Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade

Danielsa Rara Ferraz Pinto

Interceptações telefônicas e gravações clandestinas como meios de produção probatória em casos de corrupção: *recorte de memória*

Vitória da Conquista
Agosto de 2017

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade

Danielsa Rara Ferraz Pinto

Interceptações telefônicas e gravações clandestinas como meios de produção probatória em casos de corrupção: *recorte de memória*

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade.

Orientadora: Profa. Dra. Maria da Conceição Fonseca-Silva
Coorientador: Prof. Dr. Luís Cláudio Aguiar Gonçalves

Área de concentração: Multidisciplinaridade da Memória

Linha de Pesquisa: Memória, discurso e narrativas

Vitória da Conquista
Agosto de 2017

P645i

Pinto, Danielsa Rara Ferraz
Interceptações telefônicas e gravações clandestinas como meios de produção probatória em casos de corrupção: *recorte de memória*; orientadora: Maria da Conceição Fonseca-Silva; coorientador: Luis Cláudio Aguiar Gonçalves - Vitória da Conquista, 2017.
115f.

Dissertação (Mestrado em Memória: Linguagem e Sociedade). - Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade
Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, 2017.

1. Memória. 2. Verdade processual. 3. Produção Probatória. Corrupção. I. Fonseca-Silva, Maria da Conceição. II. Gonçalves, Luis Cláudio Aguiar. III. Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. III. Título.

Título em inglês: Telephone interceptions and clandestine recordings as means of probative production in cases of corruption: memory clipping

Palavras-chaves em inglês: Memory. Procedural truth. Probatory production. Corruption.

Área de concentração: Multidisciplinaridade da Memória

Titulação: Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade

Banca Examinadora: Profa. Dra. Maria da Conceição Fonseca-Silva (presidente); Prof. Dr. Luís Claudio Aguiar Gonçalves (coorientador); Profa. Dra. Edvania Gomes da Silva (titular); Profa. Dra. Lia Tiriba (titular)

Data da Defesa: 31 de agosto de 2017

Programa de Pós-Graduação: Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade.

Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia
Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade

FOLHA DE APROVAÇÃO

Danielsa Rara Ferraz Pinto

Memória, escutas e produção probatória em casos de corrupção.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, como requisito parcial e obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade.

Data da aprovação: 31 de agosto de 2017.

Banca Examinadora:

Profª. Drª. Maria da Conceição Fonseca-Silva (Presidente)
Instituição: UESB
Ass.:_____

Prof. Dr. Luis Cláudio Aguiar Gonçalves
Instituição: UESB
Ass. :_____

Profª. Drª. Edvania Gomes da Silva
Instituição: UESB
Ass.:_____

Profª. Drª. Lia Vargas Tiriba
Instituição: UFF
Ass.:_____

À Deus, meu tudo.

.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, minha alegria, razão de todos os meus dias, em quem busco amparo e forças para seguir. “Todas as coisas concorrem para o bem dos que amam a Deus” (Rm 8,28). Assim pude comprovar em cada passo de minha vida - o Pai me conduz segundo os seus desígnios e, por todo o seu cuidado e amor, só posso dizer: Graças, Pai!

À Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB e ao Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, que proporcionam, com excelência, a formação acadêmica e a experiência da pesquisa.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), agência financiadora desta pesquisa.

À minha orientadora Profª. Dra. Maria da Conceição Fonseca-Silva que desempenha seu trabalho com empenho e de forma brilhante, e cuja contribuição foi essencial para a pesquisa. Ao co-orientador Prof. Dr. Luís Claudio Aguiar Gonçalves, cuja dedicação e contribuição foram imprescindíveis para a confecção e conclusão do trabalho. A ambos o meu sincero e profundo agradecimento.

À profª Dra. Edvânia Gomes por suas excelentes contribuições na Banca de Qualificação.

A Prof. Dra. Lia Tiriba pela participação na Banca de Defesa e por suas importantes contribuições.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade, por terem compartilhado o conhecimento, contribuindo para o desenvolvimento da pesquisa.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade por seu trabalho dedicado.

À minha família, meu porto seguro, onde sempre encontro amor, auxílio e segurança.

Agradeço a Rômulo, amor e melhor amigo, presente em todos os momentos, ofertando apoio, compreensão, orações e amor. Muito obrigada!

A todos os amigos, pelo amparo emocional, pela torcida e orações, minha gratidão.

Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua 'política geral' de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade.

(Michel Foucault)

RESUMO

Neste trabalho, analisamos, a partir de uma atualidade – da utilização das escutas nos casos da Operação "Lava Jato" – os espaços de memórias (os saberes históricos, literários e jurisprudenciais) que são retomados e que tem como objeto a utilização, no Brasil, das escutas telefônicas como meio de produção probatória, em investigações criminais e em processos penais. Para tanto, verificamos, como se dá a busca pela verdade processual penal na contemporaneidade, observando a realidade do ordenamento jurídico brasileiro, apresentando os principais meios de produção probatória dos quais dispomos, entre eles, as escutas – interceptações telefônicas e gravações clandestinas (telefônica e ambiental). Por fim, a partir do *corpus* de pesquisa, constituído das decisões de casos de corrupção de grande repercussão em que se teve a utilização das escutas e das discussões que restabelecem a memória formada a respeito das mesmas, analisamos a legitimidade, a eficácia e a segurança das escutas como um meio de produção de verdade processual penal. Tomando os julgados do caso "Rogério Magri", caso "Collor", Operação "Satiagraha", Operação "Sundown" e da operação "Lava Jato", analisamos se este meio de prova tem sido usado de forma excessiva ou, conforme determina a Constituição Federal, como *ultima ratio.* Mobilizamos, para tanto, pressupostos teóricos da memória, especialmente o conceito operacional de memória discursiva, desenvolvido por teóricos da Análise do Discurso Francesa.

PALAVRAS-CHAVE

Memória. Verdade processual. Produção Probatória. Casos de Corrupção

ABSTRACT

In this study, we analyze, from an actuality - the use of tapping in the cases of “Operação Lava Jato” - the spaces of memories (the historical, literary, and jurisprudential knowledge) that are then evoked and whose object is the use, in the Brazil, of wiretapping as a means of probative production, in criminal investigations and criminal proceedings. For this, we observe how the search for criminal procedural truth in the contemporary world, observing the reality of the Brazilian legal system, presenting the main means of probative production we have, among them, the tapping - telephone interceptions and clandestine recordings (telephone and environmental)). Finally, based on the corpus of research, made up of the decisions of cases of corruption of great repercussion in which the use of eavesdropping was used, and the discussions that reestablish the memory formed about them, we analyze the legitimacy, the effectiveness and of wiretapping as a means of producing criminal procedural truth. We analyzed the trials of the "Rogério Magri" case, "Collor" case, "Satiagraha" operation, "Sundown" operation and the "Lava Jato" operation. We also analyzed whether this means of proof has been used excessively or, Determines the Federal Constitution, as *ultima ratio*. In order to meet these research objectives, we mobilize the theoretical assumptions of memory, notably the operational concepts developed by French Discourse Analysis theorists, such as discursive memory.

KEYWORDS

Memory. Procedural truth. Probatory production. Corruption cases

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
1.1 Considerações gerais 10
1.2 Percurso metodológico 21
1.3 Pressupostos teóricos 22
1.4 Organização dos capítulos 26

2 MEMÓRIA E PRODUÇÃO DE VERDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO 28
2.1. Princípios 28
2.2. Procedimentos 29
2.2.1 Inquérito 32
2.2.2 Ação Penal 34
2.2.2.1 Provas 37
2.2.2.1.1 Provas obtidas por interceptação telefônica e gravações 40
2.2.2.1.1.1 O direito à intimidade 43
2.2.2.1.1.2 As interceptações telefônicas e gravações: regime jurídico 47
2.2.2.1.1.3 A Lei nº 9.296/1996 48
2.2.2.1.1.4 As clandestinas: gravações telefônicas e gravações ambientais 57

3 MEMÓRIA E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES AMBIENTAIS EM CASOS ENVOLVENDO CORRUPÇÃO POLÍTICA 61
3.1 Escutas e casos de corrupção 63
3.1.1 O caso do ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social Rogério Magri 65
3.1.2 O caso do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello 72
3.1.3 Operação "Satiagraha" 79
3.1.4 Operação "Sundown" 85
3.1.5 Operação "Lava Jato" 89
3.1.5.1 O caso do ex-Senador Delcídio Amaral 91
3.1.5.2 O caso do ex-Presidente da República Lula 98
3.1.5.3 O caso do ex-Senador e ex-Presidente da Transpetro Sérgio Machado 99

4 CONCLUSÃO 102

REFERÊNCIAS 109

1 INTRODUÇÃO

1.1 Considerações gerais

Os escândalos políticos tem se constituído uma maneira de fazer política em muitos países democráticos e, nesse contexto, também no Brasil, principalmente, a partir do início do período de redemocratização até os dias atuais, ou seja, do governo Collor ao governo Temer, com menor ou maior destaque na agenda da mídia, a depender dos interesses envolvidos e lutas de poder no jogo político.

Alguns autores como Thompson (2002), Tumber e Waisbord (2004) e Schudson (2004) defendem que vivemos a "cultura do escândalo" ou a "política de escândalos" político-midiáticos. Nesse contexto de escândalos políticos, encontramos os escândalos de corrupção. Fonseca-Silva (2009, p. 201), com base nesses autores, observa que a articulação pública do discurso denunciatório é a condição para que a corrupção se transforme em um escândalo e que um escândalo de corrupção se desenvolve em estágios, quais sejam – "revelação, publicação, defesa, dramatização, execução ou julgamento e rotulação". O escândalo de corrupção na mídia, portanto, só se configura quando revelada.

Casos de escândalos corrupção tem sido objetos de pesquisa no Laboratório de Pesquisa em Análise de Discurso (LAPADis) pelo Grupo de Pesquisa em Análise em Análise de Discurso (GPADis), da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, "com o intuito de explicá-los como acontecimento discursivo, como espetáculo midiático e como excesso de memória", como observa Santos (2016), mas também com o objetivo de analisar efeitos de justiça e efeitos de memória nos julgamentos político e jurídico que envolvem esses casos, incluindo instrumentos legais como meios de prova. Destacamos aqui, a título de exemplo, trabalhos de Fonseca-Silva (2009), Viggiato (2012), Machado (2013) e Oliveira (2013); Aguiar (2012; 2016); Santos (2016), entre outros.

Assim como os trabalho acima referidos, a pesquisa que resultou esta dissertação também foi desenvolvida no âmbito do Laboratório de Pesquisa em Análise de Discurso (LAPADis) pelo Grupo de Pesquisa em Análise em Análise de Discurso (GPADis) do qual faço parte. O que motivou o levantamento das questões e hipóteses da pesquisa, que adiantes apresentaremos, foi uma particularidade inédita em um caso de escândalo de corrupção no âmbito da Operação Lava Jato[1]: a prisão preventiva de um Senador da República, Delcídio

[1] Segundo o site do Ministério Público Federal "é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve. Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres da Petrobras, maior estatal do país,

Amaral, por uma decisão judicial fundamentada em uma gravação clandestina realizada por um interlocutor do ex-Senador[2], na qual ficou configurada prática delituosa – tentativa de obstrução da justiça.

Destacamos, contudo, que não se tratou do primeiro e nem do único caso na Operação Lava Jato a usar a escuta como meio probatório. As discussões nas esferas de poder político e na sociedade em torno da licitude da escuta como meio de meio de obtenção de prova nos instigou a investigar o que foi e o que está sendo dito a respeito da questão no âmbito jurídico, observando, além do caso Delcídio, outros casos relacionados à crimes de corrupção em que as escutas foram utilizadas como meio de prova, bem como o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio para esse meio probatório.

No Direito Penal brasileiro, a construção da verdade jurídica no processo judicial ocorre tanto na fase policial quanto na fase judicial, devendo-se respeitar o contraditório nesta última. Com a instauração do inquérito, tem-se início a busca pela verdade processual que deverá ser demonstrada, mais tarde, por meio das provas colhidas e produzidas. Não são, no entanto, todos os meios de prova que poderão ser usados no processo. Meios de prova que ferem os direitos fundamentais, ou que sejam, de algum modo, contrários à legislação, não poderão ser utilizados, sob pena de nulidade processual. São as chamadas provas ilícitas, expressamente proibidas pela Constituição Federal vigente, que, em seu artigo 5º, inciso LVI, estabelece que "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos". Mas não somente as provas ilícitas são inadmissíveis, como também as que dela derivarem, conforme a "teoria dos frutos da árvore envenenada[3]".

Ressaltamos que, no Direito pátrio, temos a liberdade de prova, desde que elas não agridam a lei e o direito, nem firam a dignidade humana. Embora haja várias possibilidades de produção probatória, os meios de prova mais comuns são: pericial (exame de corpo de delito, necropsia, exumação, exame complementar, exames de escritos etc); interrogatório, a oitiva do ofendido (vítima) e de testemunhas; reconhecimento (do suspeito de autoria do crime, por exemplo); acareação (entre acusados ou entre o possível autor do delito e a vítima); juntada de documentos; busca e apreensão (de possíveis provas); e interceptação telefônica e as gravações clandestinas, que são os meios de prova objetos de nossa pesquisa.

---

esteja na casa de bilhões de reais". A investigação teve início em 2014 e ainda está em andamento. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>.
Em novembro de 2016, a operação iniciou sua 36ª fase, conforme reportagem divulgada no site "O Globo" e disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/brasil/todas-as-fases-da-operacao-lava-jato.html>.

[2] A respeito desse caso, trataremos mais detidamente no capítulo 3.

[3] Trataremos de tal teoria no capítulo 2, item 2.2.2.1.

Com o advento da tecnologia e seu avanço contínuo, emergiram novas formas de produção da verdade processual penal, como é o caso das gravações clandestinas e da interceptação telefônica que, emergiram, praticamente, em paralelo ao surgimento do próprio telefone[4].

Utilizamos aqui, de forma genérica, o termo "escuta" para nos referirmos tanto à interceptação telefônica, quanto às gravações clandestinas. A literatura jurídica especializada costuma apresentar classificações e definições específicas para cada um desses termos, o que expomos mais detidamente no segundo capítulo. Segundo Gomes e Maciel (2014, p. 24-25), a interceptação telefônica consiste na captação de comunicação telefônica realizada por um terceiro sem o conhecimento dos interlocutores; já a escuta telefônica é a interceptação de comunicação telefônica efetuada por um terceiro com o conhecimento de um dos participantes. Essas duas situações são, atualmente, regulamentadas por lei[5].

A gravação clandestina, por sua vez, pode ser telefônica ou ambiental. Nas duas situações, um interlocutor grava a comunicação sem o conhecimento do outro. Fala-se, ainda, em interceptação ambiental e em escuta ambiental. Na primeira hipótese, um terceiro capta uma comunicação no ambiente em que ela ocorre sem que os participantes o saibam. Já na escuta ambiental, a captação da comunicação é efetuada por um terceiro também no ambiente em que acontece, porém com o conhecimento de um dos interlocutores.

Ocorre que, na seara jurídica, nem sempre esses recursos podem ser usados como meios lícitos de prova, justamente porque invadem a esfera da intimidade e da vida privada das pessoas, direitos assegurados na Constituição Federal como garantias fundamentais.

O avanço da tecnologia, por outro, também cria condições para que a mesma passe a ser utilizada para a prática criminosa, conforme afirmam Gomes e Maciel (2014, p. 13), de modo que o Estado acaba por sentir a necessidade de também recorrer aos meios tecnológicos para investigar e elucidar fatos delituosos, e, entre esses meios, a interceptação telefônica é, com certeza, um dos que há mais tempo vêm sendo utilizados e um dos mais frequentes. Com isso, toda uma memória foi se formando acerca deste instrumento (relativamente, novo) de produção da verdade, seja no que tange ao seu surgimento, aos limites de seu contorno, às exigências legais para a sua aplicação e às hipóteses de seu cabimento e uso legítimos; seja no

[4] Conforme matéria publicada no site jornalístico G1, intitulada "Escuta telefônica é quase tão antiga quanto o próprio telefone". Disponível em: http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL775438-16107,00-ESCUTA+TELEFONICA+E+QUASE+TAO+ANTIGA+QUANTO+O+PROPRIO+TELEFONE.html.

[5] De acordo com Gomes e Maciel (2014), a Lei nº 9.296/1996 regulamenta tanto as interceptações, quanto as escutas telefônicas, na medida em que determina sua abrangência para "Interceptações telefônicas de qualquer natureza" (artigo 1º, da Lei nº 9.296/1996).

que se refere aos casos em que foi aplicada como principal instrumento de elucidação de fatos delituosos e/ou de produção da verdade processual penal.

Gomes e Maciel (2014) discutem ao tratar da interceptação telefônica, destacam que a mesma já foi utilizada de forma abusiva por diversas vezes, sobretudo durante a ditadura militar, período em que não era utilizada como um meio de prova, mas como um recurso de vigilância da vida dos indivíduos, a fim de desvendar aqueles que se colocavam contra o regime. Sobre esse período, temos alguns relatos de escutas realizadas pelo Serviço Nacional de Informações (SNI), divulgados em reportagens e livros que abordam o período de exceção. Mas não é só, muitas pessoas recorreram e recorrem a este recurso para interesses pessoais. Gomes e Maciel (2014, p. 13-14) ressaltam que "não só os integrantes do poder, aliás, valeram-se desse procedimento ilegal [...] mas também muitos particulares, que sempre puderam contar com o auxílio inclusive de policiais [...]". Ainda hoje, grande é número de "grampos" ilegais, que são vendidos de forma clandestina[6].

Por ser um mecanismo que promove uma invasão à intimidade e à vida privada dos indivíduos, sua utilização no universo jurídico carecia de uma regulamentação. Nas Constituições do Brasil, sempre foi garantida a proteção do sigilo à correspondência, mas o sigilo das comunicações telefônicas somente foi expressamente mencionado a partir da Constituição Federal de 1969. Gomes e Maciel (2014, p.15) afirmam, no entanto, que, embora na Constituição de 1946 apenas estivesse explícita a proteção ao sigilo da correspondência, havia o entendimento de que as comunicações telefônicas também estavam abarcadas nessa garantia.

O fato é que o sigilo das comunicações telefônicas somente passou a ser protegido, de forma expressa, na Constituição de 1969, que, em seu artigo 153, § 9º, diz *in verbis*: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas". Assim, não havia previsão legal de interceptação telefônica nem mesmo para fins de investigação criminal, sendo sua vedação absoluta.

Durante este período, no entanto, tem-se conhecimento que foram realizadas escutas telefônicas, ilegalmente. Ademais, no que diz respeito ao direito, a literatura especializada já desenvolvia teses sobre as interceptações telefônicas, demonstrando a necessidade de uma legislação que as regulamentasse como meio de prova, de modo que, pudessem ser utilizadas

[6] Segundo reportagem de março de 2011, divulgada na Revista Superinteressante e intitulada "Tem mais alguém na linha", um grampo (ilegal) de linha fixa custa em torno de R$ 300,00 (trezentos reais). Disponível em: <http://super.abril.com.br/comportamento/tem-mais-alguem-na-linha/>. Acesso em: 17/02/2017.

pelo Estado, para atender ao interesse público na solução de delitos, sem que, com isso, houvesse ofensa aos direitos à intimidade e à vida privada.

Citadas em jurisprudências e por autores do Direito, como os acima mencionados, as teses sobre as escutas tem como pioneira a autora Ada Pellegrini Grinover, que esteve envolvida, inclusive, em projetos de lei sobre o tema.

Durante o período de vigência da Constituição Federal de 1946, pela primeira vez foi inserido no ordenamento jurídico, mais precisamente no Código Brasileiro de Telecomunicações, um dispositivo legal com previsão da interceptação telefônica com autorização judicial (Lei nº 4.117/1962, art. 57, II, "e")[7]. Gomes e Maciel (2014, p.16) relata que a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre uma interceptação telefônica foi no julgado do *Habeas Corpus* de nº 63.834-1, no qual a prova foi considerada ilícita por ter sido realizada por um particular.

Com a redemocratização do país, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que protege o sigilo das comunicações telefônicas, trazendo, contudo, uma exceção, que é a possibilidade de quebra do sigilo para a finalidade de investigação criminal, desde que haja autorização judicial, conforme se depreende da leitura de seu artigo 5º, inciso XII: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

Como podemos observar, o próprio texto constitucional prevê a necessidade de edição de uma lei regulamentadora, tratando-se, portanto, a norma insculpida no inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal, de uma norma de eficácia limitada[8], consoante classificação proposta por Silva (2002). Conquanto inexistisse no ordenamento jurídico a lei regulamentadora exigida pela Constituição, alguns magistrados já autorizavam a interceptação com base no Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962).

Assim, após o advento da Constituição Federal de 1988, que introduziu na ordem constitucional a possibilidade de quebra do sigilo telefônicos para fins de investigação

---

[7] Assim determina o artigo 57, inc. II, alínea e, da Lei nº 4.117/1962: "Não constitui violação de telecomunicação: (...) II - O conhecimento dado: (..) e) ao juiz competente, mediante requisição ou intimação deste".

[8] A norma de eficácia limitada é uma norma que depende de regulamentação para que possa ser aplicada, conforme o ensinamento do constitucionalista José Afonso da Silva. Segundo Silva (2002), existem, também, normas constitucionais de eficácia plena e de eficácia contida. A primeira diz respeito às normas que, desde a promulgação da Constituição, já estão aptas a produzirem os seus efeitos. Já as normas de eficácia contida são aquelas em "que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses jurídicos relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados" (SILVA, 2002, p. 116).

criminal e instrução processual penal, verifica-se o gradativo aumento do emprego das escutas - interceptações e gravações telefônicas e ambientais - para a obtenção de provas, o que ocorreu em diversos casos, inclusive casos envolvendo escândalos de corrupção política, com repercussão nacional, passando a matéria relativa à utilização das escutas a ser questionada judicialmente, quanto à sua legitimidade/legalidade enquanto meio de produção de prova (verdade processual), e toda uma jurisprudência e literatura, constitutivas de uma memória, começou a se formar acerca dos limites e possibilidades de utilização das escutas. Discutia-se se o Código Brasileiro de Telecomunicações, em seu artigo 57, inciso II, com base no qual eram autorizadas as escutas, e anterior à promulgação da Carta Política de 1988, havia sido recepcionado pela nova Constituição [9].

O Supremo Tribunal Federal acabou por entender que o referido código, na parte em que dispunha sobre a matéria (art. 57, inc. II), não havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo necessária a elaboração de uma lei específica para regulamentar as interceptações. Por via de consequência, foi declarada pela Suprema Corte a ilicitude de todas as escutas efetuadas com base nesse código, ainda que autorizadas por um juiz, colocando em risco a validade de processos que usassem esse meio de prova como principal, ante a possibilidade de serem declarados nulos[10].

