa a sua marcha em direção ao equacionamento de suas principais dificuldades.

O risco que a sociedade corre com o abalo às instituições e ao próprio Estado Democrático de Direito e com a fragilização dos princípios garantidores da dignidade, da liberdade e dos demais direitos individuais, precisa estar presente na consciência daqueles que, dispensando o senso crítico, aplaudem e estimulam ações de agressão ao Direito posto. Em especial, na consciência daqueles que exercem funções direta ou indiretamente relacionadas à Justiça Penal. A mesma conscientização deve atingir a imprensa, que informa e orienta a opinião pública.

Com grande acuidade e elevado senso crítico, o jornalista J. R. Guzzo, dirigindo-se a todos os leigos, em artigo com este título, fez uma indagação que não pode calar nos espíritos bem formados e com visão da realidade que nos cerca: “*Quer dizer que crimes, no Brasil, só podem ser apurados se houver delação?*” (Revista Veja de 07 de junho de 2017) (doc. 16).

Transformada em “rainha das provas”, a delação premiada não é, por si só, prova, mas um meio para obtê-la, sujeita à investigação de seu conteúdo, à sua efetividade e à voluntariedade, marcas essenciais para a sua legitimação.

No entanto, o açodamento de sua divulgação, já feita na fase da pré-delação e antes de sua homologação judicial, a irrestrita credibilidade que lhe é outorgada e as benesses dela decorrentes, estão compondo um instituto esdrúxulo, sem regramento prévio e que é desenvolvido dentro de critérios subjetivos, como reflexo de um querer arbitrário por parte das autoridades.

Ilustres Parlamentares:

Toda a defesa do Presidente Michel se centra na negativa da prática do delito de corrupção.

Mostrou-se com clareza meridiana que a acusação, em face da carência de elementos probatórios, recorreu aos recursos intelectuais da suposição, da hipótese e das ilações que permitem afirmações de qualquer natureza no afã de emprestar falsa aparência de uma realidade que, na verdade, é uma mera ficção.

Ademais a construção acusatória baseou-se em uma gravação maculada por cortes, adulterações e manipulações que lhe retiram a autenticidade.

Por outro lado, apresenta-se como prova nula, pois clandestina, desprovida de autorização judicial e utilizada para fins diversos daqueles permitidos por nossos Tribunais. Note-se que, se a autorização fosse requerida, seria indeferida pelo Poder Judiciário.

No entanto, deve ser ressaltado e proclamado aos quatro ventos que, mesmo considerando-se a gravação legítima e lícita, o seu conteúdo não traz nenhum, rigorosamente nenhum indício sério, robusto que, independente de criações mentais e interpretações ficcionais, possam comprometer o Presidente da República e ligá-lo à alguma prática delitativa.

A mácula da gravação, por outro lado, contaminou todos os elementos de prova que o sucederam tendo em vista a chamada Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, exposta na defesa.

Depoimentos trazidos aos autos mostraram-se inaproveitáveis, pois contaminados pelos escusos objetivos e pelas absurdas e inaceitáveis recompensas fornecidas aos delatores, que receberam o prêmio máximo, a absoluta impunidade que afronta o senso comum de justiça do povo brasileiro.

Está afirmado ainda na presente defesa, que a denúncia omitiu depoimentos voltados para a inexistência de envolvimento do CADE, utilizada pela acusação como uma elementar do crime de corrupção.

Finalizando, ficou sobejamente demonstrado que o cidadão Michel Temer, homem público probo e digno, com uma imaculada trajetória

política de mais de cinquenta anos, não cometeu, neste ano de gestão, nenhum deslize de natureza moral, ética ou penal.

O Presidente da República, por sua vez, embora vítima de torpe e infame tratamento dispensado por parte de uma imprensa irresponsável e leviana que abraçou cegamente, e por razões desconhecidas, uma fantasiosa acusação, continuará a gerir o Brasil com mãos sólidas e olhos voltados para a sua plena recuperação social, política e econômica.

Por todo o exposto, aguarda-se com serenidade que essa Egrégia Câmara dos Deputados não conceda autorização para que o Colendo Supremo Tribunal Federal processe o Presidente da República, pois prevalecerá o discernimento, o senso de justiça e o patriotismo de Vossas Excelências.

O subscritor da presente petição quer esclarecer que a defesa do Presidente da República contou com a colaboração de todos os integrantes da Advocacia Mariz de Oliveira que constam no frontispício deste trabalho.

Termos em que,

P. deferimento.

De São Paulo para Brasília, 05 de julho de 2017.

ANTÔNIO CLÁUDIO MARIZ DE OLIVEIRA