Após esse episódio, houve a propositura, no Congresso Nacional, de diversos projetos de lei para regulamentar a questão, mas foi somente em 24 de julho de 1996 que se deu a aprovação e edição da Lei nº 9.296/1996, publicada no dia 25 daquele mesmo mês e ano, conhecida como Lei das Interceptações Telefônicas, mas que deixou de tratar das gravações clandestinas (ambientais/telefônicas) e das interceptações ambientais, que são outras formas de escuta e que só foram encontrar previsão legal despois de editada a Lei nº 9.034/1995, revogada pela atual Lei do Crime Organizado (Lei nº 12.850/2013)[11].

Durante os anos 1990, muitos casos envolvendo a utilização da interceptação telefônica e de gravações ambientais como meios de investigação criminal e de instrução processual penal vieram à tona, inclusive casos relacionados a escândalos de corrupção, que

---

[9] Fenômeno constitucional que consiste na análise da compatibilidade de uma lei ou de um dispositivo legal em relação a uma nova Constituição. Quando uma lei/norma anterior não for contrária a nova Carta constitucional, diz-se que foi por ela recepcionada. Caso contrário, fala-se em não recepção e, então, a lei/norma passa a não mais produzir efeitos.

[10] Gomes e Maciel (2014, p. 20) citam decisão importante nesse sentido: o *Habeas Corpus* nº 69.912-0/RS.

[11] A Lei nº 12.850/2013 revogou a Lei nº 9.034/1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, e que, em seu art. 2º, inc. IV, permitia a interceptação ambiental, que hoje encontra previsão no art. 3º, inc. II, da Lei nº 12.850/2013.

Ainda sob a égide da Lei nº 9.034/1995, o STF reconheceu a licitude da interceptação ambiental como meio de formação de prova para fins de investigação criminal, envolvendo organização criminosa, por meio do julgamento do RE 583.937.

especificamente nos interessa nessa pesquisa. Molina (2016) elenca alguns casos envolvendo escutas no Brasil, de 1988 a 2016, entre eles o caso Magri, que foi Ministro do Governo Collor, e que teve uma conversa gravada por um interlocutor (gravação ambiental), cujo áudio foi divulgado e serviu como fundamentação para a propositura de uma ação judicial contra o ex-ministro. Ademais, no campo político, o escândalo acarretou a instauração de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e a demissão de Rogério Magri.

Na mesma época, ocorreu o caso do próprio ex-Presidente Fernando Collor de Melo, cujo envolvimento com um esquema de corrupção foi descoberto. O caso chegou ao Poder Judiciário, tendo como provas gravações de conversa telefônica, que foram consideradas ilícitas pela Justiça, assim como as provas que dela derivaram. Assim, Collor foi absolvido por falta de provas. No plano político, contudo, o então Presidente da República foi condenado, após tornar-se réu em processo de *impeachment*, que tramitou junto ao Congresso Nacional.

Já no período pós edição da Lei nº 9.296/1996, outros casos de corrupção política em que também se usou das "escutas" como meio de obtenção de provas também ganharam destaque no cenário nacional, entre eles o caso do então Senador Antônio Carlos Magalhães, que acabou por renunciar ao mandato e que não teve as acusações contra ele formuladas aceitas pelo STF; o caso relacionado à Operação Satiagraha, que causou muita discussão e que teve grande repercussão no país; e o caso Operação Sundown.

Inclusive a Operação Satiagraha, assim como a Operação "Sundown" foram declaradas nulas, por terem sido reconhecidas como ilícitas as interceptações telefônicas nelas realizadas. Paralelamente, outros casos, agora envolvendo tráfico de entorpecentes, crime organizado, entre outras práticas delitivas, também traziam e colocavam em discussão a questão do emprego da interceptação telefônica e das gravações ambientais como meios de obtenção de prova (as hipóteses de seu cabimento, os requisitos necessários para ser considerado lícito etc.), formando assim toda uma memória (de saberes) a respeito das escutas como formas de produção da verdade processual penal.

As escutas, na sua modalidade de interceptação e de gravação ambiental ganham destaque novamente nas atividades da Operação "Lava jato", usadas para a obtenção de provas (investigação criminal), em casos envolvendo corrupção política, obtendo mais destaque os que envolveram políticos e empresários importantes, entre outros, o Senador Delcídio Amaral, o empresário Sérgio Machado e o Ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva, este último, sem dúvida, o caso mais destacado e também o mais controverso.

Ao serem utilizadas na Operação "Lava Jato", as interceptações telefônicas voltam a ser objeto de questionamentos quanto ao seu emprego como meios legítimos, seguros e eficazes de obtenção de prova (para fins de investigação criminal e instrução processual penal), notadamente no que tange à sua legalidade e aos limites em que podem ser empregadas, agora não só com base no texto constitucional, mas também sob a ótica da Lei nº 9.296/1996.

Tal foi o seu demasiado uso e destaque nas investigações realizadas no cerne da Operação "Lava Jato" que a interceptação telefônica voltou a ser apontada, por alguns, como a "rainha das provas", lugar antes ocupado pela confissão (espécie de prova que é obtida de forma espontânea do acusado/réu – pelo menos se espera que assim seja feito – e que tem previsão no art. 197 e seguintes do Código de Processo Penal), considerando ainda que o resultado que se obtém com a interceptação não deixa também de ser uma confissão, porém dada/obtida de forma involuntária, já que o indivíduo que "confessa" não sabe que a conversa telefônica está sendo gravada.

Vale, ainda, frisar que, no caso das gravações clandestinas – que são aquelas que são feitas quando uma pessoa grava conversa presencial ou telefônica da qual é interlocutor, sem que o(s) outro(s) que participa(m) da conversa saiba(m) –, tem-se como resultado também uma espécie de "confissão", só que, no caso, induzida ou provocada por aquele que grava a conversa, à semelhança do que pode ocorrer na confissão propriamente dita, notadamente quando ela é obtida a partir do interrogatório do acusado (meio de prova previsto no art. 185 e seguintes, do Código de Processo Penal), quando, sendo-lhe dirigidas perguntas acerca dos fatos pelo juiz, pelo representante do Ministério Público, pelo advogado assistente da acusação ou ainda pelo advogado contratado para oferecer a queixa-crime[12], pode acabar o acusado por confessar a autoria da prática delitiva.

A Constituição Federal de 1988 traz as escutas telefônicas como meios excepcionais de obtenção de prova na investigação criminal e na instrução processual penal, devendo ser empregadas somente na impossibilidade de outros meios. Não obstante isso, as escutas tem sido, largamente utilizadas nos últimos tempos, o que fez ressurgirem velhos questionamentos quanto à legalidade/legitimidade, confiabilidade/segurança e eficácia desse meio de produção

[12] As ações penais podem ser: i) pública incondicionada; ii) publicada condicionada à representação do ofendido; e iii) ação privada. Quando a ação é pública (condicionada ou incondicionada), é ela movida pelo Ministério Público, que oferece a denúncia e que pode contar com o auxílio de um advogado constituído pela vítima ou pela família da vítima, por exemplo, para acompanhar o processo, atuando, nesse caso, como assistente da acusação. Já se a ação for privada, como ocorre em relação ao crime contra a honra (calúnia, difamação e injúria), caberá ao próprio ofendido contratar um advogado para propor a ação penal, mediante o oferecimento de uma queixa-crime (petição semelhante à denúncia que é oferecida pelo Ministério Público).

probatória, tal como já havia acontecido, por exemplo, em fevereiro de 2008, quando foi instaurada a Comissão Parlamentar de Inquérito que ficou conhecida como CPI dos Grampos, e que tinha como objeto, precisamente, investigar o largo uso das escutas telefônicas para a obtenção de provas. Na investigação da CPI, foi realizado um levantamento da quantidade de interceptações realizadas no país, e também foram apuradas as que foram feitas de modo ilegal. Os dados demonstraram o uso demasiado da medida.

Como desdobramento da CPI foi discutida uma nova proposta de lei para as interceptações telefônicas, que tratasse a medida com mais rigor. Contudo, o projeto não prosperou. Ainda em 2008, e tendo em vista o largo emprego das escutas em investigações criminais e instruções processuais penais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a Resolução nº 69, que traz disposições acerca das interceptações telefônicas.

Novamente nos deparamos - especialmente em razão de estar sendo muito utilizadas nas investigações realizadas no âmbito da Operação "Lava Jato" - com a discussão acerca da larga utilização das escutas no Brasil, enquanto meio de produção da verdade processual, considerado o fato de que deveria ser a *ultima ratio*, empregadas apenas na impossibilidade de obtenção de provas por outros meios, o que fez também com que sua legalidade fosse de novo questionada, bem como rediscutidos os limites de seu emprego.

Questionamentos que envolvem, por exemplo, o prazo limite para a permanência das interceptações telefônicas, a possibilidade e mesmo ocorrência de vazamento de áudios, a licitude do uso de gravações clandestinas como prova, a violação a princípios constitucionais (garantias fundamentais como o direito à intimidade, à vida privada e mesmo ao sigilo das comunicações telefônicas), decorrente do encontro/atingimento fortuito de fatos e pessoas não investigadas estão sempre ressurgindo, muitas vezes, colocando em xeque a validade da interceptação telefônica e das gravações clandestinas (das escutas) como meio de obtenção de prova.

Considerando que, na contemporaneidade, as interceptações telefônicas surgiram e se constituem como meios de produção/perquirição de verdade processual (obtenção de provas), e que, por diversas razões ligadas à constitucionalidade/legalidade, à segurança e à eficácia dessa medida investigativa/instrutória, sua legitimidade desde então e, mais recentemente, após sua larga utilização nas investigações da Operação "Lava Jato", vem sendo questionada em face de princípios e garantias constitucionais, tal como o que assegura o direito à vida privada e à intimidade, bem como quanto aos seus limites e contornos (definição) e ao fato de ser ou não um meio seguro de produção probatória, sendo, ainda, apontada por alguns como um meio de prova de excelência, tal como a confissão, levantamos as seguintes questões:

1) São as escutas meios legais ou legítimos de produção de prova, tanto a interceptação telefônica, quanto a gravação clandestina (incluídas nessa última a gravação e a interceptação ambiental)?

2) A partir da análise dos espaços de memória acerca das escutas, são elas também eficazes e seguras se comparadas a outros meios de provas, inclusive alguns que lhes são bem próximos, tais como o interrogatório do indiciado/acusado (confissão) e a prova testemunhal, consideradas ainda as diferenças que existem entre interceptação e gravações clandestinas, isto é, podem as escutas realmente ser chamadas de "rainha das provas", não só por sua larga utilização, mas porque são igualmente eficazes?

Levando-se em conta que a definição da legalidade e legitimidade da interceptação telefônica e da gravação clandestina (incluídas nessa última a gravação e a interceptação ambiental), depende do atendimento a certas condições que, mesmo após a edição da Lei nº 9.296/1996 – omissa em alguns pontos e que trata apenas das interceptações telefônicas –, continuaram a ser definidas, em grande medida, pela jurisprudência e pela literatura jurídica especializada (como, por exemplo, não ferir certos princípios constitucionais e atender a determinados requisitos de procedimento), para respondermos as questões formuladas acima, partirmos da hipótese de que é preciso considerar toda uma memória (de saberes) que foi e ainda está sendo construída acerca do instituto das escutas (interceptações telefônicas e gravações clandestinas) enquanto meios de obtenção de provas, o que envolve conhecer:

i) o modo como as escutas foram se constituindo, no cenário jurídico brasileiro, como formas de produção de verdade processual: seu aparecimento enquanto prática jurídica (a forma como passaram de meros artifícios empregados no ambiente doméstico para a descoberta de segredos de família para elementos de investigação criminal e/ou instrução processual penal), sua incorporação ao ordenamento jurídico (na ordem constitucional e, depois, em leis ordinárias), seu emprego em casos concretos (desde o período da ditatura militar, quando foram utilizadas na vigilância daqueles que se colocavam contra o regime, passando pela década de 1990, quando passaram a ser empregadas em investigações de casos envolvendo esquemas/escândalos de corrupção política, até chegar aos casos de desvio de dinheiro e recebimento de propina relacionados a Petrobrás e investigados na Operação Lava Jato);e

ii) aspectos ligados às discussões travadas no âmbito do Poder Judiciário, antes e depois da edição da Lei nº 9.296/1996 (Lei das Interceptações Telefônicas), acerca das hipóteses de cabimento das escutas para fins de investigação criminal e instrução processual penal, dos requisitos procedimentais e das condições para que sejam consideradas lícitas e válidas, das possíveis violações a garantias fundamentais e das eventuais falhas quanto à segurança e à eficácia.

Considerando que essa memória que já se formou sobre as escutas telefônicas enquanto forma jurídica de produção da verdade (de verdade processual) é constituída por saberes transversos, pré-construídos, já-ditos, que encontram sustentação em materialidades significantes produzidas, por exemplo, no âmbito do Poder Judiciário (acórdãos, decisões monocráticas) e em textos da literatura jurídica especializada (livros, artigos etc.), que podem ser consideradas como "lugares de memória discursiva", conceito operacional cunhado por Fonseca-Silva (2007), a partir de deslocamentos dos conceitos de "lugar de memória" de Halbwachs (1925, [1950] 2006), "domínios de memória" de Foucault ([1969] 1997) e "memória discursiva" de Courtine (1981), nossos objetivos nessas pesquisa são:

> Objetivo geral: identificar e explicitar, a partir da análise de uma atualidade – do emprego das escutas nos casos investigados no âmbito da Operação "Lava Jato" – os espaços de memória (os saberes históricos, literários e jurisprudenciais) que são então evocados e que tem como objeto a utilização, no Brasil, das escutas telefônicas como meio de produção de prova, em investigações criminais e em processos penais;
>
> Objetivos específicos: a) verificar como se dá a busca pela verdade jurídica no processo penal contemporâneo, a partir da experiência brasileira (ordenamento jurídico brasileiro), apresentado entre os meios de prova atualmente utilizados as escutas telefônicas: seu surgimento no Brasil enquanto prática jurídica de investigação criminal e produção probatória (instrução processual penal) (contexto histórico, regulamentação jurídica, entendimentos jurisprudenciais e da literatura especializada, casos em que são utilizadas);

b) analisar, por meio do estudo do *corpus*, notadamente de casos investigados na Operação "Lava Jato" com o emprego de escutas telefônicas, e a partir dos saberes mnemônicos evocados nas discussões jurídicas travadas no âmbito do Poder Judiciário, quando da análise da aplicação desse meio de obtenção de prova, a

legitimidade/legalidade das escutas como formas de produção de verdade processual penal e se podem elas ser, de fato, consideradas seguras, quanto ao conteúdo e à forma, e eficazes (se, nos casos em que empregadas, foram determinantes para o esclarecimento dos fatos como a *ultima ratio* ou se foram utilizadas de forma banal);

Na busca por respostas para as questões formuladas, de modo a confirmar nossa hipótese, desenvolvemos e demos consecução às análises e discussões propostas nos objetivos acima, mobilizando pressupostos teóricos de estudiosos da memória, o que foi feito ao longo dos capítulos da presente dissertação, os quais apresentamos no último subtópico da Introdução.

1.2 Percurso Metodológico

A fim de identificarmos o saber formado acerca das escutas como meios de produção da verdade processual penal, e para respondermos às nossas perguntas de pesquisa, além de proceder a um levantamento bibliográfico e documental, que, em parte, constitui o nosso *corpus*, recorremos também, para a análise das materialidades significantes selecionadas, a alguns conceitos operacionais desenvolvidos no âmbito da Análise de Discurso – AD, e que estão relacionados ao estudo da memória, quais sejam a noção de *memória discursiva*, cunhada por Courtine (1981) e retomada por Pêcheux ([1983a] 1997; [1983b] 1999) e a noção de *lugar de memória discursiva*, cunhada, como dito logo acima, por Fonseca-Silva (2007).

Como o nosso objetivo principal é identificar e explicitar, a partir da análise de casos investigados, os espaços de memória (os saberes históricos, literários e jurisprudenciais) que tem como objeto a utilização, no Brasil, das escutas telefônicas como meio de produção de verdade processual penal, o *corpus* da pesquisa é constituído por textos veiculados em diferentes meios na internet e na mídia/imprensa e por textos produzidos pela literatura jurídica especializada (livros, artigos publicados em sites jurídicos e em revistas científicas), além de excertos retirados de decisões jurisprudenciais (acórdãos) prolatadas pelo STF e pelo STJ e relacionadas a casos de corrupção política de grande repercussão no país, nos quais houve o emprego das escutas telefônicas.

Ainda em relação ao *corpus*, demos destaque a decisões judiciais proferidas em alguns casos investigados no âmbito da Operação "Lava Jato" – aqueles em que se verificou uma maior discussão e visibilidade, notadamente no que atine ao emprego das escutas. Tal material se encontra disponível em formato digital, no *site* do Supremo Tribunal Federal, e, ainda, no

site da Operação "Lava Jato", criado pelo Ministério Público Federal, nos quais é possível efetuar o *download* de algumas das decisões judiciais sobre os casos investigados.

Ademais, também encontramos em sites jornalísticos, em livros que relatam casos em que houve o emprego das escutas, como o de Molina (2016), e também em sites institucionais – como o *site* do Senado Federal - diversas reportagens e notícias envolvendo as escutas, que também constituem a memória formada sobre esse meio de produção probatória (de verdade).

1.3 Pressupostos teóricos

Neste trabalho, analisaremos o *corpus* da pesquisa, que é formado, principalmente, de textos de acórdãos relacionados aos casos de corrupção que, envolvendo a utilização das "escutas" telefônicas como meio de produção de provas, foram selecionados para o desenvolvimento do estudo, a partir da mobilização dos conceitos operacionais de *memória discursiva* e de *lugar de memória discursiva*.

Essas materialidades significantes – os acórdãos –, assim como as leis, os projetos de lei, as notícias e os textos literários que tratam do tema das "escutas" telefônicas, funcionam como *lugares de memória discursiva*, na medida em que não só permitem o atravessamento da memória, como também que ela seja reestruturada, a partir de gestos de interpretação.

O conceito de *lugar de memória discursiva* foi cunhado por Fonseca-Silva (2007) a partir de deslocamentos teóricos nos conceitos de *lugar de memória* (HALBWACHS, 1925, 1950; NORA, 1984), de *domínios de memória* (FOUCAULT, 1969) e de *memória discursiva* (COURTINE, 1981; 1994).

Segundo Fonseca-Silva (2007), para Halbwachs (1950), a memória coletiva se distinguiria da história. O referido autor fala em memórias coletivas, uma vez que, sendo a memória construída em grupos, é ela plural. Já a História seria objetiva, factual e surgiria após a decomposição da memória social – que ocorre quando os grupos desaparecem. Assim, após o desaparecimento de um grupo (detentor de uma memória e que a mantinha viva) a forma de se recuperar as lembranças do mesmo se dá por meio de narrativas e comemorações públicas.

Ainda de acordo com Fonseca-Silva (2007, p. 17-18), "nessa perspectiva a memória depende da linguagem, dos significados constituídos socialmente". Portanto, a memória está em construção contínua e "reatualiza o passado de acordo com a posição que o indivíduo ocupa no grupo [...] a que pertence". Nesse sentido, a memória seria engendrada a partir da

relação que os sujeitos mantêm com o seu exterior e, "na reconfiguração do passado", construiria "as identidades".

A autora mobiliza, ainda, conceitos trabalhados por Nora (1984), que, fundamentando-se em Halbwachs (1925, 1950), sustenta a necessidade de se criar lugares de memória para que a mesma permaneça. Tais lugares, segundo Nora (1984), mesclariam memória e história, uma vez que que a memória desaparece e tudo o que conhecemos como memória é história, restando, portanto, os lugares de memória.

A respeito dessa ilação de Nora (1984), assim observa Fonseca-Silva (2007, p.18):

> Para Nora (1984) a categoria memória deixa de existir porque passa a ser reivindicada pelo discurso histórico. O autor defende que tudo o que é dito que é memória é história e o que restam são lugares de memória, considerados, por ele, como rituais de uma sociedade sem ritual, sacralidades passageiras em uma sociedade que dessacraliza.

A autora ainda pontua que os lugares de memória, em suas dimensões concretas, tratadas por Nora (1984) como materiais, funcionais e simbólicas, remetem aos arquivos, aos museus, festividades, monumentos, vez que "surgem do sentimento de que não há memória espontânea e de que é preciso realizar operações não naturais, tais como: criar arquivos, comemorar aniversários, organizar celebrações, fazer elogios fúnebres, notariar atas, etc." (FONSECA-SILVA, 2007, p. 19).

A partir de um deslocamento teórico desse conceito de *lugar de memória*, Fonseca-Silva (2007) diz ser possível afirmar, do ponto de vista da Análise de Discurso, que toda e qualquer materialidade simbólica funciona como um lugar de memória discursiva.

Fonseca-Silva (2007) mobiliza, ainda, para cunhar a noção de *lugar de memória discursiva*, o conceito de *domínios de memória*, de Foucault (1969). Segundo a autora, para Foucault (1969), domínio associado ou domínio de memória seria uma das características do enunciado[13] e consistiria em tudo o que se diz ou se disse e se dirá a respeito de um objeto.

Nesse sentido, o enunciado pode se relacionar com o passado, bem como apresentar um possível futuro, isto é, "pertence a um domínio de memória constituído pelo conjunto de formulações, no interior das quais o enunciado se inscreve e com as quais poderá se apagar ou ser valorizado, conservado, cristalizado e oferecido como objeto a discursos futuros" (FONSECA-SILVA, 2007, p 21).

[13] Segundo Fonseca-Silva (2007, p.20), para Foucault (1969) enunciado "é a unidade elementar do discurso e uma função de existência". O enunciado, de acordo com o autor, pertence a um domínio de memória.

Estão relacionados ao *domínio de memória* os conceitos de *formação discursiva* e de *arquivo*, também definidos por Foucault (1969): quando em um domínio de memória, entre um conjunto de enunciados é possível reconhecer uma regularidade, tem-se uma formação discursiva. Já o arquivo, segundo Fonseca-Silva (2007, p.21), seria para Foucault "a lei do que pode ser dito" que:

> o conjunto efetivo de discursos, que, por sua vez, implica o conjunto de acontecimentos ocorridos e que estão em suspenso nos limbos ou no purgatório da história, e o conjunto que continua a funcionar, a se transformar através da história, possibilitando o rompimento de outros discursos [...]. É, pois, no arquivo que encontramos o domínio de memória dos enunciados. (FONSECA-SILVA, 2007, p. 22)

Courtine (1981), por sua vez, a partir de um deslocamento do conceito foucaultiano de *domínio de memória*, cunha o conceito de *memória discursiva*, do qual, como já foi dito, Fonseca-Silva também parte para definir a noção de *lugar de memória discursiva*. De acordo com Fonseca-Silva (2007, p. 23):

> A noção de memória discursiva, no sentido do autor, diz respeito à existência histórica do enunciado, ou seja, supõe o enunciado inscrito na história. Os enunciados, em cuja formação se constitui o saber próprio de uma formação discursiva, são tomados no tempo longo de uma memória, e as formulações, no tempo curto da atualidade de uma enunciação. Nessa perspectiva, a memória irrompe na atualidade do acontecimento. E o efeito de uma memória discursiva na atualidade de um acontecimento se dá na relação entre interdiscurso e intradiscurso.

Pêcheux (1999 [1983a]), retomando o pensamento courtiniano, também trata da noção de *memória discursiva* em sua obra. Em *Papel da Memória*, o autor afirma que a memória deve ser entendida não como algo individual, mas "nos sentidos entrecruzados da memória mítica, da memória social inscrita em práticas, e da memória construída do historiador" (PÊCHEUX, 1997 [1983a], p. 50). Pêcheux (1997 [1983a]) fala ainda sobre a existência de uma tensão no processo de inscrição do acontecimento no espaço da memória, o que ocorreria de duas maneiras: o acontecimento que não chega a se inscrever e o acontecimento que é absorvido na memória. Ainda segundo o autor, a memória seria:

> aquilo que, face a um texto que surge como acontecimento a ler, vem restabelecer os 'implícitos' (quer dizer, mais tecnicamente, os pré-construídos, elementos citados e relatados, discursos-transversos, etc.) de que sua própria leitura necessita: a condição do legível em relação ao próprio legível (PÊCHEUX (1997 [1983a], p. 52).

Achard (apud Pêcheux (1999 [1983a] p. 52), pontua que esses implícitos estão "nas remissões, retomadas e efeitos de paráfrase", que produzem um efeito de regularização. O acontecimento, contudo, desestabiliza essa lógica, sendo absorvido pela memória, ou provocando uma desregulação. Ao final do texto, o autor afirma que a memória não pode ser entendida como um reservatório, mas como um espaço de "divisões, de disjunções, de deslocamentos e de retomadas, de conflitos de regularização...um espaço de desdobramentos, réplicas, polêmicas e contra-discursos" (PÊCHEUX (1999 [1983a], p. 56).

Já em *O Discurso: Estrutura ou acontecimento*, Pêcheux (2008 [1983b]) afirma que o discurso seria tanto estrutura e acontecimento e que, nesse último, o acontecimento, encontraríamos o "ponto de encontro entre uma atualidade e uma memória" (PÊCHEUX 2008 [1983b], p. 17).

Para Fonseca-Silva (2007, p. 24), esses conceitos e noções (*lugares de memória, domínios de memória e memória discursiva*), embora distintos, "tratam a memória com um efeito na atualidade de um acontecimento discursivo, o que implica circulação, repetição, retorno, esquecimento, conflito/polêmicas, transformação, permanência e atualização de sentidos". Partindo desses postulados, a autora, como já foi dito acima, opera deslocamentos dos conceitos de *lugares de memória, domínios de memória e memória discursiva*, o que faz para pensar as mídias na sociedade contemporânea e toda materialidade de significação como lugares de memória discursiva.

No nosso caso, partimos do conceito de *memória discursiva* para pensar o nosso problema de pesquisa, buscando conhecer, a partir de uma atualidade (a Operação "Lava Jato"), toda uma memória formada acerca das escutas, consubstanciada no que se produziu juridicamente sobre a matéria (leis, textos da literatura jurídica especializada) e a partir dos casos que foram discutidos nos Tribunais e cujos julgados se tornaram precedentes jurisprudências e que aqui analisamos.

Do mesmo modo, partindo do pressuposto de que toda materialidade simbólica de significação funciona como um lugar de memória discursiva, consideramos os julgados aqui analisados, nosso *corpus* de pesquisa, como lugares de memória discursiva, seguindo ainda o que foi tratado no trabalho de Gonçalves e Fonseca-Silva (2012), no qual se verificou que os precedentes jurisprudenciais, assim como os anúncios publicitários, funcionam como lugares de memória discursiva.

Segundo Gonçalves e Fonseca-Silva (2012, p. 97):

> Os precedentes jurisprudenciais, tais como os anúncios publicitários, operando como lugares de memória discursiva, funcionam também como espaços de interpretação. [...] Nessa perspectiva, a *memória*, sendo um efeito na atualidade dos precedentes jurisprudenciais – ao fazer com que o sentidos neles presentes circulem, repitam-se, permaneçam, sejam esquecidos, transformados ou atualizados -, tem como implicação o fato de que esses registros, quando citados, momento em que são novamente afetados pela *memória*, provocam a emergência de certos conflitos, polêmicas, contra-discursos etc.

Nessa mesma perspectiva, analisamos nosso *corpus* de pesquisa, notadamente textos extraídos de arestos que versam sobre o emprego das "escutas" telefônicas como meios de investigação criminal e/ou de instrução processual penal, em casos de corrupção política, verificando não só os saberes mnemônicos que são evocados nestes textos e postos, de algum modo, em circulação, como também a forma como essa memória ainda está sendo construída e reconstruída, por meio das exegeses que são realizadas sobre essas materialidades, que, abertas à interpretação, funcionam como lugares de memória discursiva.

1.4 Organização dos Capítulos

Este trabalho foi organizado em quatro capítulos. O primeiro capítulo, **INTRODUÇÃO**, no qual apresentamos a problematização de nosso objeto de pesquisa, bem como as nossas questões, nossa hipótese de trabalho, objetivos e o percurso metodológico da investigação.

No segundo capítulo, **MEMÓRIA E PRODUÇÃO DE VERDADE PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO,** tratamos de formas contemporâneas de produção da verdade processual penal, em especial a da interceptação telefônica e das gravações clandestinas, buscando identificar, assim, a partir da consideração do ordenamento jurídico brasileiro e de toda uma memória que se formou a respeito das escutas, o funcionamento dessa prática jurídica de fins investigativos e instrutórios (probatórios).

No terceiro capítulo, **MEMÓRIA E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES AMBIENTAIS EM CASOS ENVOLVENDO CORRUPÇÃO POLÍTICA**, analisamos casos concretos de grande repercussão, nos quais se verificou o uso da interceptação telefônica e da gravação clandestina como meios de obtenção de indícios e provas, a fim de verificar, também a partir de uma memória discursiva formada acerca das

escutas (saberes ancorados na jurisprudência e na literatura jurídica especializada), o que se discute acerca da sua legitimidade, a sua validade/legalidade, a sua segurança e a sua eficácia.

Por fim, no quarto capítulo, retomamos, suscintamente, os resultados obtidos após as análises e discussões feitas nos capítulos anteriores, e, nas últimas páginas da dissertação, apresentamos as referências bibliográficas que fundamentaram as análises e discussões desenvolvidas no texto.

2. MEMÓRIA E PRODUÇÃO DE VERDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Com a revolução tecnológica, emergiram, na contemporaneidade, novas formas jurídicas de produção da verdade, a exemplo do que, conforme Foucault ([1974] 2003), eram as provas (os desafios), testemunho e inquérito no Período Grego Arcaico; o inquérito, ressurgido de forma reconfigurada na Baixa Idade Média, durante o século XII, após ter desparecido depois de o Império Romano ter sido invadido pelos germânicos, quando passou a vigorar um "direito" baseado no ritual da vingança privada e os litígios eram regulamentados e resolvidos por um sistema de provas (prova social, prova verbal, prova mágico/religiosa, provas corporais); e o exame, conjunto de técnicas e pratica de produção de saber existentes na sociedade disciplinar do século XIX.

Para tratarmos das novas formas jurídicas de produção de verdade, discutiremos, inicialmente, o sistema principiológico do Direito Processual Penal, tomando como base o direito processual penal brasileiro, para, em seguida, tratarmos dos procedimentos, a partir do Código de Processo Penal (doravante CPP) e algumas leis processuais esparsas, a doutrina processualista penal e a jurisprudência pátrias, aqui tomadas como *lugares de memória discursiva*, uma vez que neles há estratificação de formulações já feitas em outro lugar e esquecidas, mas que presidem suas formulações e formam o eixo vertical de constituição de seus dizeres. Os lugares de memória discursiva funcionam pelo dever de lembrar efeitos-sentidos institucionalizados. Assim, os sentidos se filiam a outros construindo redes.

2.1 Princípios do Direito Processual Penal

a) Princípio da verdade real

Um dos princípios norteadores do processo penal brasileiro é o **princípio da verdade real** que consiste em garantir que a punição seja aplicada a quem, em verdade, seja o autor do delito, conforme explica Mirabete (2005, p. 47):

> Com o **princípio da verdade real** se procura estabelecer que o *jus puniendi* somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes. Com ele se excluem os limites artificiais

> da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações etc., tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.

Como direito penal trata dos direitos indisponíveis, como a liberdade, a busca pela verdade deverá, portanto, ser minuciosa, estritamente criteriosa. Contudo, as fontes de provas não são absolutas e o resultado final é uma verdade processual, segundo observa Tourinho Filho (2007, p. 17):

> Por outro lado, quando se fala em verdade real, não se tem a presunção de se chegar à verdade verdadeira, como se costuma dizer, ou, se quiserem, à verdade na sua essência [...] mas tão somente salientar que o ordenamento confere ao juiz penal mais que ao juiz não penal, poderes para coletar dados que lhe possibilitem, numa análise histórico-critica, na medida do possível, restaurar aquele acontecimento pretérito que é o crime investigado.

Nesse mesmo sentido, observa Grinover (2013, p. 88) que a verdade material não é absoluta, mas uma verdade jurídica:

> o termo "verdade material" deve ser tomado em um duplo sentido: de um lado, a verdade subtraída da influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro, uma verdade que, não sendo "absoluta" ou "ontológica", há de ser uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço, mas uma verdade processualmente válida.

Assim, no curso processual, os fatos serão reconstruídos de modo a se chegar a uma resposta, a mais próxima possível da realidade, sobre o delito e a sua autoria, sendo que o processo penal é constituído por métodos, por um caminho procedimental de aferição da verdade, que confere ao juiz um poder de instrução (de produção de provas) mais amplo que o que lhe é conferido no âmbito do processo civil ou trabalhista, por exemplo, notadamente no que se refere à possibilidade de investigação da real ocorrência dos fatos[14].

Além do princípio da verdade real, outros princípios norteiam o Direito Processual Penal na contemporaneidade, quais sejam: persuasão racional, devido processo legal (contraditório e ampla defesa) e presunção de inocência.

[14] Grinover (2013, p. 89) afirma que "a liberdade do juiz é vista como instrumento essencial para a realização da pretensão punitiva do Estado, uma vez que o juiz penal, diversamente do juiz civil, deve ser dotado de um poder ilimitado para efeito do acertamento dos fatos, porque a descoberta da verdade, obtida de qualquer forma, é a premissa indispensável para alcançar o escopo 'defesa social'".

b) Princípio da persuasão racional ou do livre convencimento

O princípio da presunção racional foi estabelecido no artigo 157, do CPP, e consiste, segundo Tourinho Filho (2007, p.19), no fato de que o juiz não pode decidir fundamentando-se em informações ou elementos que não constem nos autos do processo.

Assim, conforme ensina o autor supracitado, embasando-se nas provas produzidas nos autos da ação penal, e fazendo a valoração das mesmas, o juiz deverá fundamentar sua decisão, expondo os motivos que o fizeram chegar a mesma.

Esse princípio garante, como dito, que os magistrados não realizem julgamentos de forma parcial, ou com fundamento em informações que tenham obtido fora do processo.

c) Princípio do devido processo legal (contraditório e ampla defesa)

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito ao devido processo legal, em seu artigo 5º, inciso LIV: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Assim o processo deve seguir as diretrizes legais que são garantidas a todos. Conforme esclarece Moraes (2004, p. 124):

> O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto âmbito material de proteção a direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa [...]".

Os direitos ao contraditório e à ampla defesa também são assegurados pela Constituição Federal de 1988, que em artigo 5º, inciso LV, dispõe que: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Tais direitos, considerados pela literatura processualista verdadeiros princípios, garantem que o acusado tome conhecimento de todas as acusações que estão sendo contra ele dirigidas, bem como que possa se manifestar sobre tudo o que for produzido pela acusação. Assim afirma Almeida *apud* Mirabete (2004, p. 46):

> [...] A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai

> ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.

É importante lembrar, e assim o fazem os processualistas, a respeito do contraditório durante o inquérito policial, de que o princípio em questão não se aplica a essa fase administrativa, visto ser a mesma de caráter meramente investigativo, não se podendo ainda falar em processo e em produção de provas, mas apenas em coleta dos elementos necessários para a propositura da ação penal e, por conseguinte, para que o processo possa vir a existir. Nesse aspecto, assevera Moraes (2004, p.125) que:

> o contraditório nos procedimentos penais não se aplica aos inquéritos policiais, pois a fase investigatória é preparatória da acusação, inexistindo, ainda, acusado, constituindo, pois, mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do titular da ação penal, o Ministério Público.

Assim sendo, não constitui uma violação de direito a ausência de contraditório nessa que é uma fase pré-processual, porquanto, no inquérito, conforme preleciona Moraes (2004), sequer se pode falar em acusado, mas apenas em indiciado (pela prática de um crime). Até mesmo porque os elementos colhidos durante a fase investigatória somente servirão para embasar a denúncia ou queixa-crime a ser oferecida pelo título da ação penal (Ministério Público ou ofendido), após o que, já estando em curso o devido processo legal (processo judicial), será garantido, agora sim, ao acusado o direito de se defender do fato criminoso que lhe está sendo imputado e, em exercício do contraditório, de participar da produção das provas e sobre elas se manifestar, de modo a influir na formação do convencimento do juiz.

d) Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência ou da não-culpabilidade decorre do devido processo legal, conforme afirma Mirabete (2004, p. 44), e se encontra previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A definição do alcance e do conteúdo normativo do referido princípio constitucional nos é dado por Tourinho Filho (2007, p. 29):

> Aí está o princípio: enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Claro que a expressão "presunção de inocência" não pode ser interpretada ao pé da letra, literalmente, do contrário os inquéritos e os processos não seriam toleráveis, posto não ser possível inquérito ou processo em relação a uma pessoa inocente.

O autor ainda defende que a prisão antes do trânsito em julgado (prisão preventiva, portanto) seria uma antecipação da pena, vez que ainda haveria a possibilidade de se reverter a condenação e, até lá, o réu é presumido inocente, motivo pelo qual uma prisão só seria possível como medida cautelar devidamente justificada – como, por exemplo, no caso de risco de fuga iminente, quando a prisão é decretada para assegurar a aplicação da lei penal (CPP, art. 312) –, sendo que, por privar, de forma antecipada, o acusado de sua liberdade, a prisão preventiva deve ser aplicada como a *ultima ratio* isto é, ser apenas "determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar" (CPP, art. 282, § 6º).

Por fim, conforme também observa Mirabete (2004, p.46), o réu não tem o dever de provar a sua inocência, isto é, o ônus da prova cabe ao acusador e, ainda, o juiz, para decidir pela condenação, deve ter convicção da culpa, devendo a dúvida conduzi-lo à absolvição. Aqui, incide o chamado princípio *in dubio pro reo* (na dúvida, interpreta-se a favor do réu).

2.2 Procedimentos

2.2.1 Inquérito

Desde a formação do Estados Nacionais e a consequente instituição do Poder Judiciário, como resultado da aplicação da teoria de Montesquieu acerca da tripartição dos poderes, cabe ao Estado (na forma de Estado-juiz) apreciar as questões judiciais, sempre em conformidade com a própria Constituição e com ordenamento jurídico do país, garantindo os direitos do acusado, notadamente os relativos à ampla defesa e ao contraditório. Para tanto, há a previsão de todo um aparato ritualístico para o exercício da persecução criminal e da ação penal, sendo o inquérito uma fase administrativa, preparatória para que a ação possa ser instaurada.

No direito processual penal contemporâneo, após o cometimento de uma infração, tem-se o início de uma investigação para se averiguar a ocorrência do fato criminoso (a ação delitiva), bem como para se descobrir quem é o seu autor, o que é feito por meio do inquérito, sendo esse procedimento da competência das autoridades policiais do local onde ocorreu o delito – aqui vemos a atuação de instituições específicas, geralmente a política civil ou a

polícia federal, que desempenham o papel da polícia judiciária[15]. Apenas depois dessa fase apurativa é que, na maioria das vezes, o Estado exerce o seu direito de punir, por meio da ação e do processo penal. Segundo Mirabete (2005, p. 78),

> Praticado um fato definido como infração penal, surge para o Estado o jus puniendi, que só pode ser concretizado através do processo. É na ação penal que deve ser deduzida em juízo a pretensão punitiva do Estado, a fim de ser aplicada a sanção penal adequada [...]. Para que se proponha a ação penal, entretanto, é necessário que o Estado disponha de um mínimo de elementos probatórios que indiquem a ocorrência de uma infração penal e de sua autoria. O meio mais comum, embora não exclusivo, para a colheita desses elementos é o inquérito policial.

Segundo Tourinho Filho (2007, p. 64), "inquérito policial é um conjunto de diligências realizadas pela Polícia Civil ou Judiciária (como denomina o CPP), visando a elucidar infrações penais e sua autoria". Trata-se, portanto, de uma pesquisa da verdade dos fatos relacionados ao crime (provas de sua existência e indícios de quem o cometeu), sendo usados, para isso, todos os meios disponíveis e autorizados pelo ordenamento jurídico pátrio.

Mirabete (2005, p. 82) afirma que o inquérito não é fundamental para que haja denúncia ou queixa, desde que se tenha informações suficientes para o oferecimento da mesma. O autor ainda destaca que o inquérito não é processo, conforme já mencionamos, mas um procedimento administrativo, investigatório, que tem como intuito reunir os elementos necessários para dar início a uma ação penal, podendo ser iniciado de ofício pela autoridade policial, por ocasião de um flagrante, sendo necessária a representação do ofendido, no caso de crimes de ação pública condicionada a representação, ou mesmo por requisição de um juiz ou de membro do ministério público, ou ainda a requerimento da vítima.

A forma do inquérito é de uma peça escrita, na qual estarão reduzidas todas as informações obtidas na investigação e o seu início se dá, geralmente, com a *notitia criminis*[16]. Ele é sigiloso, a fim de resguardar o procedimento de possíveis tentativas de obstrução. Tourinho Filho (2007, p. 68) coloca como características do inquérito "ser escrito [...], sigiloso [...], e inquisitivo, já que nele não há contraditório[17]".

---

[15] Polícia Judiciária, na lição de Mirabete (2005, p. 79), "[...] é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto a sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual".

[16] Mirabete (2005, p. 86) afirma que a "notitia criminis" (notícia do crime) é o conhecimento, espontâneo ou provocado, pela autoridade policial de um fato aparentemente criminoso.

[17] O contraditório, conforme Moraes (2004, p.125), "é a própria exteriorização da ampla defesa [...] pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor".

Assim, por ter natureza administrativa, e não processual/judicial; e, consequentemente, por não ter por objetivo estabelecer qualquer punição, o inquérito não é o momento oportuno para que o investigado venha a manifestar sua defesa, isto é, não há contraditório (possibilidade de influenciar na produção de provas ou na formação do juízo de convencimento ou convicção daquele que está na condução do procedimento), vez que não existe, nessa fase da persecução, uma acusação formal. Conforme Tourinho Filho (2007, p. 69): "se o inquérito não tem finalidade punitiva, por óbvio não admite o contraditório".

Quanto aos sujeitos que podem noticiar um crime, de modo geral[18], a legislação autoriza que qualquer pessoa possa fazê-lo, sendo apenas necessário para a instauração do inquérito, nos casos que envolvam crimes de ação pública condicionada ou crimes de ação privada, que o ofendido ofereça a sua representação ou autorização (ver próximo subtópico).

Segundo Mirabete (2005, p. 87), também é possível notícia de crime sob a forma do anonimato, destacando o processualista a necessidade de cautela, nesse caso, por parte da autoridade policial, que deverá proceder a uma investigação prévia antes de instaurar o inquérito.

Após a instauração do inquérito, serão iniciadas as diligências necessárias para a elucidação do fato criminoso. A depender da infração, a autoridade deve encaminhar-se imediatamente ao local, conforme observa Tourinho Filho (2007, p. 83):

> Quando a Autoridade Policial tomar conhecimento da prática de uma infração penal que deixa vestígios [...], como homicídio, roubo, furto qualificado etc., deverá, se possível e conveniente, dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e conservação das coisas, enquanto necessário.

O artigo 6º, do CPP, estabelece um rol de diligências iniciais que deverão ser realizadas pela autoridade policial, tão logo ela tome conhecimento da prática da infração penal, quais sejam: apreensão de objetos e instrumentos do crime, busca e apreensão, ouvida do ofendido, ouvida do indiciado, reconhecimento, acareação, exames periciais, reconstituição do crime, identificação. Também poderá[19] ser realizada, nessa fase, interceptação telefônica (com a devida autorização judicial e nos termos estabelecidos em lei).

---

[18] Poderá também o Juiz ou o Ministério Público apresentar requerimento para a instauração do inquérito. Ainda é possível que o procedimento investigativo seja aberto a partir de requerimento da parte ofendida ou de quem o represente, ou, em caso de prisão em flagrante delito, de ofício pela autoridade policial. Nos casos de ação penal pública condicionada a representação, faz-se necessário a representação do ofendido/vítima para o início do inquérito; já nos crimes de ação privada, faz-se necessário o seu requerimento.

[19] A Lei nº 9.296/1996, em seu artigo, 1º fala em interceptação telefônica para produção de provas em investigação criminal e/ou em instrução processual penal. Assim, é possível a autorização da medida durante o

2.2.2 Ação penal

O Estado é responsável por garantir a segurança pública e a ordem social. O acontecimento criminoso é algo que macula essa pretensão, momento em que surge o direito-dever de punir, que é de competência do Estado-juiz, que o exerce por meio da ação penal, na qual são garantidos os direitos do acusado, de modo a se evitar o cometimento de arbitrariedades e de injustiças, direitos esses que se configuram como uma expressão de conquistas populares frente ao aparelho repressor estatal[20]. E, fundamentalmente, a ação penal é o recurso necessário para o estabelecimento da verdade, é onde temos o ritual para se chegar à verdade processual, conquanto, já no inquérito haja a produção de provas.

Mirabete (2005, p.112) assim conceitua a ação penal:

> A ação penal é uma resultante das garantias individuais que tornam o jus puniendi um direito de coação indireta, em virtude de ninguém poder ser condenado a uma sanção penal a não ser através da sentença judiciária. É o jus puniendi, ou jus accusationis, a investidura do Estado no direito de ação, que significa a atuação correspondente ao exercício de um direito abstrato, qual seja, o direito à jurisdição.

A relação processual no direito brasileiro é composta pelos chamados "sujeitos processuais". São eles o juiz e as partes – autor e réu. Estes são chamados pela doutrina de sujeitos principais do processo[21]. Mas há, também, os sujeitos secundários que, segundo Mirabete (2005, p. 350), "são as pessoas que tem direitos perante o processo, mas podem existir ou não, sem afetar a relação processual, citando-se como exemplos o ofendido, que pode ser assistente de acusação, o fiador do réu etc.". E há os terceiros, que são colaboradores do processo, como os peritos, as testemunhas, entre outros.

---

inquérito (e até mesmo sem que a haja a instauração do mesmo, desde que exista uma investigação em curso). A própria Constituição Federal (art. 5º, inc. XII) também fala da quebra do sigilo das comunicações telefônicas para fins de "investigação criminal ou instrução processual penal".

[20] Tais conquistas, no caso dos direitos do acusado, notadamente do direito ao devido processo legal penal, consubstanciam-se nos chamados direitos humanos de primeira geração (direitos de ir contra a atuação do Estado), positivados, em nosso ordenamento, como direitos e garantias individuais, como o direito à ampla defesa e ao contraditório. Conforme aduz Aguiar (1990, p. 156): "os direitos humanos não são estáticos, não são outorgados, não são favores, são frutos que se sedimentam nas contradições das sociedades, são conquistas dos sem direitos".

[21] Conforme Mirabete (2005, p. 350).

O direito de ação é um direito subjetivo[22], que surge após a ocorrência de uma infração. Como sabemos, não é dado a ninguém o direito de realizar vingança, fazer justiça por si mesmo (com as próprias mãos), sendo, inclusive, criminalizada tal prática[23]. Assim, cabe ao Estado-juiz, de forma imparcial, conduzir o processo, proferindo, por fim, uma sentença. Conforme Mirabete (2005, p. 108):

> Abolida a autodefesa, ou seja, a resolução privada dos conflitos de interesses, cabe ao Estado a função jurisdicional de dar a cada um o que é seu, aplicando o direito objetivo à situação conflituosa. Para poder exercer a função de administrar a justiça, um dos fins do Estado, este põe à disposição de todos órgãos encarregados de promovê-la. Uma vez que o Estado proibiu aos particulares o fazer justiça com as mãos, surgiu para estes o direito de se dirigirem ao Estado para reclamar a aplicação da sanção contra aquele que, por acaso, lhes violou o direito.

A ação penal se divide em dois tipos, conforme o crime de que trata e considerado o sujeito que a promove, podendo ser pública, quando, por afetar o crime um interesse de toda a coletividade, é movida pelo Ministério Público, ou privada, quando é o próprio ofendido a movê-la, afetando o crime um interesse só seu. Nas palavras de Tourinho Filho (2007, p.116): "[..] essa é a *summa divisio* da ação penal no Direito pátrio. Há, contudo, subdivisão e, além desta, outros tipos de ação penal [...]". Ainda segundo o autor, é a própria lei que define quando uma ação é pública ou privada, "dispondo o CP que 'a ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido'" (TOURINHO FILHO, 2007, p.118).

A ação penal pública se subdivide em ação penal pública incondicionada e ação penal pública condicionada. No primeiro caso, o Ministério Público é quem, como já foi dito, promove a ação sem necessidade da participação de quem quer que seja, nem mesmo do ofendido. No segundo caso, a lei condiciona a iniciativa do Ministério Público à vontade de outrem. Conforme ensina Tourinho Filho (2007, p. 119): "em certos casos, a lei condiciona a propositura da ação pelo Ministério Público a uma manifestação de vontade do ofendido (representação) ou do Ministro da Justiça (requisição)".

Portanto, a titularidade da ação penal pública, isto é, a quem compete iniciá-la, é do Ministério Público, órgão criado pelo Estado para, entre outras coisas, representar o ofendido nessa modalidade de ação. Assim determina o Código Penal brasileiro em seu artigo 100, §1º:

---

[22] De acordo com Mirabete (2005, p. 111), o direito de ação é "subjetivo, porque o titular pode exigir do Estado-Juiz a prestação Jurisdicional".

[23] Artigo 345, do Código Penal – Exercício Arbitrário das Próprias Razões.

“a ação pública é promovida pelo Ministério público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça”.

A ação penal privada, por sua vez, ocorrerá mediante iniciativa do próprio ofendido ou de seu representante legal, que necessitará constituir um advogado para formular e apresentar ao judiciário a queixa-crime (petição inicial da ação penal privada).

2.2.2.1 As provas

Segundo Tourinho Filho (2007, p. 513), “provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se afirma, do que se alega”. Portanto, a prova é um elemento crucial para que se estabeleça a verdade e se chegue a um veredicto.

A literatura processualista diferencia fontes, meios e elementos de prova. A fonte, segundo Tourinho Filho (2007, p. 515), é “tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas comprovações sejam necessárias”. Já os meios de prova, consoante o mesmo autor, são “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo [...] (TOURINHO FILHO, 2007, p. 515)”, ou, conforme Mirabete (2005, p. 277), “as coisas ou ações utilizadas para pesquisar a verdade [...]”. Por último, os elementos de prova são, nas palavras de Tourinho Filho (2007, p. 515), “todos os fatos ou circunstâncias em que repousa a convicção do Juiz”.

Quanto aos princípios que norteiam as provas, a literatura processualista avulta o da oralidade, o da comunhão da prova e o do contraditório [24]. Segundo Tourinho Filho (2007, p.516), o primeiro princípio consiste no fato de que a produção da prova deve se dar, em regra, de forma oral. Já o princípio da comunhão da prova dispõe que, uma vez produzida, a prova poderá ser usada tanto pela acusação, quanto pela defesa, e, ainda, pelo juiz. Por fim, pelo princípio do contraditório, ao ser produzida uma prova por uma das partes do processo (pela defesa ou pela acusação ou ainda pelo assistente), à(s) parte(s) contrária(s) deve(m) ser garantido o direito de se manifestar sobre a mesma, e, caso produzida pelo magistrado, todas as partes terão o direito de dela tomar ciência e sobre ela se manifestar.

Apesar de o CPP trazer um rol de meios probatórios, este não tem caráter taxativo, isto é, não se esgota as possibilidades de produção de prova. De todo modo, qualquer que seja o

[24] São os princípios abordados por Tourinho Filho (2007, p. 516).

meio de prova empregado deve ele respeitar os direitos e as garantias fundamentais. Nessa esteira, Tourinho Filho (2007, p. 517) afirma que:

> não há, em tese, nenhuma restrição aos meios de prova, com ressalva, apenas e tão somente, daqueles que repugnam a moralidade ou atentam contra a dignidade da pessoa humana. E por que não são admissíveis? Em face de limitações impostas por princípios constitucionais e até mesmo de Direito Material.

Entre as provas que violam direitos fundamentais, tem-se a obtida por interceptação telefônica[25] sem autorização judicial, pois conspurca os direitos à intimidade e à privacidade da pessoa. Todavia, a Constituição Federal admite esse meio probatório como uma exceção, dentro de limites legais e desde que a interceptação telefônica tenha sido autorizada judicialmente. Desse modo, uma captação clandestina, feita ao arrepio da lei, não poderá ser utilizada como fundamento/elemento para a convicção do juiz.

Há, portanto, algumas restrições e ressalvas às provas que estão previstas na própria Carta Maior[26], bem como na legislação ordinária. Vale ressaltar que as provas obtidas por meio ilícito são vedadas no ordenamento pátrio (artigo 5º, inciso LVI, da CF/1988).

Conforme observa Tourinho Filho (2007, p. 519), provas ilícitas são aquelas

> conseguidas mediante a violação de normas de direito constitucional ou material, evidente que as provas até então denominadas ilegítimas, como as cartas interceptadas ou obtidas por meios criminosos, ou seja, ilegitimamente, inserem-se no rol das provas ilícitas.

Vale ressaltar ainda que também não são admitidas as provas ilícitas por derivação, ou seja, aquelas provas que foram conseguidas a partir de uma prova ilícita. Isso porque o ordenamento jurídico pátrio segue a teoria dos "frutos da árvore envenenada".

Sobre a origem da mencionada teoria, observa Tourinho Filho (2007, p. 523) que:

> [...] ao lado das provas ilícitas, temos a doutrina do *fruit of the poisonous tree*, ou simplesmente *fruit doctrine*, "fruto da árvore envenenada", adotada nos Estados Unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e nos Estados, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso *Silverthorne Lumber Co. vs United States*, 251 US 385 (1920), quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a

[25] Tourinho Filho (2007, p.517) cita esse meio, fazendo referência ao artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal.

[26] A Constituição garante o direito ao silêncio e ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, por exemplo.

> entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal.

Tourinho Filho (2007, p. 522) destaca, ainda, que a doutrina vem adotando um posicionamento no sentido de não aplicar de forma absoluta a regra da inadmissibilidade da prova obtida de forma ilícita, quando necessária para a preservação da liberdade de inocente: "na verdade, se a inadmissibilidade das provas ilícitas está no capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem, não pode repugnar à comum consciência jurídica o fato de a defesa conseguir por meio ilícito prova que demonstre a inocência do imputado".

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Gomes e Maciel (2014, p.134), para quem

> a regra da admissibilidade da prova ilícita (art. 5º, LVI) encontra uma única exceção no âmbito do processo penal: pode ser produzida e é válida, se em favor do acusado, porque agora interessa mais a proclamação da inocência (princípio da liberdade) que a preservação da intimidade ou privacidade. A doutrina nacional é amplamente favorável a esse entendimento [...].

Quanto a quem deve produzir a prova, vigora em nosso direito o princípio de que aquele que faz a alegação deverá prová-la. Entretanto, o CPP (artigo 156[27]) autoriza que o juiz designe a produção de provas necessárias ao seu convencimento. A esse respeito, afirma Grinover (2013, p. 139) que "há que distinguirmos a liberdade da valoração da liberdade de produção da prova, a qual resulta no poder inquisitivo do juiz de buscar e introduzir no processo ex officio elementos probatórios, além do material trazido pelas partes".

Por fim, o ordenamento pátrio estabelece o sistema de apreciação da prova. Os tipos de apreciação existentes "nos tempos modernos", segundo Mirabete (2005, p. 285), são o da íntima convicção do juiz, o da certeza moral do legislador e o da livre convicção. O primeiro ocorre quando a lei se omite sobre a valoração das provas, outorgando ao juiz a livre fundamentação do seu julgamento, com base na sua consciência. Este sistema é o que vigora nos julgamentos do tribunal do Júri, afirma o autor. O segundo tipo é o que a lei estabelece o valor de cada prova, estando o juiz obrigado a seguir essa ordem. E, no último sistema, o juiz formará o seu entendimento de forma livre, com base nas provas produzidas, sem que tenha

---

[27] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

de dar um peso maior a uma delas em detrimento de outra. Esse sistema é o que atualmente vigora na legislação pátria (art. 155, do CPP)[28].

2.2.2.1.1 A prova obtida por interceptação telefônica e gravações

A evolução tecnológica ocorrida no mundo contemporâneo permitiu o aparecimento de formas específicas de aferição da verdade, que são utilizadas no moderno processo penal. Dizemos que são específicas, uma vez que não poderiam ter surgido tal como são em qualquer outro período da história, pois foi necessária a revolução técnico-científica que ainda vivenciamos, notadamente no campo das comunicações, para que essas formas pudessem surgir.

Isso não quer dizer, contudo, que essas práticas de aferição da verdade não sejam – algumas delas, e em certa medida – reconfigurações de antigos procedimentos, em novas condições de possibilidade, no sentido de Foucault (1969). Esse é o caso das escutas telefônicas, que, podemos dizer, derivam das velhas práticas de escutar conversas alheias por de trás de portas, atrás de quadros falsos ou paredes falsas, em câmaras secretas, sem que os que envolvidos na conversa, ou pelo menos um deles, saibam que estão sendo "escutados".

Neste subtópico, trataremos, precisamente, da prova obtida por meio das escutas telefônicas, interceptações e gravações clandestinas, e o funcionamento de seu regime jurídico. Tais formas de aferição da verdade processual penal são largamente utilizadas, como já foi dito, na contemporaneidade, sendo que, cada vez mais, temos novos meios de comunicação sendo utilizados em investigações criminais e até mesmo para a produção probatória (processual), o que cria, muitas vezes, um "impasse" jurídico entre o direito à privacidade das pessoas e o interesse púbico de ter a segurança social preservada.

Buscando estabelecer uma solução conciliatória para esse (aparente) conflito de interesses, um particular e outro coletivo, assim determina a Constituição Federal de 1988:

> Artigo 5º. (...).
>
> XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

[28] CPP, art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Como se depreende da leitura do dispositivo acima, o legislador constituinte quis proteger o sigilo das comunicações, mas permitiu o uso da interceptação telefônica como uma exceção, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal[29]. Ao comentar o supramencionado artigo da Constituição brasileira, Streck (2013, p. 292), no mesmo sentido do que dissemos acima acerca do impasse que essa situação coloca, afirma que:

> o presente dispositivo trata de um dos maiores dilemas constitucionais verificados na atualidade no que diz respeito à tutela dos direitos e garantias fundamentais: de um lado, há a proteção ao sigilo da correspondência e das comunicações; de outro, tem-se a exceção constitucional que autoriza o Estado a invadir a esfera da privacidade e da intimidade dos cidadãos nos casos previstos pela legislação ordinária.

É importante observar que o dispositivo constitucional acima citado é uma norma de eficácia limitada, isto é, que depende de uma lei que a regularmente[30]. Ocorre que, durante anos, tal norma ficou impossibilitada de aplicação devido justamente à falta de regulamentação. A lei regulamentadora das interceptações telefônicas só foi promulgada no ano de 1996 – trata-se da Lei nº 9.296/1996.

O uso desse meio de prova, como reiteradamente já foi dito, tem aumentado a cada dia, gerando muita discussão. Em 2008, em meio a escândalos de corrupção que tiveram como principal meio de obtenção de elementos para as investigações criminais e de provas para os processos penais o uso da interceptação telefônica, foi aberta uma CPI que apurou a utilização das escutas no país, tendo a mesma constatado haver um uso exacerbado e até mesmo ilegal das escutas. De acordo o relatório da CPI, 375.643 escutas haviam sido realizadas no país, no ano de 2007, e 358.839, no ano de 2008, compreendidas nesses números tanto as autorizações judiciais de interceptação, quanto as suas renovações.

Acerca do histórico legislativo referente ao sigilo das comunicações, Arantes Filho (2013) afirma que, desde os tempos antigos, é possível averiguar a existência de proteção ao sigilo das correspondências e cita Grinover, que pontua: "no direito romano, a possibilidade de sua restrição, pela preconizada possibilidade de supressão e de divulgação de notícias

---

[29] Há um choque entre liberdade individual e interesse público, vez que uma atividade criminosa lesa toda a sociedade. Ademais, conforme Moraes (2004, p.86) "nenhuma liberdade é absoluta" e a quebra do sigilo é possível "sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.".

[30] A classificação quanto à aplicabilidade das normas constitucionais foi elaborada, como dito em nota de rodapé anterior, por José Afonso da Silva, que as divide em normas de eficácia plena, contida e limitada. Conforme atesta Moraes (2004, p. 43): "[...] normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam "aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade" [...].".

contidas em cartas ou em testamentos, por meio da *actio furti* e da *actio iniuriarum*" (GRINOVER apud ARANTES FILHO, 2013, p. 150).

Já quanto ao histórico referente à regulamentação dessa medida no ordenamento pátrio, Streck (2013, p. 292) assevera que o direito ao sigilo das correspondências é protegido desde a Constituição do Império, enquanto o das comunicações telefônicas e telegráficas passou a ser amparado apenas a partir da Constituição Republicana de 1967. É o que também expõem Gomes e Maciel (2014, p. 15):

> Na Constituição de 1946 não havia sequer referência à comunicação telefônica. Entendia-se, no entanto, que estava compreendida na garantia do art. 141, § 6º, que cuidava da inviolabilidade do sigilo de correspondência. Na Constituição de 1969 – Emenda 1 de 1967 (art. 153, § 9º) contemplava-se a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas.

Conforme mencionamos anteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou a proteção ao sigilo das comunicações telefônicas, estabelecendo a exceção para que, em último caso, com autorização judicial, e nos termos de lei específica, fosse possível, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, a realização de interceptações. Contudo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que essa norma teria sua eficácia limitada, como já expomos, o que deu ensejo a muitas discussões sobre as interceptações realizadas antes da Lei nº 9.296/1996, havendo quem argumentasse que a prova produzida por esse meio, mesmo quando havia autorização judicial – o que era feito, geralmente, com fundamento no Código Brasileiro de Telecomunicações[31] –, seria ilícita.

Isso porque o STF, ao julgar sobre a eficácia da norma constitucional, determinou que todas as interceptações, com autorização ou não, realizadas antes da promulgação da lei regulamentadora, eram ilícitas. Conforme Gomes e Maciel (2014, p. 19-20):

> Essa urgência de lei regulamentadora acentuou-se ainda mais quando o STF e o STJ passaram a considerar ilícitas todas essas interpretações com fundamento nessa norma genérica do Código Brasileiro de Telecomunicações. De acordo com o STF e o STJ, o art. 57, II, e, da Lei 4.117/1962 não foi recepcionado pela Constituição vigente, sendo necessária, assim, a elaboração de lei regulamentadora das formas, limites e hipóteses de cabimento das interceptações.

Faz-se necessário, ainda, pontuar que a interceptação telefônica é diferente da quebra de sigilo de dados telefônicos, no qual se tem acesso à lista das ligações realizadas e recebidas

[31] Segundo Gomes e Maciel (2014, p. 18).

em uma linha telefônica. O teor das comunicações não é revelado, nesse caso. Conforme aduzem Gomes e Maciel (2014, p. 51): "a quebra do 'sigilo telefônico' significa apenas o acesso à relação das ligações efetuadas e recebidas por determinada linha telefônica, sem acesso ao conteúdo da conversa".

A doutrina pátria estabelece uma diferenciação entre os variados tipos de escuta. Segundo Gomes e Maciel (2014, p. 24-25), há seis situações que se entende como interceptação[32], quais sejam: interceptação telefônica, escuta telefônica, gravação telefônica ou clandestina, interceptação ambiental, escuta ambiental e gravação ambiental. Os autores também pontuam que somente são apreciadas pela legislação pátria[33] a interceptação telefônica e a escuta telefônica. Analisaremos cada um desses casos, dos pontos de vista legislativo, doutrinário e jurisprudencial, contudo, primeiramente faremos uma exposição acerca do direito que entra em confronto com este meio probatório, o direito à intimidade.

2.2.2.1.1.1 O direito à intimidade e à privacidade

O direito à intimidade, vida privada, honra e imagem foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, que assim preceitua:

> **Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> **X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação** (negritamos)**;**

De acordo com Moraes (2004, p. 81), tal direito protege a vida privada, "salvaguardando um espaço íntimo instransponível por intromissões ilícitas externas".

De acordo com Bastos (2010) a referida norma constitucional protege o indivíduo de intromissões em sua vida privada e impede o acesso às suas informações pessoais:

> O inciso X do artigo 5º oferece guarida ao direito à reserva da intimidade assim como o da vida privada. Consiste, ainda na faculdade que tem cada

[32] Streck (2013, p. 292) assevera que não se deve confundir a hipótese de quebra do sigilo das comunicações com a quebra do sigilo de dados telefônicos, isto é, dos registros de telefonemas efetuados, sendo que esta última não está sujeita à reserva de jurisdição, podendo ser solicitada por Comissão Parlamentar de Inquérito, o que não ocorre com o sigilo telefônico.
[33] Nesse sentido, também aponta Streck (2013, p. 292).

> 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 (BASTOS, 2010, p. 305).

A doutrina faz uma distinção sobre o que vem a ser intimidade e vida privada. Em geral, diz-se que a intimidade está ligada às relações particulares das pessoas (família, amigos etc.), enquanto a vida privada teria um conceito mais amplo, no qual a intimidade se encaixaria. Vida privada, para a literatura jurídica majoritária, envolveria todas as relações humanas de um sujeito. Assim argumenta Branco (2011, p. 315):

> O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

Sampaio (2013, p. 282) oferece uma definição ainda mais restritiva do direito à intimidade, relacionando-o às informações pessoais dos indivíduos:

> O direito à intimidade está mais associado ao controle de outputs informacionais, desde a sua obtenção por outros até seu uso ulterior. Diz-se assim que o direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito. As informações que se encontram protegidas são aquelas de caráter "privado", "particular" ou "pessoal". É o mesmo que dizer, ainda que sob os riscos da tautologia, aquelas informações associadas às particulares do ser. Na caracterização da "informação pessoal" se deve ter em conta: o papel da vontade; a definição do que seja "obtenção de informação"; a compreensão do termo "uso de informação"; e a natureza ampla de informação "pessoal".

Já a vida privada, também para o referido autor, teria um sentido mais amplo, com desdobramentos concretos, consubstanciados em direitos da personalidade e liberdades, como a sexual, direito à vida familiar e à própria intimidade:

> O direito geral à vida privada desafia uma compreensão muito mais ampla, assentada na própria ideia de autonomia privada e da noção de livre desenvolvimento da personalidade, sem embargo, contida em certos desdobramentos materializantes, como a seguir veremos. Há de se ter presente que tais desdobramentos são produto de uma dada realidade social, econômica e política, percebível pelo pensamento jurídico contemporâneo e, por ele, revelado (SAMPAIO, 2013, p. 277).

Portanto, tendo em vista a relevância das relações pessoais, familiares e íntimas das pessoas, tem-se a proteção de tais direitos, não podendo as informações ou circunstâncias da vida privada das pessoas serem reveladas perante a sociedade, ou mesmo usadas como prova, salvo em situações excepcionais previstas na própria Constituição[34]. É o que entende Magalhães, citado por Moraes (2004), afirmando o autor que:

> As intromissões na vida familiar não se justificam pelo interesse de obtenção de prova, pois, da mesma forma do que sucede em relação aos segredos profissionais, deve ser igualmente reconhecida a função social de uma vivência conjugal e familiar à margem de restrições e intromissões. (MAGALHÃES *apud* MORAES, 2004, p.82).

Não obstante haja a proteção a estes direitos aqui conceituados, é sabido que nenhum direito, mesmo que fundamental, tem caráter absoluto, encontrando limitações frente às necessidades sociais e à manutenção da própria ordem constitucional. Neste sentido, afirma Branco (2011, p. 319):

> A vida em comunidade, com as suas inerentes interações entre pessoas, impede que se atribua valor radical à privacidade. É possível descobrir interesses públicos, acolhidos por normas constitucionais, que sobrelevem ao interesse do recolhimento do indivíduo. O interesse público despertado por certo acontecimento ou por determinada pessoa que vive de uma imagem cultivada perante a sociedade pode sobrepujar a pretensão de "ser deixado só".

Grinover ([1976] 2013, p.97), por seu turno, destaca, em relação à problemática que envolve a intimidade e o processo penal, o binômio *intimidade x interesse público*:

> Sabe-se que a problemática da intimidade faz parte *ab antiquo* do tema basilar do processo penal, pois é através dele que o Estado de direito impõe limites aos poderes de investigação, pública e privada, em nome da tutela do indivíduo, uma vez que estes poderes de investigação levam, quase que necessariamente, a uma intromissão na esfera privada do indivíduo.

Assim sendo, em busca do interesse público, o direito processual penal acaba por interferir na esfera privada dos indivíduos, mas deve fazê-lo com autorização legal para tanto, respeitando certos limites, para que se tenha um equilíbrio entre os direitos de toda sociedade (direito à segurança, por exemplo, e à proteção da coisa pública) e os direitos dos indivíduos, notadamente o direito à intimidade. A esse respeito, afirma Grinover (2013, p. 510):

[34] É o caso da interceptação das comunicações telefônicas, que é expressamente proibida pela Carta Maior, mas comporta exceção, conforme veremos no tópico seguinte.

> Tal limitação está fundada em uma ponderação de valores: entre o direito à prova e a proteção de certas atividades reconhecidamente úteis e necessárias a vida social, o ordenamento privilegia estas últimas, reconhecendo que a possível exposição de fatos ocorridos nessas relações colocaria em risco a própria normalidade de atuação dos envolvidos.

Desse modo, a partir de uma ponderação de valores é possível uma atuação razoável que contemple os dois princípios em busca da justiça social. E a própria lei promove essa possibilidade, como no caso das interceptações telefônicas, prevista na própria Constituição. Segundo Grinover (2013, p. 511):

> O Constituinte de 1988, certamente atento à evolução tecnológica, e da sua possível utilização no combate eficaz das formas mais graves de criminalidade, mas sem descuidar-se da proteção à intimidade, exatamente ao reiterar a proteção ao sigilo das comunicações – absoluto no texto anterior – introduziu uma ressalva para viabilizar o acesso a certas informações [...].

Essa ressalva a que se refere Grinover (2003) é precisamente a exceção feita pelo legislador constituinte em relação ao direito ao sigilo das comunicações telefônicas, que poderá ser relativizado, quando o seu "afastamento" se mostrar imprescindível à coleta de elementos em investigação criminal ou a produção de provas em instrução processual penal.

Branco (2011, p. 330), a esse respeito afirma que:

> O sigilo das comunicações é não só um corolário da garantia da livre expressão de pensamento; exprime também aspecto tradicional do direito à privacidade e à intimidade.
> A quebra da confidencialidade da comunicação significa frustrar o direito do emissor de escolher o destinatário do conteúdo da sua comunicação.

As particularidades desse meio de prova, as interceptações telefônicas, bem como das gravações clandestinas e ambientais, que são nossos objetos de estudo, são exploradas no subtópicos seguintes, nos quais abordamos, entre outros aspectos, a regulamentação legal da medida e as principais diferenças existentes entre as várias formas de escuta.

2.2.2.1.1.2 As interceptações telefônicas e gravações: regime jurídico

A interceptação telefônica é a captação de uma comunicação feita por outrem, sem que os comunicantes o saibam. Esta somente é válida como prova mediante autorização judicial, sendo regulamentada pela Lei nº 9.296/1996. Assim definem Gomes e Maciel (2014, p. 24):

> Interceptar (de intercepto + ar) significa, etimologicamente, interromper no seu curso, deter, impedir na passagem, cortar reter, empolgar. (...) Interceptar uma "comunicação telefônica" não quer dizer interrompê-la, impedi-la, detê-la ou cortá-la. Na lei a expressão tem outro sentido, qual seja, o de captar a comunicação telefônica, tomar conhecimento, ter contato com o conteúdo dessa comunicação enquanto ela está acontecendo. (...) Interceptar comunicação telefônica, assim, é ter conhecimento de uma comunicação "alheia". Ter ciência de algo que pertence a terceiro (aos comunicadores). Na interceptação existe sempre uma ingerência alheia, externa, no conteúdo da comunicação, captando-se o que está sendo comunicado.

Já a escuta *stricto sensu* (escuta telefônica) é a captação de uma comunicação telefônica efetuada por um terceiro, com o conhecimento de um dos participantes enquanto o outro a ignora. Acerca da escuta *stricto sensu*, observam os autores supracitados que:

> [...] "um" dos comunicadores sabe da interceptação, da captação, logo, a ofensa acontece apenas contra um deles. Na interceptação, em síntese, nenhum dos comunicadores tem dela conhecimento. Na escuta, um dos comunicadores tem ingerência de um terceiro na comunicação (GOMES E MACIEL, 2014, p. 25).

Existe ainda a gravação telefônica ou clandestina. A respeito desse tipo de escuta – agora, empregado o termo em seu sentido lado – pontuam Gomes e Maciel (2014, p. 25) ser "a gravação da comunicação telefônica por um dos comunicadores [...]. Normalmente é feita sem o consentimento do outro comunicador, daí falar-se em gravação clandestina".

As interceptações ambientais, por sua feita, ocorrem quando um terceiro capta uma comunicação no ambiente onde ela acontece, sem que os participantes o saibam. Já a escuta ambiental também é feita do mesmo modo, ou seja, um terceiro capta a conversa no local onde ela ocorre, contudo, com o conhecimento de um dos participantes.

Por fim, há a possibilidade da gravação ambiental ou gravação clandestina, quando um dos participantes da conversa faz ele próprio a gravação, com o uso de algum aparato oculto. A jurisprudência pátria admite a produção de prova obtida por esse meio, por entender que não há violação do direito à intimidade quando um participante da conversa consente com a

gravação, o que também ocorre no que atine à gravação telefônica clandestina, do mesmo modo admitida como prova lícita.

Nesse mesmo sentido, assevera Mirabete (2005, p. 279) que:

> não são ilícitas [...] as provas admitidas quando o interessado consente na violação de seus direitos assegurados constitucionalmente ou pela legislação ordinária, desde que sejam bens ou direitos disponíveis [...], a gravação em fita magnética de conversa entre duas pessoas, desde que gravada por um deles. Permite-se, também, a gravação por terceiro de conversa mantida em local público.

No caso da gravação realizada por terceira pessoa em locais públicos, a mesma é admitida como prova lícita, por não haver, nesses locais, expectativa de privacidade[35].

2.2.2.1.1.3 A Lei nº 9.296/1996

A Lei nº 9.296/1996 regulamenta a parte final do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. Há muitos pontos desse diploma normativo que geram grande discussão no meio jurídico, inclusive o fato de a lei não tratar de algumas situações que envolvem as escutas telefônicas e nada abordar acerca das gravações.

Acerca da expressão "interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza" constante no art. 1º, da Lei nº 9.296/1996, assevera Grinover (2013, p. 431) que "por mais amplitude que se pretenda atribuir ao conceito, permanece ele limitado à escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa diversa dos interlocutores".

Em sentido próximo, Gomes e Maciel (2014, p. 25) entendem que os objetos da referida lei são a interceptação em sentido estrito e a escuta telefônica, destacando que "apenas nessas duas hipóteses há comunicação telefônica e um terceiro interceptador".

Portanto, para esses últimos autores, além das interceptações – feitas sem o consentimento e o conhecimento dos envolvidos na conversa –, também as escutas telefônicas *stricto sensu* – captação da comunicação telefônica com o consentimento de um dos interlocutores – estariam regidas pela lei em tela.

---

[35] Nesse sentido, afirmam Gomes e Maciel (2014, p. 39) que "a gravação (ou filmagem) pode ser feita sem ordem judicial quando se trata de local público no qual não haja expectativa de privacidade. É que, nesses casos, não se pode alegar ofensa à intimidade ou privacidade".

A lei em análise determina, em seu artigo 1º, que a interceptação telefônica poderá ser realizada mediante autorização do juiz competente para julgar a ação principal, devendo correr em segredo de justiça:

> Art. 1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Para Gomes e Maciel (2014, p. 78-81), a expressão "segredo de justiça" teria, nessa lei, um tríplice significado: segredo interno, perante o investigado e seus defensores, para que haja bom andamento das diligências; o segundo significado seria que o investigado, não tendo ciência da medida, incialmente, não poderia se manifestar de plano, mas somente após a colheita da prova; por último, os autores entendem que o conteúdo das interceptações, mesmo depois de levantado o sigilo para o investigado e seus defensores, não gozaria de publicidade interna irrestrita – para qualquer advogado –, tampouco de publicidade externa – para a população em geral ou os meios de comunicação. Em relação a esse último significado atribuído pelos referidos autores à expressão "segredo de justiça", afirmam eles:

> Como se percebe, no tocante a esse meio probatório, que é muito peculiar, não vigora a publicidade externa (o povo, a imprensa etc. não podem dele tomar conhecimento), tampouco a publicidade interna irrestrita (não é qualquer advogado que pode consulta-lo, senão o constituído pelo investigado ou para ele nomeado) (GOMES E MACIEL, 2014, p. 80).

Os autores ainda argumentam que todos que tomarem ciência do conteúdo de uma interceptação passam a ter o dever de guardar segredo, considerando o teor do artigo 10, da Lei nº 9.296/1996, que estabelece que "constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei".

Nas palavras dos próprios Gomes e Maciel (2014, p. 81):

> [...] é restrita a publicidade do resultado da interceptação porque quem dele toma ciência passa a ter o dever de guardar segredo de justiça, não podendo quebrá-lo, sob pena de incidir em crime, nos termos do art. 10. Do ponto de vista de todos os interessados no sigilo, fala-se em "direito à reserva" (que consiste na obrigação de quem teve conhecimento do segredo de não revela-lo).

Em 2008, após casos em que teriam existido abusos no uso da interceptação telefônica, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 59/2008. Segundo Streck (2013, p. 295), tal resolução "além de repetir dispositivos da Lei n. 9.296, produz inovações que alçam o CNJ à categoria de legislador, o que, seguramente, coloca em xeque a relação entre os Poderes da República, produzindo invasões indevidas na esfera do legislador". Entre outras medidas, a referida resolução aborda sobre o sigilo das interceptações.

Gomes e Maciel (2014, p.81) reforçam sua tese de tríplice significado do segredo de justiça, fundamentando-se na resolução supramencionada, da qual citam os artigos[36] 16 e 17 (esse último alterado em 2016 para incluir a expressão "ou que tramitem em segredo de justiça"). Por fim, afirmam os autores:

> Ressalte-se que esta Resolução não pode servir de pretexto para impedir ou atrasar o acesso do advogado aos autos da interceptação. Está bem claro nos dispositivos acima mencionados que o segredo refere-se a terceiros estranhos ao processo, jamais ao advogado ou defensor (GOMES E MACIEL, 2014, p. 81).

Quanto à abrangência das comunicações, o artigo 1º, da Lei nº 9.296/1996, ainda determina, em seu parágrafo único, que a referida lei se aplica "à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática". Portanto, o legislador estendeu a interceptação para essas modalidades, e mesmo às que ainda irão surgir, e que sejam realizadas por sistema de informática e telemática. Acerca das comunicações em sistemas de informática, Streck (2013, p. 293) analisa que:

> [...] a lei objetivou estender a aplicação das hipóteses de interceptação de comunicações telefônicas a qualquer espécie de comunicação, ainda que realizada mediante sistemas de informática, existentes ou que venham a ser criados, como, por exemplo, a modalidade "cabo" ou wireless [...] devendo a lei ordinária ser interpretada de acordo com a Constituição, adaptando-a à criação (inexorável) de novas tecnologias de comunicação de informações e dados.

[36] Art. 16. No recebimento, movimentação e guarda de feitos e documentos sigilosos, as unidades do Poder Judiciário deverão tomar as medidas para que o acesso atenda às cautelas de segurança previstas nesta norma, sendo os servidores responsáveis pelos seus atos na forma da lei.
Parágrafo único. No caso de violação de sigilo de que trata esta Resolução, o magistrado responsável pelo deferimento da medida determinará a imediata apuração dos fatos.
Art. 17. Não será permitido ao Magistrado e ao servidor fornecer quaisquer informações, direta ou indiretamente, a terceiros ou a órgão de comunicação social, de elementos sigilosos contidos em processos ou inquéritos regulamentados por esta Resolução, ou que tramitem em segredo de Justiça, sob pena de responsabilização nos termos da legislação pertinente (Redação dada pela Resolução 217, de 16.02.16).

A telemática seria, segundo Gomes e Maciel (2014, p. 85), "comunicações que resultam do uso combinado de qualquer forma de telecomunicação com informática". Os autores ainda discorrem sobre a incidência da lei na comunicação telemática por telefone, afirmando que, quando o artigo primeiro diz "comunicações telefônicas de qualquer natureza", abrange também a comunicação telemática. Nas palavras dos autores:

> Não admitir que a "comunicação telemática" por telefone esteja sujeita à interceptação significa não só exprimir uma interpretação com enorme atraso tecnológico-cultural, que lamentavelmente é frequente, embora se reconheça que seja uma "desconfiança" fincada em razões de segurança na boa aplicação da lei, senão, sobretudo, retirar dos órgãos da persecução penal um instrumento valioso, principalmente nos dias atuais, de investigação e apuração da verdade real (GOMES E MACIEL, 2014, p. 85-86).

No que se refere à autorização da medida, faz-se necessário a existência de alguns requisitos: indícios suficientes de autoria ou participação em infração penal[37]; que não se possa fazer prova por outros meios; e que o fato investigado seja punível com reclusão[38].

Acerca desses requisitos alguns doutrinadores estabelecem críticas, como é o caso de Grinover (2013), que censura o modo como a lei expõe os requisitos autorizadores da medida, pois o faz na forma negativa, determinando quando "não será admitida a interceptação [...]", como se a medida não fosse uma exceção. Assim observa a autora:

> Se a inversão representasse apenas uma atecnia formal, o defeito não seria grave. Mas o é, na medida em que a postura equivocada do legislador o levou a considerar admissível a interceptação em todos os casos de crimes apenados, em abstrato, com pena de reclusão (inc. III) (GRINOVER, 2013, p. 435).

Nesse mesmo aspecto, Streck (2013, p. 294) também tece crítica severa ao referido dispositivo legal (art. 2º, inciso III, da Lei nº 9.296/1996), acentuando que "não é qualquer

[37] Deve existir o chamado "fumus boni iuris" ou "fumaça do bom direito", vez que se trata de medida cautelar. A esse respeito, afirma Grinover (2013, p.437) que o inc. I, do art. 2º, da Lei nº 9.296/1996, que exige a existência de "indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal", configura o *fumus boni iuris* da interceptação telefônica, "necessário em face da natureza cautelar do provimento que autoriza a medida". Ainda segundo a autora, o *periculum in mora*, outro requisito das medidas cautelares, consiste na necessidade de a conversa ser captada enquanto se desenvolve, sob pena de se perder a prova.

[38] A pena de reclusão é aplicada aos delitos mais graves, por isso pode iniciar em regime fechado, que é o mais rígido. Nesse aspecto, determina o Código Penal: "**Art. 33** - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. **§ 1º** - Considera-se: **a)** regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; [...]".

delito punido com reclusão que pode ensejar a autorização, sob pena de, assim, banalizar-se o instituto e incentivar uma panoptização da sociedade".

Por seu turno, o artigo 3º, da Lei nº 9.296/1996, determina que o juiz pode autorizar a interceptação telefônica de ofício ou a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, que deverão demonstrar a necessidade da medida. Conforme leciona Tourinho Filho (2007, p. 521-522):

> A interceptação, observadas essas restrições, poderá ser determinada pelo Juiz, de ofício ou a requerimento da Autoridade Policial, durante a fase investigatória, ou do Ministério Público, não só na primeira etapa da persecução criminal, como na da instrução. Observe-se que o Juiz ao determinar a interceptação deverá fazê-lo em decisão fundamentada, sob pena de nulidade.

Vale destacar o posicionamento de Gomes e Maciel (2014, p. 144) acerca da possibilidade trazida pela lei de o juiz autorizar a interceptação de ofício. Para esses autores, tal situação seria inconstitucional, demonstrando ser esse também o entendimento de outros doutrinadores, bem como de magistrados, além de expor que foi proposta uma ação direta de inconstitucionalidade (a ADI nº 3.450) pela Procuradoria-Geral da República, a fim de delimitar que o juiz apenas autorize a interceptação, de ofício, na fase processual penal e não o faça na fase do inquérito. Nesse aspecto, afirmam os autores:

> No nosso modo de entender, é manifesta a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 9.296/1996, na parte em que autoriza o juiz a decretar de ofício a interceptação na fase pré-processual, por violação, em especial, ao princípio da imparcialidade do juiz e ao sistema acusatório de processo (GOMES E MACIEL, 2014, p. 144).

Streck (2013, p. 295) também se posiciona nesse mesmo sentido, afirmando:

> [...] cumpre referir a infelicidade do legislador ordinário ao prever, no art. 3º da Lei n. 9.296/96, a possibilidade de o juiz determinar a "escuta telefônica" de ofício. Ora, tal previsão ofende indiscutivelmente o princípio acusatório (art. 129, I, CF) – que, por sua vez, pré-determina o funcionamento de todo o processo penal atualmente –, devendo, portanto, ser corrigida por meio de interpretação conforme a Constituição [...], até que se providencie a sua retirada da legislação ordinária.

Entretanto, o dispositivo legal criticado pelos autores continua vigorando, uma vez que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.450 ainda não foi julgada.

Quanto ao requerimento da medida, ao recebê-lo, o juiz deverá decidir no prazo de 24 (vinte e quatro) horas se permite a realização da interceptação, que, segundo a lei, terá duração de, no máximo, 15 (quinze) dias, renováveis por igual prazo. A esse respeito, segundo Gomes e Maciel (2014, p. 167):

> Por força do artigo 5º, a captação das comunicações telefônicas e telemáticas não poderá exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo em caso de comprovada necessidade. Esse prazo, como se vê, corresponde à duração máxima. Pode o juiz, portanto, autorizar a interceptação por prazo menor.

Quanto à renovação da medida, houve muita discussão sobre o número de vezes que isso poderia ocorrer. Conforme o artigo 5º, da Lei nº 9.296/96:

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

Interpretando o dispositivo legal supracitado, parte da literatura jurídica especializada[39] defende que a renovação só pode acontecer uma vez, havendo, todavia, autores que entendem que não há número limitado de renovações, podendo a medida ser repetida quantas vezes for necessário[40].

Streck (2013), ao comentar o artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal de 1988, bem como a Lei nº 9.276/1996, que o regulamenta, tece também críticas, inclusive no que diz respeito às renovações das interceptações por número ilimitado de vezes, o que, segundo o autor, sai do propósito do constituinte, que tratou a medida como uma exceção, tornando-se uma regra. Nas palavras do processualista, "tal crítica é perfeitamente aplicável à prática de sucessivas (e condenáveis) renovações na autorização de interceptação, o que acaba por fazer com que a regra – a privacidade – torne-se verdadeira exceção (STRECK, 2013, p. 294)".

Gomes e Maciel (2014, p. 168-169) posicionam-se de modo a buscar um equilíbrio em relação à possibilidade de renovação da medida, fundamentando-se em duas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ): o Habeas Corpus (HC) 76.686/PR e o Habeas Corpus 142.045/PR. No primeiro dos arestos citados (o do HC 76.686/08 PR), expõem os autores,

[39] Gomes e Maciel (2014, p. 168) citam Paulo Napoleão Quezado e Clarisier Cavalcante, bem como Altamiro Lima Filho, que adotam o posicionamento de ser possível apenas uma renovação da medida.
[40] Damasio E. de Jesus, Vicente Greco Filho, por exemplo, conforme indiciam Gomes e Maciel (2014, p. 168).

foram anulados dois anos de interceptações telefônicas prorrogadas sem devida justificativa. Segundo a decisão, da lavra do relator do processo, Ministro Nilson Naves:

> [...] 1) O legislador, neste art. 5º, utilizou expressão no singular – "renovável por igual tempo" – para demonstrar que não são possíveis sucessivas renovações. Caso quisesse autorizar sucessivas prorrogações o legislador teria utilizado a expressão no plural (...); 2) se a lei menciona um prazo de 15 dias e se o sigilo não é absoluto, surge um conflito entre normas de inspirações ideológicas distintas. E esse conflito entre tais normas deve ser resolvido em favor da liberdade, mesmo porque as normas que restringem direitos fundamentais devem ser interpretadas restritivamente; 3) Se o prazo máximo não é o de trinta dias (embora seja isso o que está previsto na lei), que sejam os sessenta dias do Estado de defesa (Constituição, art. 136, 2º). Em situações extremas, que esse prazo (além de 60 dias) seja razoável, desde que haja decisão exaustivamente fundamentada; 4) houve, no caso, violação ao princípio da razoabilidade (não é razoável uma interceptação perdurar durante dois anos) (NAVES apud GOMES E MACIEL, 2014, p.168-169).

Os autores ressaltam, contudo, que esse não é o posicionamento majoritário na jurisprudência pátria, que adota, comumente, a interpretação de que é possível renovação da medida por número indefinido de vezes.

Moraes (2004, p. 89) também segue a linha doutrinária e jurisprudencial de que é possível a renovação da interceptação telefônica por sucessivas vezes, em casos de extrema necessidade de adoção da medida: "[...] entendemos, melhor refletindo sobre o tema, que há circunstâncias onde a indispensabilidade desse meio de prova possibilitará sucessivas renovações (por exemplo: tráfico ilícito de entorpecentes)".

Quanto à condução da execução da medida, a Lei nº 9.269/1996 estabelece, em seu artigo 6º, que a autoridade policial é a quem compete conduzir os procedimentos da interceptação, sendo que deverá comunicar ao Ministério Público que, segundo a norma, poderá acompanhar a realização da interceptação.

Nesse aspecto, Gomes e Maciel (2014, p. 173) aduzem que:

> apesar de não conduzir os procedimentos de interceptação, o Ministério público deve ser sobre eles cientificado. De tudo deve ser cientificado, obrigatoriamente, sob pena de nulidade. Se depois ele irá acompanhar ou não a realização das diligências, é algo que fica a seu critério. O que a lei exige é a ciência.

Acerca da participação do Ministério Público na condução e realização das interceptações, Streck (2013) tece uma crítica à Lei nº 9.296/1996, apontando o fato de a

mesma ser omissa em relação à necessidade de um parecer prévio do *parquet* sobre a imprescindibilidade da medida. Conforme o autor:

> Ora, parece evidente que, em matéria de tamanha relevância – destaque-se que a autorização de interceptação é uma invasão na esfera da privacidade do cidadão –, a prévia participação do Ministério Público mostra-se essencial, sobretudo porque a sua missão constitucional é justamente a de ser o guardião dos direitos individuais e coletivos da sociedade (STRECK, 2013, p. 294).

No mais, sempre que possível haverá a gravação da comunicação interceptada que, depois de transcrita, deverá ser levada ao juiz, juntamente com auto circunstanciado contendo o resumo da diligência, conforme estabelecem §§ 1º e 2º, do artigo 6º, da Lei nº 9.296/1996:

> Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.
> § 1° No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.
> § 2° Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

A Lei nº 9.296/1996 ainda determina que a interceptação telefônica correrá em autos apartados, apensos aos autos do inquérito policial ou aos do processo principal, garantindo-se a preservação do sigilo dos procedimentos, das gravações e de suas transcrições, conforme a letra do artigo 8º, da referida lei.

Os procedimentos da medida poderão ser realizados com a colaboração técnica das empresas de telefonia, conforme preceitua o artigo 7º, da Lei nº 9.296/1996, que diz *in verbis*: "para os procedimentos de interceptação de que trata esta Lei, a autoridade policial poderá requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviço público".

A esse respeito, ressalta Grinover (2013, p. 441) que:

> não cabe à polícia, nem ao Ministério Público, efetuar diretamente o grampeamento dos telefones, à revelia das concessionárias dos serviços públicos. Deve o juiz, também nesse ponto, utilizar os poderes que lhe são conferidos pelo art. 5º da lei, determinando que as operações de interceptação sejam levadas a cabo pelos órgãos técnicos competentes, com acompanhamento das diligências pela polícia e pelo Ministério Púbico.

Sobre o sigilo das interceptações, pela própria natureza da medida, há o mesmo que ser assegurado, uma vez que o objetivo da interceptação seria frustrado se o suspeito tivesse

ciência de estar sendo "escutado". Desse modo, assegura a norma contida no artigo 8º, da Lei nº 9.296/1996 que "a interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas".

Quanto às informações obtidas por meio da interceptação telefônica que não forem pertinentes ao caso, as mesmas deverão ser descartadas, conforme prevê o artigo 9º, da Lei das Interceptações Telefônicas: "a gravação que não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada".

Por fim, é importante tratar acerca do encontro fortuito de pessoas ou fatos, que não são objetos da interceptação. Segundo Gomes e Maciel (2014, p. 113) esse "encontro fortuito pode ser denominado de senrendipidade: trata-se de um neologismo que significa 'algo como sair em busca de uma coisa valiosa e descobrir outra (ou outras), às vezes até mais interessante e valiosa'".

Nesses casos, segundo os autores, o encontro fortuito, seja de fatos ou pessoas, apenas poderá ser usado como prova nos casos em que for conexo com o crime que estiver sendo investigado. Caso contrário, apenas servirá como *notitia criminis*. Nesse sentido, os autores pontuam:

> [...] se o fato objeto do "encontro fortuito" é conexo ou tem relação de continência (concurso formal) com o fato investigado, é válida a interceptação telefônica como meio probatório. Essa prova deve ser valorada pelo juiz. [...]. Também, se é descoberto o envolvimento de outra pessoa no mesmo crime investigado (a continência do art. 77 do CPP), também é válido tal meio probatório. A interceptação telefônica, de outro lado, não vale como meio probatório: a) seja em relação ao encontro de fato não conexo; b) seja quanto a fatos cometidos por terceiras pessoas, sem nenhuma relação de continência com o investigado [...] (GOMES E MACIEL, 2014, p. 115-116).

Assim sendo, caso descoberto um fato delituoso sem qualquer ligação com o investigado, ou caso se encontre pessoa que tenha cometido crime não relacionado ao que está sendo objeto da investigação, a interceptação telefônica não poderá ser usada como prova em relação a essas pessoas ou crimes descobertos, apenas poderá dar ensejo a aberto de inquérito policial próprio.

A seguir, trataremos das chamadas gravações clandestinas – gravação telefônica (feita por um dos participantes da conversa, sem o conhecimento do outro) e gravação ambiental (também feita por um dos participantes da conversa, com a diferença de que, nesse caso, a

conversa se dá pessoalmente e não por telefone) –, abordando seus conceitos e disciplina no ordenamento jurídico pátrio.

2.2.2.1.1.4 As clandestinas: gravações telefônicas e gravações ambientais

Segundo a doutrina pátria, a chamada gravação clandestina – telefônica ou ambiental – é aquela efetuada, como observado anteriormente, por um dos participantes da conversa. Arantes Filho (2013, p. 189), referindo-se à gravação ambiental, assevera que "a gravação clandestina de comunicação entre pessoas presentes consiste, pois, em captação de própria conversa pessoal e direta, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s)".

Quando um terceiro efetua a gravação da comunicação entre pessoas presentes, fala-se, como já foi visto, em interceptação ambiental ou escuta ambiental, a depender do conhecimento e do consentimento de ao menos um dos participantes: na interceptação ambiental, não há esse conhecimento/consentimento, já na escuta ambiental, há.

Moraes (2004), por seu turno, define a gravação clandestina e a escuta ambiental como a mesma situação, contudo, preferimos adotar o entendimento que diferencia as duas espécies, por ser mais precisa. Assim conceitua o autor:

> [...] as gravações clandestinas são aquelas em que a captação e gravação da conversa pessoal, ambiental ou telefônica se dão no mesmo momento em que a conversa se realiza, feita por um dos interlocutores, ou por terceira pessoa com seu consentimento, sem que haja conhecimento dos demais (MORAES, 2004, p. 90).

A legislação pátria, como também já foi observado, não regulamentou as chamadas gravações clandestinas, sejam as gravações telefônicas, sejam as gravações ambientais (aquelas realizadas entre pessoas presentes). A esse respeito, observa Grinover (2013, p. 447):

> Como visto, omite a lei o tratamento das gravações clandestinas de conversas telefônicas próprias e das gravações entre pessoas presentes (ambientais). A lacuna deverá ser preenchida pela doutrina e pela jurisprudência, que poderá levar em consideração o art. 153 do CP, o qual descaracteriza o crime de divulgação de segredo na presença da justa causa e quando não se trate de correspondência confidencial.

No entanto, insta salientar que a Lei nº 9.034/1995, conhecida como Lei do Crime Organizado, prevê a captação ambiental com autorização judicial.

Parte da doutrina entende que, por inexistir lei especifica que regulamente a questão e se tratando de violação à intimidade[41] pela quebra do segredo/sigilo[42], provas obtidas por meio de gravações clandestinas não seriam válidas. Esse é o entendimento Gomes e Maciel (2014, p. 28):

> "[...] as gravações clandestinas e as interceptações e escutas ambientais, como se vê, não podem valer como prova, não porque o comunicador não possa gravar sua comunicação, mas porque não existe lei disciplinando como deve dar-se a gravação, quando é cabível, quais crimes, quais pressupostos etc.".

Moraes (2004) também se posiciona contra as gravações clandestinas, ressaltando o risco de manipulação das mesmas, com montagens e supressões de partes dos diálogos, não sendo, portando, provas confiáveis. O autor ainda adverte que:

> além dessa possibilidade de manipulação probatória, também é mister reconhecer que a gravação clandestina de conversas acaba por atentar frontalmente com diversos direitos constitucionalmente garantidos e, principalmente, contra a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (MORAES, 2004, p. 92).

Para Grinover ([1988] 2013), seria uma afronta ao direito ao segredo, protegido pelo Código Penal em seu artigo 153[43]. Conforme preleciona a renomada autora processualista penal, "a gravação clandestina de telefonemas ou conversas diretas próprias, embora estranha à disciplina das interceptações telefônicas, pode caracterizar outra modalidade de violação da intimidade: qual seja, a violação do segredo" (GRINOVER, [1988] 2013, p. 391).

Também há o entendimento firmando por teóricos da literatura jurídica especializada no sentido de que, por se tratar de conversa própria, não haveria ilicitude alguma na gravação,

---

[41] A gravação de conversa afrontaria diretamente o artigo 5º, inciso XII, isto é, o direito à intimidade e à vida privada, enquanto a interceptação telefônica iria de encontro ao artigo 5º, inciso X, que trata especificamente do sigilo das comunicações telefônicas, mas, evidentemente, também invade a intimidade.

[42] Ainda a respeito de situações que envolvem quebra do dever de sigilo/segredo, é necessário registrar que, quando se tratar de comunicação com pessoas que, em razão de sua profissão ou exercício ministerial (como é o caso do sacerdócio), tenham o dever de sigilo, não são admitidas gravações como prova, mesmo porque o Código de Processo Penal não admite sequer o depoimento desses indivíduos, conforme determina o seu artigo 207: "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho". Ademais, também o Código Penal tipifica a violação do sigilo profissional, em seu artigo 154: "revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem [...]".

[43] O Código Penal proíbe a divulgação de conteúdo particular, em seu artigo 153: "divulgar alguém, sem justa causa, conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial, de que é destinatário ou detentor, e cuja divulgação possa produzir dano a outrem [...]".

mesmo porque não há regra que a proíba. Todavia, o problema consistiria na divulgação da mesma. Nesse sentido, observa Arantes Filho (2013, p. 189) que:

> Tratando-se de gravação de conteúdo da comunicação efetuada por um dos interlocutores, a quem é endereçada a informação compartilhada pelo emitente, não se tem a captação indevida do segredo. Mas, ainda que não se vislumbre interesse do emitente da informação em manter a informação em segredo, pode haver interesse na reserva da informação compartilhada, igualmente integrante do direito à intimidade de que é titular. Por este motivo, a divulgação da informação captada em gravação clandestina pode ser ilegal.

O autor defende, ainda, referindo-se à hipótese de violação de dever de segredo que o agente deveria guardar em função de sua condição pessoal (sigilo profissional), que:

> o crime que poderia ocorrer na situação acima retratada, não seria o delito de violação de segredo (art. 153) que tem como elemento normativo – conteúdo de documento particular ou de correspondência confidencial – mas, sim, violação do sigilo profissional (art. 154), desde que a informação tenha natureza de segredo, de que se tenha ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão (ARANTES FILHO, 2013, p. 190).

Embora durante muito tempo o entendimento jurisprudencial tenha tendido à inadmissibilidade das gravações clandestinas como prova[44], atualmente entende-se que, havendo justa causa e não sendo o caso de violação de sigilo profissional, a prova obtida por meio de gravação clandestina pode ser admitida, devendo ser analisado cada caso concreto, fazendo-se o uso do princípio da proporcionalidade[45].

Esse foi o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal julgamento do Habeas Corpus 91.613/MG, que tratava de uma gravação de conversa telefônica própria, decisão citada por Gomes e Maciel (2013, p. 33):

> O presente caso versa sobre a gravação de conversa telefônica por um interlocutor sem o conhecimento de outro, isto é, a denominada "gravação telefônica" ou "gravação clandestina". Entendimento do STF no sentido da licitude da prova, desde que não haja causa legal específica de sigilo nem reserva de conversação. Repercussão geral da matéria (RE 583.397/RJ). Ordem denegada.

[44] A primeira e mais citada decisão nesse sentido foi no julgamento da Ação Penal 307, julgada pelo Supremo Tribunal Federal, da qual tratamos melhor no próximo capítulo.

[45] Tal princípio decorre da jurisprudência alemã e consiste na busca por um equilíbrio entre valores aparentemente em atrito. Segundo Grinover (2013, p. 151), "[...] os tribunais alemães têm admitido prova obtida em violação à Constituição, se tal obtenção, bem como a admissibilidade desta prova, for considerada como a única forma, possível e razoável, para proteger outros valores fundamentais, considerados mais urgentes pela avaliação da corte [...]".

No mesmo sentido, contudo, agora em relação à gravação ambiental, foi proferida decisão no julgamento do Recurso Extraordinário 583.937, julgado pelo STF em 2009, também citada por Gomes e Maciel (2014, p. 34):

> Ação Penal. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. (STF, RE 583937/RJ QO-RG, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 18.12.2009).

Portanto, na jurisprudência pátria, apesar das divergências, o entendimento majoritário é o de que a gravação clandestina e a captação ambiental podem ser efetuadas mesmo sem ordem judicial, sendo consideradas lícitas. É o que afirma Gomes e Maciel (2014, p. 31-32):

> [...] A regra de jurisprudência do STF e do STJ é a seguinte: tratando-se de interceptação telefônica (...) e de escuta telefônica, elas estão submetidas ao regime da Lei 9.296/1996 e, portanto, só pode ser feitas e utilizadas como provas se obedecerem às prescrições desse diploma legal, principalmente o requisito da ordem judicial; quanto às demais hipóteses (gravações clandestinas e interceptação e escuta ambientais), por não estarem abrangidas pela Lei 9.296/1996, podem ser realizadas sem ordem judicial e utilizadas licitamente como provas, salvo se envolverem conversa íntima (reserva de conversação) ou se houver causa legal de sigilo.

Assim sendo, também as interceptações ambientais – quando um terceiro grava conversa alheia sem o conhecimento dos participantes -, bem como a escuta ambiental – captação de conversa efetuada por um terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores – têm sido tratadas da mesma forma que as gravações clandestinas na esfera jurisprudencial, sendo admitidas como lícitas em alguns casos, mesmo não possuindo previsão legal.

Ante o exposto, tendo em vista o que verificamos neste capítulo, passaremos a analise do *corpus* de pesquisa, constituído por casos envolvendo corrupção, apreciados pelo Poder Judiciário, em que houve a utilização de interceptações telefônicas e de gravações ambientais na investigação criminal.

3. MEMÓRIA E INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E GRAVAÇÕES AMBIENTAIS EM CASOS ENVOLVENDO CORRUPÇÃO POLÍTICA

Neste capítulo, continuamos a tratar das escutas a partir de uma memória que se formou acerca das mesmas - que se formou a partir da apreciação e julgamento pelo Poder Judiciário de casos envolvendo corrupção política e nos quais foram as escutas empregadas como meios de investigação criminal e/ou instrução processual penal –, observando os contornos e limites que esse meio de produção de verdade foi ganhando no ordenamento jurídico, a fim de verificar sua eficácia e segurança e se o seu uso tem se dado como uma exceção ou se tem ele sido utilizado de forma reiterada e como a primeira opção de investigação e/ou instrução, em desrespeito à Constituição Federal que lhe conferiu natureza de excepcionalidade.

Assim, procedemos à discussão da problemática trazida como objeto de pesquisa, a partir da análise de situações concretas levadas à apreciação do Estado-juiz e nas quais as escutas foram empregadas, relatando e descrevendo, para tanto, casos de corrupção que foram julgados após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mas também considerando outros casos apreciados e julgados pelo Judiciário, que, apesar de não se relacionarem a escândalos ou esquemas de corrupção, são considerados de grande importância para a formação de um certo entendimento acerca da medida em estudo.

Funcionando como campos sempre abertos a interpretações e, consequentemente, a deslizamentos de sentido, os saberes mnemônicos, isto é, todos ditos sobre as escutas, contribuindo para a compreensão de suas definições, alcances e limites, podem ser retomados, no futuro, para a solução de outros casos que também envolvam a utilização de alguma das formas conhecidas de escuta, quando, novamente, poderão, por meio de gestos interpretativos que sobre eles serão desenvolvidos, ter seus conteúdos (re)definidos.

Na mesma medida, essa memória discursiva que é retomada nas materialidades simbólicas de significação selecionadas para compor o *corpus*, permite-nos, em respostas às questões colocadas na Introdução como problema da pesquisa, não só conhecer os contornos das escutas enquanto meios de investigação criminal e/ou instrução processual penal – e, nesse sentido, como formas de produção de verdade –, como também avaliar a sua validade, eficácia e segurança.

Como visto no tópico “Pressupostos teóricos” da Introdução e no início do Capítulo 2, a memória discursiva, conforme Pêcheux (1999 [1983a]), é tudo aquilo que, tendo sido dito

acerca de um determinado objeto, permite-nos conhecê-lo e compreendê-lo, ou mais exatamente, aquilo que, restabelecendo os implícitos de que sua leitura necessita, apresenta-se como a condição de legibilidade/inteligibilidade de um texto que surge como acontecimento a ler, implícitos esses que se dão "sob a forma de remissões, retomadas e efeitos de paráfrase" (PÊCHEUX, 1999 []1983a], p. 51), e que produzem um efeito de regulação.

Ainda sobre a memória discursiva, Pêcheux (1999 [1983a], p.56) afirma que a mesma deve ser concebida, como também já foi visto, "como um espaço móvel de divisões, de disjunções, de deslocamentos e de retomadas, de conflitos de regularização...um espaço de desdobramentos, réplicas, polêmicas e contra-discursos".

No caso do objeto estudado e discutido neste trabalho, a memória discursiva que se formou e que ainda se forma acerca da aplicação e legitimidade das escutas (interceptações telefônicas, gravações ambientais etc.) se encontra materializada, notadamente, em decisões judiciais proferidas em ações que tiveram como objeto a apreciação e julgamento de casos de corrupção investigados mediante o emprego de alguma(s) das formas de escutas e/ou cujos processos foram instruídos com provas obtidas também por meio da utilização de escutas.

Em nosso trabalho, conforme expusemos anteriormente[46], tomamos os julgados analisados como lugares de memória discursiva, seguindo os postulados de Fonseca-Silva (2007), para quem, esses lugares funcionariam mediante a produção de efeitos-sentidos e de efeito de memória em uma dada atualidade, e, nesse sentido, como espaços de interpretação: de "circulação, repetição, retorno, esquecimento, conflito/polêmicas, transformação, permanência e atualização de sentidos" (FONSECA-SILVA, 2007, p. 25).

Para a análise desse *corpus*, também consideramos o que foi observado por Gonçalves e Fonseca-Silva (2012, 101), em *Memória discursiva e a Lei da 'ficha limpa" no STF*, notadamente quando dizem:

> É justamente nesta perspectiva de um espaço simbólico de significação, que se oferece sempre ao rearranjo de seus elementos linguísticos e à reconfiguração de seus sentidos e significados, que tomamos os **precedentes** jurisprudenciais como lugares de memória discursiva (grifamos).

Assim, também as materialidades significantes aqui analisadas – os julgados, dentre os quais muitos formaram precedentes jurisprudenciais –, enquanto lugares de memória e de interpretação, funcionam também como lugares de memória discursiva, porque repetem, mantêm, atualizam ou transformam sentidos.

[46] Vide pressupostos teóricos.

No tópico seguinte, delimitamos, de maneira mais específica, os casos selecionados para a análise, ou seja, o *corpus* de pesquisa, começando, em seus subtópicos, por analisar casos de grande repercussão nacional, que envolveram escândalos de corrupção, bem como a aplicação de escutas como meios de investigação criminal e/ou instrução processual penal, dando um enfoque especial a alguns casos investigados no âmbito da Operação "Laja Jato", para, num segundo momento, tecer algumas considerações sobre a validade, eficácia e segurança das escutas enquanto formas de produção de verdade (processual).

Ressaltamos que foi a partir da observação do emprego de escutas (interceptações, escutas e gravações telefônicas e ambientais) em investigações envolvendo as várias fases da "Operação Lava Jato", considerada esta enquanto uma atualidade, enquanto acontecimento, que nos propusemos a pesquisar acerca dessa(s) memória(s) formada(s) sobre as escutas, que, por seu turno, funcionam produzindo efeitos, precisamente, em relação à atualidade observada.

Nos subtópicos deste capítulo, ainda trataremos de algumas questões legais e doutrinárias também constituintes dessa(s) memória(s) formada(s) acerca das escutas, na medida em que sejam necessárias para atingirmos os nossos objetivos de pesquisa.

3.1 Escutas e casos de corrupção

Conforme já mencionamos, segundo Gomes e Maciel (2014, p. 16), a primeira decisão da Suprema Corte brasileira acerca de uma interceptação telefônica utilizada em processo penal foi proferida no *Habeas Corpus nº* 63.834-1[47]. Nessa ocasião, afirmam os autores, a prova foi considerada ilícita por ter sido produzida por um particular.

Lembremos que, na ordem constitucional anterior à Carta Republicana de 1988, a questão era indefinida, vez que a Constituição de 1969 (resultante da profunda alteração promovida no texto da Constituição Federal de 1967 pela Emenda Constitucional nº 1/1969) conferia sigilo absoluto às comunicações telefônicas. Contudo, a literatura jurídica especializada já defendia àquela época a possibilidade de realização de interceptações telefônicas com base no art. 57, inc. II, do Código Brasileiro de Telecomunicações.

No rastro desse entendimento, foram realizadas, naquele período, algumas escutas, as quais chegaram ao Poder Judiciário, que decidia acerca de sua licitude ou ilicitude. Já sob a égide da Constituição Federal de 1988, tem-se o caso do *Habeas Corp*us nº 69.912, da

[47] Julgado em 1987

relatoria do então Ministro do STF Sepúlveda Pertence, apreciado e julgado pelo Supremo em 1993, no qual se decidiu:

> Prova ilícita: Escuta telefônica mediante autorização judicial: afirmação pela maioria da exigência de lei, até agora não editada, para que "nas hipóteses e na forma" por ela estabelecidas, possa o juiz, nos termos do art. 5º, XII, da Constituição, autorizar a interceptação de comunicação telefônica, para fins de investigação criminal; não obstante, indeferimento inicial do Habeas Corpus, pela soma dos votos, no total de seis, que, ou recusaram a tese da contaminação das provas decorrentes da escuta telefônica, indevidamente autorizada, ou entenderam ser impossível, na via processual do habeas corpus, verificar a existência de provas livres da contaminação. [...] consequente renovação do julgamento [...], no sentido de que a ilicitude da interceptação telefônica – à falta de lei que, nos termos constitucionais, venha discipliná-la e viabilizá-la – contaminou, no caso, as demais provas [...] (STF/HC nº 69.912, 1993a, p. 112).

Como se depreende da leitura do excerto, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 69.912, tal como também ocorreu em relação ao supracitado *Habeas Corpus* nº 63.834-1, a prova produzida mediante realização de interceptação telefônica foi considerada ilícita, só que, nesse caso, em razão da falta de lei regulamentadora da exceção ao sigilo das comunicações telefônicas, feita na segunda parte do inc. XII, do art. 5º, da Constituição de 1988, *in verbis*:

> é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (CF/1988, art. 5º, XII).

Assim como os diplomas legais analisados no capítulo anterior, notadamente a Lei nº 9.296/1996, esses dois julgados, que não envolveram casos de corrupção, também constituem a memória que foi (e continua sendo) formada acerca do instituo das escutas, inclusive tornando-a uma memória arquivada: armazenada, por assim dizer, em documentos.

No capítulo anterior, analisamos o histórico do regramento jurídico desses meios de produção de verdade – no nosso caso, de produção de verdade processual – que são as escutas, observando, inclusive, os pontos em que o diploma legal que regulamenta a interceptação e a escuta telefônicas (Lei nº 9.296/1996) é omisso ou que traz ambiguidades.

Nos subtópicos a seguir, passamos a analisar casos que envolvem esquemas de corrupção, e suscitaram controvérsias ou cujos julgados firmaram entendimento acerca de algum aspecto do instituto das escutas, delimitando seus contornos enquanto meio de prova. São analisados os casos que envolveram o ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social do

Governo Collor Rogério Magri e o próprio ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello, bem como casos relacionados às operações da Polícia Federal "Satiagraha", "Sundown" e "Lava Jato". Em relação a essa última, foram analisados os recentes casos do ex-Senador Delcídio Amaral, do ex-Presidente Lula e do ex-Senador e ex-Presidente da Transpetro Sérgio Machado, alusivos a escândalos de corrupção repercutidos nacionalmente.

Todos os casos analisados se passaram após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e tiveram grande repercussão. Foram selecionados a partir de uma pesquisa em *sites* de jornais e revistas, bem como em *sites* jurídicos, e mesmo a partir de menções feitas em obras da literatura jurídica especializada. Ademais, também contribuiu para a nossa seleção, o livro de Molina (2016), que, constituindo-se como um livro de memórias – dos diversos casos trabalhados pelo perito –, acaba por funcionar como uma linha do tempo dos principais escândalos de corrupção envolvendo grampos[48] no Brasil.

3.1.1 O caso do ex-Ministro do Trabalho e Previdência Social Rogério Magri

Logo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, tivemos casos de corrupção que vieram a público tendo como principal meio de prova as escutas. Nesse período, com o advento da nova ordem constitucional, já havia expressa exceção ao sigilo das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal e de instrução processual penal, com a devida autorização judicial, conforme art. 5º, inc. XII, da Constituição de 1988. Todavia, não havia sido editada ainda a lei regulamentadora desse dispositivo constitucional.

Em 1992, Rogério Magri, que era ministro do Trabalho e da Previdência Social no Governo Collor, foi acusado de corrupção passiva, sendo que a principal prova contra ele consistia em uma escuta – no caso, uma gravação ambiental: gravação de conversa entre pessoas presentes, sendo que uma delas realiza a gravação sem o conhecimento do outro interlocutor – realizada por um assessor do ministro, Volnei Ávila.

Na gravação, o então ministro fazia proposta envolvendo pagamento de propina ao seu assessor e ainda relatava vantagens pecuniárias que havia conseguido com os negócios públicos[49], o que configurou a prática do crime de corrupção passiva. A gravação chegou às

[48] Grampo é uma expressão genérica popularmente utilizada para fazer referência a uma interceptação de comunicação telefônica.

[49] O ex- ministro afirmava ter recebido US$ 30 mil por ter facilitado liberação de verba do FGTS para uma obra no Estado do Acre, o canal da Maternidade, conforme reportagem do Jornal *Folha de S. Paulo*, assinada por Xico Sá, datada de 31 de dezembro de 1998 e disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj31129810.htm>.

mãos da Polícia Federal, que iniciou investigações, estabelecendo-se um escândalo político que resultou na demissão de Magri, sendo o mesmo ainda processado, no âmbito jurídico.

Contudo, como uma gravação é algo que pode ser adulterado, sofrer montagens ou supressões, ou mesmo ser forjado, e, naquele contexto, não era comum a utilização de gravações em processos, sendo que, além disso, a qualidade do áudio não era boa, a defesa de Magri argumentou que não seria a voz do Ministro na gravação, solicitando a realização de uma perícia, que acabou por concluir em laudo pela autenticidade da gravação clandestina, que pôde, então, ser usada como meio de prova no processo[50].

O caso de Magri, que, por ser Ministro de Estado à época, tinha foro privilegiado, chegou ao Poder Judiciário em 1993, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) aceitou a denúncia oferecida pelo Ministério Público com fundamento na gravação. Ao receber a denúncia, consubstanciada no Inquérito nº 657 – DF, os ministros da Corte se manifestaram acerca da prova oriunda da gravação, contudo, nem todos os ministros apreciaram a licitude da prova.

Em análise do referido inquérito, verifica-se que, dentre os ministros do Supremo que apreciaram a licitude da prova obtida com a gravação, alguns tinha dúvidas quanto à possibilidade de emprego dessa forma de escuta como meio de produção de prova lícita, enquanto outros, de fato, compreendiam pela possibilidade desse emprego. Passamos a seguir a expor e a analisar excertos de votos de alguns desses ministros.

O relator do inquérito foi o então Ministro Carlos Velloso, que entendeu pela licitude da gravação. No início do seu voto, quando relata resumidamente os fatos, expõe que Volnei Ávila, ao sofrer uma proposta criminosa de Magri, decide denunciá-lo ao Presidente da República, mas não obtém sucesso, planejando, assim, juntamente com a então Deputada Cidinha Campos, gravar conversa com o ex-ministro. Posteriormente, o assessor foi chamado ao gabinete de Magri e levou consigo um gravador. Ao tentar convencer o interlocutor da conversa a participar de esquema de corrupção – no caso, o seu assessor, Volnei Ávila –, o ex-ministro acaba por confessar o crime que havia cometido – corrupção passiva.

Ao examinar as provas constantes dos autos, o Ministro Carlos Veloso assim se posiciona acerca da licitude da gravação clandestina:

> A alegação no sentido de que a prova é ilícita não tem procedência, dado que não ocorreu, no caso, violação do sigilo das comunicações – C.F., art. 5º, XII – nem seria possível a afirmativa de que fora ela obtida por meios ilícitos

[50] A Unicamp foi solicitada para realizar a perícia, conforme Molina (2016, p.19), que participou da realização do procedimento, afirmando que o áudio oferecia certa dificuldade, especialmente pela falta de recursos à época.

> [...]. Não há, ao que penso, ilicitude em alguém gravar conversa que mantém com outrem, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa. A alegação talvez pudesse encontrar ressonância no campo ético, não no âmbito do direito (VELOSO/STF, 1993b, p. 218).

No mesmo sentido, foi o voto do também então Ministro do STF Francisco Rezek, segundo o qual "dificilmente se encontraria da ordem jurídica reinante algo que nos autorizasse a ver como ilícita essa gravação de uma conversa a dois, por um dos interlocutores". O ministro ainda ressalta que é a presença de um terceiro, como em uma interceptação, que pode caracterizar a ilicitude da prova, o que não era o caso.

Já o Ministro Ilmar Galvão, apesar de votar pelo recebimento da denúncia, argumentou que se tratava a gravação de uma confissão, mas de uma confissão retratada, vez que Magri a negou posteriormente. Conforme o ministro, "toda a prova citada na denúncia [...] se resume a uma confissão essa [...] que foi retratada, foi negada". O ministro ainda afirma existir uma jurisprudência uniforme a respeito da confissão, segundo a qual, esse tipo de prova, por si só, não é suficiente para uma condenação. No entanto, como se tratava apenas de votar pela admissibilidade ou da ação, o Ministro Ilmar Galvão votou acompanhando o relator, o Ministro Carlos Veloso.

Podemos observar, considerando o voto do Ministro Ilmar Galvão, o restabelecimento de uma memória que é posta em circulação em meio à análise que o referido ministro faz da licitude da gravação clandestina enquanto meio de produção de prova: uma memória constituída acerca do instituto da confissão, a qual estaria arquivada em precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, apesar de o ministro não citar nenhum julgado em especial.

Como visto a partir de Gonçalves e Fonseca-Silva (2012), os precedentes jurisprudenciais funcionam como lugares de memória discursiva, o que permitiria ao Ministro Ilmar Galvão não só retomar uma certa memória jurídica formada acerca dessa que é uma espécie de prova, a confissão, como também, mediante gestos de interpretação, produzir deslizamentos de sentido na superfície discursiva de algum precedente em que essa memória estivesse arquivada, e, com isso, também promover deslocamentos nessa mesma memória.

Acerca da confissão, por muito tempo esta foi considerada, no meio jurídico, como a "rainha das provas", sendo perseguida e considerada irrefutável, conforme afirma Tourinho Filho (2007, p.547):

> Houve tempo em que a confissão era considerada a rainha das provas, porque ninguém melhor do que o acusado pode saber se é ou não culpado.

> Tão importante era ela, que se torturava o pretenso culpado para arrancar-lhe o reconhecimento de sua culpabilidade. E, muitas vezes, a tortura era pior que a pena cominada à infração, o que levava o indivíduo, mesmo inocente, a confessar sua pretensa culpa.

Em razão dos abusos cometidos para a consecução da confissão e por outras razões que podem levar um inocente a se declarar culpado, o entendimento acerca do valor absoluto da confissão foi modificado, podendo, inclusive, ser retratada e devendo sempre ser considerada em conjunto com as demais provas, segundo o que determina o próprio Código de Processo Penal em seu artigo 197: "O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância".

No voto do ainda Ministro do STF Marco Aurélio, o mesmo ressaltou ser aquela a primeira vez que a Suprema Corte foi instada a se pronunciar acerca do alcance da garantia constitucional da proibição de utilização de prova obtida por meios ilícitos. O entendimento do ministro foi no sentido de que a gravação clandestina não podia ser admitida, porque era ilícita, mas acabou por aceitar a denúncia, após pedir e ter vistas dos autos, por compreender que havia outras provas que sustentavam o recebimento da denúncia.

A ação, contudo, não foi julgada pela Suprema Corte. Próximo ao julgamento, em 1997[51], o STF paralisou[52] o processo em razão de uma discussão relativa ao Enunciado nº 394[53] de sua Súmula, que previa a prevalência de sua competência para o julgamento de ex-Ministros de Estado – e de todos aqueles com prerrogativa de função[54] –, quando o crime tivesse sido praticado durante o exercício funcional, mesmo que o inquérito ou a ação penal tivessem sidos iniciados posteriormente. A referida súmula acabou cancelada, ficando

---

[51] Vide: **STF julga Magri em agosto por crime de corrupção passiva de 91.** Silvana de Freitas. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/6/15/brasil/11.html>.

[52] **STF paralisa processo contra Magri**. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj31129810.htm>.

[53] Enunciado 394, da Súmula do STF: "cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício". Esse enunciado de súmula foi cancelado, conforme consta em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588>.

[54] CF/1988:

"Art. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

[...]".

decidido que o processo deveria voltar para a primeira instância e ser julgado pela Justiça Federal[55].

Nesse aspecto da apreciação do caso de Magri no STF, verificamos que um outro espaço de memória do Supremo não só foi evocado durante a tramitação do feito na corte – no caso, sua jurisprudência consolidada, sumulada, mas especificamente o Enunciado nº 394 –, como também serviu ele, a partir de deslocamentos que foram produzidos em seu conteúdo, mediante cancelamento da referida Súmula nº 394, tendo o Supremo firmado um novo posicionamento sobre a matéria em decisões que se tornaram precedentes (*v.g.* a Ação Penal nº 315-4 DF, da relatoria do Ministro Moreira Alves, julgada em 25.08.1999[56]), para afastar da competência do STF o julgamento da ação penal que nele tramitava contra Rogério Magri.

Magri foi condenado, em 2000, pela Justiça Federal (Seção Judiciária do Distrito Federal, a 2 (dois) anos de reclusão, por corrupção passiva. O Ministério Público o denunciou fundamentando-se na gravação clandestina feita por seu assessor Volnei Ávila, a qual, além de ter sido comprovada autêntica, foi considerada como uma prova lícita.

Magri recorreu da decisão condenatória, requerendo a nulidade da sentença por, entre outros motivos, fundamentar-se na gravação ambiental, que ele afirmava ser ilícita. Em 2004, no julgamento da apelação, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu pelo não provimento do apelo. Assim consta na ementa da decisão[57]:

> PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. ART. 317 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. PROVA DA BILATERALIDADE. DESNECESSIDADE. CRIME AUTÔNOMO. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO, POR NÃO HAVER APRECIADO AS TESES DA DEFESA E POR BASEAR-SE EM GRAVAÇÃO CLANDESTINA. PENA-BASE. FIXAÇÃO CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (QUEIROZ/TRF-1, 2004, p.22).

O relator do recurso, o Desembargador Federal Hilton Queiroz, ao proferir voto, entendeu que não haveria:

> que se falar em ilicitude da prova que se consubstancia na gravação da conversa, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro.

---

[55] Informações disponíveis no site do STF: **Ex-ministro pede foro privilegiado ao STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64678>.
[56] Decisão disponível em:< http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1121>.
[57] Decisão disponível em: < http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2250791/apelacao-criminal-acr-33541-df-20000100033541-1>

> O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nessa esteira, têm entendido que não há qualquer violação constitucional ao direito de privacidade quando a gravação da conversa for feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, quando há investida criminosa deste último, conforme jurisprudência, "in verbis"[...] (QUEIROZ/TRF-1, 2004, p.8).

Naquele ano, já havia entendimento da Suprema Corte firmado em vários julgados no sentido de se admitir a prova obtida por meio de gravação clandestina, quando o interlocutor que efetua a gravação o faz para se defender de investida criminosa, sendo que o relator da apelação de Magri citou quatro julgados nessa direção, evocando, assim, uma memória que atesta a licitude desse meio probatório: *Habeas Corpus* nº 75338 / RJ; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 12266; Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 9735; e o *Habeas Corpus* nº 14336. Com esse gesto de interpretação que consiste em citar precedentes do Supremo Tribunal Federal para ratificar a sua decisão, o julgador acaba também por atualizar o entendimento jurisprudencial expresso nas decisões citadas, que, nesse caso, funcionam como lugares de memória discursiva.

Transcrevemos abaixo a ementa do primeiro julgado ao qual se reporta o relator da apelação de Magri, o HC nº 75338 / RJ:

> EMENTA: **HABEAS CORPUS**. PROVA. LICITUDE. GRAVAÇÃO DE TELEFONEMA POR INTERLOCUTOR. É LÍCITA A GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFÔNICA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES, OU COM SUA AUTORIZAÇÃO, SEM CIÊNCIA DO OUTRO, QUANDO HÁ INVESTIDA CRIMINOSA DESTE ÚLTIMO. É INCONSISTENTE E FERE O SENSO COMUM FALAR-SE EM VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE QUANDO INTERLOCUTOR GRAVA DIÁLOGO COM SEQÜESTRADORES, ESTELIONATÁRIOS OU QUALQUER TIPO DE CHANTAGISTA. ORDEM INDEFERIDA (HC 75338/RJ/STF, 1998, p. 69).

Consubstanciado nesse entendimento, o fato é que a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região manteve a condenação de Magri, inclusive com aumento de pena, que de 2 (dois) anos de reclusão passou para 4 (quatro), eis que o Ministério Público também recorreu da decisão da Justiça Federal do Distrito Federal, tendo Magri sido condenado ainda à uma pena pecuniária fixada num total de 60 (sessenta) dias multa. Ao final, a pena privativa de liberdade foi convertida em 2 (duas) penas restritivas de direito.

Em 2005, o ex-Ministro de Estado ingressou com a Reclamação nº 3302 no Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria coube ao então Ministro Cesar Peluso, requerendo que fosse

reconhecido seu foro privilegiado para fins de suspender o processo que respondia junto ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, voltando a ação penal a tramitar no Supremo.

É que, posteriormente ao julgamento de sua apelação pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foi editada a Lei nº 10.628/2002, que estendeu a prerrogativa de função para as autoridades que respondessem a inquérito ou ação penal iniciado após o término do exercício da função, o que, antes, estava previsto no Enunciado nº 394, da Súmula do STF, cujo cancelamento motivou a remessa do processo de Magri para a Seção Judiciária do DF.

A constitucionalidade da referida lei estava sendo questionada no Supremo nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.797, e a defesa de Magri pedia, na Reclamação, que, até que o julgamento dessa ADI fosse concluído, permanecesse a Lei nº 10.628/2002 em vigor, garantindo-se assim o foro privilegiado por prerrogativa de função, que, no caso, também deveria ser aplicado com força no art. 84, § 1º, do Código de Processo Penal, eis que Magri havia sido denunciado e condenado por crime funcional.

Em 2007, a Reclamação nº 3302 foi julgada improcedente pelo Supremo e Magri interpôs agravo regimental, o qual foi decidido em 2014, sendo-lhe negado seguimento. O ex-Ministro, em 2008, também impetrou *Habeas Corpus* ao Superior Tribunal de Justiça (o HC nº 115.521), o qual foi julgado e denegado. Nessa ocasião, seu requerimento já não trazia a questão da ilicitude da gravação ambiental como meio de produção de prova, apenas questões relativas à competência para o seu julgamento.

O julgamento do caso de Magri se constitui como uma importante peça na formação de uma memória discursiva acerca das escutas enquanto meios de produção de verdade processual penal, principalmente no que tange à definição dos contornos (limites e requisitos) da gravação ambiental clandestina.

Ao analisar o caso, podemos verificar que, quando o julgamento do mesmo se iniciou, ainda no STF, havia certas dúvidas e divergências acerca da possibilidade de se utilizar provas obtidas mediante gravações ambientais. Já quando foram julgados os recursos de apelação de Magri e do Ministério Público pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, um entendimento mais sólido em relação à licitude deste meio de prova já se tinha configurado, inclusive na jurisprudência do STF, embora não houvesse – e atualmente ainda não há – uma legislação que estabeleça os procedimentos necessários para se efetuar uma gravação ambiental[58].

[58] A Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei do Crime Organizado, admite, como já dito, a "captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos", sem, no entanto, trazer qualquer regramento procedimental para a realização desse meio probatório, cuja autorização legal fica também restrita aos casos aos quais se aplica a lei em questão .

3.1.2 O Caso do ex-Presidente da República Fernando Collor de Mello

Em 1992, o então Presidente da República Fernando Collor de Mello esteve envolvido em um escândalo de corrupção e tráfico de influência, o que acarretou, no plano político, o seu *impeachment*. Na esfera jurídica, Collor foi julgado pela Suprema Corte, juntamente com outros envolvidos no esquema de corrupção, mas foi absolvido.

Na ação penal que tramitou junto ao Supremo (Ação Penal nº 307), entre as provas que foram apresentadas contra o ex-Presidente, estavam gravações clandestinas de telefonemas, que tinham como interlocutores, de um lado, Paulo César Farias e o ex-Ministro Bernardo Cabral e, do outro, o Sr. Sebastião Curió, que realizou as gravações, sem o conhecimento dos outros envolvidos nas conversas. Os diálogos incriminavam Fernando Collor, bem como o empresário Paulo César Farias, que havia sido chefe de sua campanha.

Além disso, no bojo do processo, também foram apresentadas e apreciadas provas obtidas a partir da memória de um computador de uma empresa do grupo de Paulo César Farias, o PC Farias, que teria sido apreendido de forma ilegal.

Segundo consta dos autos processuais, o próprio Sebastião Curió teria entregue à Polícia Federal as gravações realizadas por iniciativa dele. As conversas foram degravadas, mediante transcrição de alguns trechos na denúncia oferecida, com o intuito de que fossem usadas como provas tanto contra Paulo César Farias, quanto contra Fernando Collor de Mello, conforme narra o relator da ação penal, o Ministro Ilmar Galvão, em seu voto.

A defesa de Paulo César Farias requereu o reconhecimento da inadmissibilidade da gravação clandestina da comunicação telefônica, por ilicitude do meio de produção da prova.

O relator Ministro Ilmar Galvão argumentou que o sigilo das comunicações telefônicas era protegido expressamente na Constituição Federal, mas comportava exceção, nos termos de seu artigo 5º, inciso XII. Contudo, afirmou também o Ministro que não havia, naquele momento, lei que regulamentasse a referida norma constitucional, não valendo, para tanto, o Código Brasileiro de Telecomunicações, o que inviabilizava a utilização das provas obtidas com as gravações telefônicas clandestinas realizadas por Sebastião Curió.

Após citar a literatura jurídica especializada, o ministro relator ainda mencionou em seu voto a existência de julgados pretéritos da Suprema Corte, a exemplo do RE nº 85.439, que travam do assunto, embora na área cível:

> No âmbito da jurisprudência, o critério da clandestinidade, pressupondo a falta de consentimento e assentimento, foi essencial para que, no RE nº

> 85.439, Relator Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ 84/609), a Corte tivesse por inadmissível, como prova produzida em processo civil, a gravação, efetuada pelo marido, de uma conversa telefônica mantida pela esposa com terceiro (GALVÃO/STF, 1994, p. 2174).

Por fim, o ministro relator ainda destacou uma decisão da Suprema Corte, proferida em sede de processo de natureza penal – a primeira sobre a matéria e que aqui já mencionamos –, o HC nº 63.834. Nas palavras do Ministro Ilmar Galvão:

> Esses precedentes na área cível (referindo-se, entre outros, ao RE 85.439) projetaram-se no campo penal, quando a Corte, no julgamento do RHC nº 63.834, Relator para o acórdão Ministro Célio Borja (RTJ 122/47), reafirmou a ilicitude da prova consistente em gravação magnética obtida clandestinamente, envolvendo fatos relacionados a fraudes praticadas contra o patrimônio do extinto INAMPS. O *habeas corpus* foi concedido para afastar a prova ilícita e, diante da falta de outros elementos, trancar o inquérito, tendo sido ressaltado, como fundamento autônomo, que a existência de tal gravação ainda violava o princípio do contraditório, cerceando a defesa da parte contra a qual foi produzida (GALVÃO/STF, 1995, p. 2177).

Nesse aspecto, o ministro relator argumentou ainda não haver motivos para não seguir esses precedentes da Corte também no caso da ação penal que estava sob julgamento, entendendo que a prova obtida por gravação clandestina de comunicação telefônica era ilícita, pelo fato de ferir o sigilo das comunicações telefônicas, ante a circunstância de não haver lei regulamentadora da matéria (do art. 5º, inc. XII, da CF/1988) e ante a ausência de autorização judicial para as gravações fossem realizadas, tal como exige a Constituição Federal, autorização essa que, mesmo que tivesse sido requerida, não poderia ser deferida, precisamente em razão da ausência de lei regulamentadora.

Assim, o ministro relator votou pela inadmissibilidade das provas obtidas por meio das gravações telefônicas clandestinas realizadas por Sebastião Curió, observando a norma constitucional que proíbe a utilização em processos de provas obtidas por meios ilícitos (CF/1988, art. 5º, inc. LVI).

Assim como verificamos ter ocorrido em relação às exegeses que desenvolveu como relator da ação penal que se iniciou no Supremo contra Antônio Rogério Magri, o Ministro Ilmar Galvão também construiu suas análises, agora como relator da ação penal que teve como réus PC Farias e Collor, a partir de gestos de interpretação que consistiram em citar arestos paradigmáticos proferidos pelo STF, os quais seriam precedentes jurisprudenciais aplicáveis à matéria jurídica em discussão, qual seja, a licitude ou ilicitude das provas obtidas mediante gravações clandestinas telefônicas.

Também nesse caso, os precedentes citados da jurisprudência do Supremo pelo ministro funcionaram como lugares de memória discursiva, na medida em que os saberes mnemônicos evocados/retomados, para confirmar o entendimento que estava sendo defendido pelo ministro relator como aquele que representaria a melhor solução para a matéria que estava sendo discutida – no caso, o entendimento pela inadmissibilidade da prova, porque ilícita –, tiveram que ser (re)interpretados e, de certo modo, (res)significados, para que os sentidos neles presentes se amoldassem à situação dos autos, já que um deles, o RE nº 85.439, referia-se a processo de natureza civil, enquanto o outro, o RHC nº 63.834, relacionava-se à quadro fático não perfeitamente idêntico ao versado na ação penal que estava sob julgamento.

Esse funcionamento dos precedentes jurisprudenciais, que, enquanto lugares de memória discursiva, são também lugares de interpretação e de (res)significação de sentidos, foi observado por Gonçalves e Fonseca-Silva (2012, p. 102):

> Esse processo de significação e ressignificação dos precedentes levado a efeito pelos operadores do direito [...] mostra que, tal como afirmado por Fonseca-Silva (2007), os lugares de memória discursiva são, outrossim, lugares/espaços de interpretação, onde, pelo gesto de construção/reconstrução da memória discursiva, sentidos são repetidos, contraditados, esquecidos, mantidos, transformados etc.

No caso ora analisado, os gestos interpretativos do ministro relator não só tiveram como efeito a repetição ou manutenção dos sentidos presentes nos precedentes jurisprudenciais citados para fundamentar a sua decisão, como também produziram eles um aprofundamento, uma transformação na jurisprudência retomada e, consequentemente, um alargamento da memória então restabelecida, a qual teve seus contornos assim redefinidos, passando até também a abordar/abarcar situação que diz respeito especificamente à (i)licitude de prova obtida por meio de gravação clandestina telefônica.

Por sua vez, o Ministro Moreira Alves – revisor do processo – ressaltou, em seu voto, o fato de a situação versada nos autos não se tratar de interceptações telefônicas, vez que não houve a interferência de um terceiro para captação da comunicação, mas, sim, de gravações clandestinas. Argumentou, ainda, nesse aspecto, fundamentando-se na literatura jurídica especializada e usando da analogia para interpretar dispositivos do ordenamento jurídico, que a gravação não poderia ser usada como prova, vez que obtida ilicitamente, e, ainda, que a mesma só poderia ser aceita caso o Sr. Sebastião Curió a tivesse usado para sua defesa, o que não era a situação, vez que não era ele réu no processo, mas apenas uma testemunha:

> Ora, no caso, as gravações subrepiticiamente feitas por Sebastião Curió, neste processo, em que figura apenas como testemunha não podem ser usadas como provas lícitas (...), porquanto Sebastião Curió, neste processo, em que figura apenas como testemunha, não usou dessas gravações na defesa de direito seu, o que excluiria a antijuridicidade da divulgação dessas gravações clandestinas (ALVES/STF, 1995, p. 2438).

Vemos que o que está aqui em circulação é uma memória, que, da qual faz parte a jurisprudência que se formou no Supremo acerca das gravações clandestinas ambientais, e que firmou-se no sentido de que não há ilicitude na gravação de conversa feita por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, para se defender de investida criminosa deste último, não constituindo violação do direito à privacidade quando interlocutor grava diálogo com "sequestradores, estelionatários ou qualquer tido de chantagista" (HC 75338 / RJ/STF, 1998, p.69).

O Ministro Carlos Velloso, por sua vez, pronunciou voto contrário aos proferidos pelos ministros anteriormente citados, rejeitando a preliminar que requeria o reconhecimento da ilicitude da gravação clandestina, e o fez rememorando voto que ele próprio proferiu no julgamento do caso Rogério Magri, analisado no subtópico anterior:

> No voto que proferi no Inquérito nº 657, do Distrito Federal, Caso "Magri", deixei expresso que pode haver, em tal caso, violação de princípios éticos. Nenhum homem de bem gravará uma conversa que tenha tido com outrem, sem que dê conhecimento ao seu interlocutor, de que a conversa está sendo gravada. Mas a questão fica no campo ético. Não há proibição legal (VELLOSO/STF, 1994, p. 2616).

Ao trazer em seu voto atual entendimento que já havia expressado em caso pretérito, o ministro realiza um inegável exercício/esforço de memória, de modo a reafirmar a tese que defende em relação à admissibilidade ou não de provas obtidas mediante gravações clandestinas, ambientais ou telefônicas, além de retomar uma outra memória que põe como díspares ou não sobrepostos o campo da ética e o campo legal/jurídico, tendo o ministro se baseado em critérios/argumentos estritamente legais para proferir/construir o seu voto.

Já o Ministro Celso de Mello entendeu que a prova obtida por meio de gravação – laudo de degravação – era ilícita por ofender o direito à privacidade, consagrado pela Constituição Republicana, argumentando que:

> tenho para mim que a gravação de conversa 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 [...] envolve quebra evidente de privacidade, sendo,

> em consequência, nula a eficácia jurídica da prova coligida por esse meio (MELLO/STF, 1994, p. 2622).

Em sua exegese, o ministro considerou, para defender a ilicitude e, por via de consequência, a inadmissibilidade da prova produzida mediante gravação de conversa por um dos interlocutores, sem o conhecimento do(s) outro(s), norma da nova ordem jurídica constitucional, inaugurada com a promulgação da Carta de 1988 – qual seja, o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, ainda que não exista um dispositivo constitucional ou uma lei que, literalmente, proíba a gravação, sendo esse, também, o argumento/entendimento de parte da literatura jurídica especializada, conforme expomos no Capítulo 2.

Destacamos, ainda, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que defendeu não haver diferença entre uma gravação ambiental e uma gravação telefônica, afirmando que, segundo interpreta o preceito, "o objeto específico da proteção constitucional da comunicação telefônica, como de outros tipos de comunicação, é o sigilo em relação a terceiros" (PERTENCE/STF, 1994, p. 2640).

Do mesmo modo que o Ministro Carlos Veloso, num exercício/esforço de memória, o Ministro Sepúlveda Pertence também se reportou ao Inquérito nº 657, Caso "Magri", no qual não votou por ter se declarado impedido, afirmando, contudo, que se tivesse votado o teria feito seguindo o voto do Ministro Francisco Rezek, o qual recordou citando alguns excertos para manter e atualizar os sentidos da tese defendida no voto de Rezek, no sentido de não haver, na ordem jurídica vigente, qualquer dispositivo/disposição que autorize a ver como ilícita gravação de conversa a dois realizadas por um dos interlocutores, vez que apenas a presença de um terceiro, um interceptador, é que poderia conduzir à ilicitude da gravação.

O Ministro Sepúlveda Pertence construiu ainda outros argumentos em relação ao direito à intimidade e à vida privada, que não seriam violados, segundo o referido ministro, quando quem realiza a gravação é um dos envolvidos na conversa, votando no sentido de se admitir a prova obtida por meio de gravação clandestina.

No fim do julgamento, a prova obtida por meio das gravações realizadas pelo Sr. Sebastião Curió foi reputada ilícita pela maioria dos ministros do Supremo, sendo desconsiderada. Assim consta a ementa do acórdão proferido nos autos da Ação Penal 307:

> 1.1 Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica e de registros contidos na memória de micro computador, obtidos por meios ilícitos [...]; no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório, e

> utilizada com violação à privacidade alheia [...] (AP 307/STF, 1994, p. 2104).

Analisando o presente caso, observamos, portanto, a partir do julgado nele proferido[59], que a definição da licitude/ilicitude de gravação clandestina de telefonema, na falta de uma legislação que a permitisse e delineasse os procedimentos de sua realização, ficou a cargo de interpretação judicial, tendo sido a gravação considerada, neste caso, como uma afronta à proteção constitucional do sigilo das comunicações telefônicas, bem como uma violação do direito à privacidade. Por outro lado, não foi considerada, na decisão, a distinção, que hodiernamente se faz, entre interceptação telefônica (que se dá com a presença de um terceiro estranho à relação dialógica, que realiza a gravação) e a gravação clandestina de comunicação telefônica (realizada por um dos interlocutores, sem o conhecimento do outro).

Verificamos, outrossim, que a gravação ambiental já contava com precedentes que a aceitavam como meio lícito de produção de prova, como observado no caso "Magri", por ser uma comunicação entre pessoas presentes num mesmo ambiente, sem que seja exigível a observância do dever legal de guardar segredo. Já com o julgamento do caso "Collor", vemos surgir novos sentidos em relação ao que é, juridicamente, considerado lícito ou ilícito em relação às gravações clandestinas – no caso, em relação à gravação telefônica.

Até hoje, o caso "Collor" ainda é evocado como argumento por quem defende a ilicitude da gravação clandestina telefônica, como é o caso de Gomes e Maciel (2014, p.31):

> No plano da legalidade estrita, tais captações, portanto, são ilícitas. Esse posicionamento (mais correto e mais garantista), a propósito, foi adotado (originalmente) pelo C. STF que, diga-se de passagem, é o guardião da Constituição. Na AP n 307/DF, rel. Min. Ilmar Galvão, em decisão plenária, firmou-se a doutrina da inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefônica por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservância do princípio do contraditório e utilizada com violação à privacidade alheia.

Por fim, salientamos que, em 2009, a Suprema Corte julgou o Recurso Extraordinário nº 583.937, com reconhecimento da repercussão geral, tendo sido reafirmando o entendimento jurisprudencial de ser lícita a prova obtida por gravação clandestina telefônica:

---

[59] Na decisão proferida nos autos da Ação Penal 307, também se considerou como ilícitas as provas obtidas a partir da apreensão de micro computador, que foi efetuada sem observância dos preceitos legais. Conforme também consta na ementa do acórdão, essas provas foram inadmitidas "por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicílio, teve a memória nele contida sido degravada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas[...]".

> AÇÃO PENAL. Prova. Gravação ambiental. Realização por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. Validade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário provido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. É lícita a prova consistente em gravação ambiental realizada por um dos interlocutores sem conhecimento do outro. (STF/RE: 583937 RJ, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 19/11/2009, Data de Publicação: Dje-237 18-12-2009).

Como no caso "Magri", esse julgado também tratava de uma gravação ambiental. Ocorre que, na decisão, o relator do processo, o Ministro Cezar Peluso, sustentou que a gravação telefônica e a gravação ambiental seriam semelhantes em seus efeitos, tendo sido ambas consideradas lícitas: "é que este entendimento responde à mesma *ratio* da validade de gravação telefônica efetivada por um dos interlocutores, porque, nem em um caso, nem em outro, a gravação por um dos interlocutores pode ser vista como interceptação" (PELUSO/STF, 2009, p. 1745).

Peluso ainda se reportou a outro julgado do mesmo ano, do qual também foi relator, o RE nº 402.717, que tratava de prova obtida por meio de gravação de comunicação telefônica, efetuada por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro – uma gravação clandestina, portanto. Naquela ocasião, a prova foi reputada lícita e admitida no processo. Conforme citação que o Ministro Cezar Peluso faz do voto que proferiu no dito recurso extraordinário:

> [...] não há ilicitude alguma no uso de gravação de conversa telefônica feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, com a intenção de produzir prova do intercurso, sobretudo para defesa própria em procedimento criminal, se não pese, contra tal divulgação, alguma específica razão jurídica de sigilo nem de reserva, como a de que, por exemplo, decorra de relações profissionais ou ministeriais, de particular tutela da intimidade, ou doutro valor jurídico superior (PELUSO/STF/RE 402717, *apud* PELUSO/STF/RE 583937, 2009, p. 1745).

O Ministro Cezar Peluso ainda cita, nos autos do RE nº 583.937, diversas outras decisões da Suprema Corte no sentido da admissão da gravação clandestina. Nesse julgado, o único ministro que votou pela ilicitude da gravação clandestina foi Marco Aurélio (AURÉLIO/STF, 2009, p. 1756), o qual também fez referência ao caso "Magri", no qual também votou pela ilicitude da gravação. O Ministro Marco Aurélio entendeu não ser condizente com as normas constitucionais esse tipo de prova, bem como a considerou contrária à boa-fé.

Confrontando as decisões do Supremo citadas pelo relator da apelação de Magri, na Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o Desembargador Federal Hilton

Queirós, durante o julgamento da apelo, notadamente o *Habeas Corpus* nº 75338 / RJ, com os acórdãos proferidos nos autos dos RE's nº 583.937 e nº 402.717, ambos de 2009, verifica-se a produção de vários deslocamentos na memória discursiva que esses precedentes jurisprudenciais põe em circulação: inicialmente, o que se tem, na jurisprudência do Supremo, à época do julgamento da apelação Magri, é a necessidade de a gravação ambiental ter sido realizada por um dos interlocutores com o propósito de ele se defender de investida criminosa para que a prova daí obtida pudesse ser reputada como lícita.

Já a partir das decisões de 2009 (RE's nº 583.937 e nº 402.717), primeiro, verifica-se uma ruptura com esse entendimento, não se exigindo, no RE nº 583.937, que a gravação clandestina ambiental tenha sido feita pelo interlocutor com o objetivo de com ela se defender em relação a alguma circunstância que pudesse incriminá-lo ou que pudesse prejudicá-lo de algum modo; depois, uma retomada do entendimento anterior (o firmado no *Habeas Corpus* nº 75338 / RJ), voltando-se a falar, no RE nº 402.717, em intenção de produzir prova para defesa própria em procedimento criminal, para se ter como lícita a gravação clandestina realizada, o que, inobstante o caso versado no RE nº 402.717 se refira à gravação telefônica, também pode ser estendido à gravação ambiental, já que, para o ex-Ministro do STF Cezar Peluso, os dois tipos de gravação clandestina se assemelham nos seus efeitos, estando as memórias de uma (gravação ambiental) e da outra (gravação telefônica) inter-relacionadas.

Apenas em relação ao quanto decidido pelo Supremo nos autos da ação penal movida contra PC Farias e contra Collor (ação Penal nº 307), registre-se ainda que as provas obtidas com as gravações realizadas por Sebastião Curió foram reconhecidas como ilícitas, além do fato de que, alegadamente, teriam violado privacidade alheia, por ter a degravação (transcrição do teor das gravações) sido feita com inobservância do princípio do contraditório.

Como conclusão das análises feitas até aqui, o que se tem, atualmente, a partir dos entendimentos dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, é que são admissíveis as gravações clandestinas – telefônicas ou ambientais – como meio de produção probatória, havendo ainda quem argumente ser necessário para a sua aceitação que haja justo motivo para se efetuar a gravação clandestina, isto é, que o interlocutor que a realiza esteja se defendendo de uma investida criminosa ou de qualquer outra situação que possa lhe trazer um dano.

3.1.3 Operação "Satiagraha"

Em 2004, foram iniciadas as investigações da "Operação Satiagraha", que investigava esquema de corrupção e lavagem de dinheiro, envolvendo o banqueiro Daniel Dantas,

investidores e Celso Pitta (ex-Prefeito da cidade de São Paulo). Em julho de 2008, diversos envolvidos no esquema foram presos, bem como foram expedidos diversos mandados de busca e apreensão.

Após a realização das prisões, iniciaram-se rumores de irregularidades na operação, sendo impetrados pedidos de *habeas corpus* por parte dos envolvidos, tendo destaque o caso do banqueiro Daniel Dantas, que foi preso duas vezes, tendo conseguido o salvo conduto nas duas ocasiões. Acerca das supostas irregularidades na operação, aqui nos interessa, particularmente, as que se relacionavam às provas obtidas por meio das escutas – houve, nesse caso, a realização tanto de interceptações telefônicas, quanto de gravações clandestinas. Detectou-se, inclusive, a participação da Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), com todo o seu aparato, o que, mais tarde, foi discutido em relação à sua licitude.

Ao apreciar o *Habeas Corpus* nº 149.250, em 2011, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) anulou toda a "Operação Satiagraha" por considerar as provas produzidas como ilícitas, conforme se depreende da ementa da decisão:

> PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. OPERAÇÃO SATIAGRAHA. PARTICIPAÇÃO IRREGULAR, INDUVIDOSAMENTE COMPROVADA, DE DEZENAS DE FUNCIONÁRIOS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INFORMAÇÃO (ABIN) E DE EX-SERVIDOR DO SNI, EM INVESTIGAÇÃO CONDUZIDA PELA POLÍCIA FEDERAL. MANIFESTO ABUSO DE PODER. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAR-SE A ATUAÇÃO EFETIVADA COMO HIPÓTESE EXCEPCIONALÍSSIMA, CAPAZ DE PERMITIR COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ÓRGÃOS INTEGRANTES DO SISTEMA BRASILEIRO DE INTELIGÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PRECEITO LEGAL AUTORIZANDO-A. PATENTE A OCORRÊNCIA DE INTROMISSÃO ESTATAL, ABUSIVA E ILEGAL NA ESFERA DA VIDA PRIVADA, NO CASO CONCRETO. VIOLAÇÕES DA HONRA, DA IMAGEM E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INDEVIDA OBTENÇÃO DE PROVA ILÍCITA, PORQUANTO COLHIDA EM DESCONFORMIDADE COM PRECEITO LEGAL. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. AS NULIDADES VERIFICADAS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL, E DEMONSTRADAS À EXAUSTÃO, CONTAMINAM FUTURA AÇÃO PENAL. INFRINGÊNCIA A DIVERSOS DISPOSITIVOS DE LEI. CONTRARIEDADE AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA IMPARCIALIDADE E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL INQUESTIONAVELMENTE CARACTERIZADA. A AUTORIDADE DO JUIZ ESTÁ DIRETAMENTE LIGADA À SUA INDEPENDÊNCIA AO JULGAR E À IMPARCIALIDADE. UMA DECISÃO JUDICIAL NÃO PODE SER DITADA POR CRITÉRIOS SUBJETIVOS, NORTEADA PELO ABUSO DE PODER OU DISTANCIADA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ESSAS EXIGÊNCIAS DECORREM DOS PRINCÍPIOS DEMOCRÁTICOS E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO. NULIDADE DOS

> PROCEDIMENTOS QUE SE IMPÕE, ANULANDO-SE, DESDE O INÍCIO, A AÇÃO PENAL (HC 149.250/STJ, 2011, p. 1).

O STJ considerou que a participação clandestina de agentes da ABIN na realização das interceptações as teriam tornado ilícitas, pois tal ação fugiria da atribuição da agência, bem como que as interceptações realizadas estariam em desacordo com a Lei de Interceptações Telefônicas. Ademais, também houve a participação na operação de terceiro (um investigador particular) – a pedido do delegado responsável –, sem autorização judicial, o qual teve conhecimento de informações sigilosas da investigação, como o teor de transcrições de escutas. Houve, ainda, realização de gravação ambiental de situação que, mais tarde, foi reconhecida como flagrante armado – o que é ilegal, e, portanto, também inválida a gravação.

Segundo afirmou o relator do processo, o Desembargador Adilson Macabu do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, convidado para atuar no STJ:

> *Data maxima venia*, feita uma análise acurada dos autos, diga-se de passagem, dos 11 volumes que compõem o caso, é possível verificar que existe uma grande quantidade de provas aptas a confirmar, **cabalmente - a meu ver**, a participação indevida e flagrantemente ilegal da ABIN e do investigador particular contratado pelo Delegado Protógenes Queiroz (MACABU/STJ/HC 149250, 2011, p. 17).

Ainda a esse respeito, há um aspecto interessante sobre o caso, referente à um episódio que ocorreu durante as investigações. Conforme narra Molina (2016), que foi contratado para periciar[60] gravação ambiental realizada neste caso, durante a investigação procedida contra o banqueiro Daniel Dantas, houve um encontro entre um delegado da Polícia Federal, chamado Victor Hugo, um enviado de Dantas, que foi em nome dele, Humberto Braz, e Hugo Chicaroni, que intermediou o encontro. Na ocasião. Braz teria tentado subornar o delegado com a quantia de R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para livrar Daniel Dantas. Esse encontro foi gravado. Tal gravação ambiental – que, juntamente com outras provas fundamentou denúncia de corrupção passiva contra Dantas, Braz e Chicaroni - foi contestada durante o curso processual pelos réus, que alegaram ser a situação um flagrante armado, tendo sido a gravação adulterada. A mesma se deu no âmbito de uma Ação Controlada[61] da polícia federal, autorizada por juiz, tendo sido documentada em áudio e vídeo. Embora os réus

[60] O laudo pericial de Molina foi apresentado por Dantas durante depoimento à CPI dos grampos e o mesmo afirmou que o laudo foi encomendado por Braz.

[61] Ação controlada é um procedimento previsto na Lei do Crime Organizado (atualmente Lei nº 12.850/2013) na qual se retarda a intervenção policial em relação às práticas de uma organização criminosa a fim colher provas e informações substanciais sobre a mesma.

tenham tentado comprovar, inclusive por meio de laudo pericial[62] assinado por peritos particulares, a fragilidade da prova constante na gravação, com indicações de adulteração na transcrição dos áudios, o juiz federal da ação penal nº 2008.61.81.010136-1, rechaçou a tese de flagrante preparado e condenou os réus com base nas gravações e demais provas.

Segundo Molina (2016), a transcrição dos áudios, realizada pela Polícia Federal, continha inúmeras imprecisões, inclusive com falas de um interlocutor atribuídas a outro, o que o perito corrigiu em seu laudo pericial. Essa possibilidade de alteração ou mesmo de imprecisão da prova produzida mediante a realização de escutas acaba por torná-la frágil, comprometendo, de certo modo, a segurança que se exige de qualquer (meio de) prova processual.

Posteriormente, ficou comprovado[63] que o delegado federal responsável pela ação controlada, Protógenes Queiroz, havia convidado cinegrafista de emissora de televisão para fazer as imagens da tentativa de suborno (gravação ambiental) – o que por si só já maculou a prova, vez que quebrou o sigilo da diligência - enquanto o delegado Victor Hugo gravava em a conversa em áudio. Após o fato, o delegado responsável - Protógenes – pediu a um escrivão da PF que a gravação em vídeo fosse editada[64], tendo sido a prova encaminhada ao juízo, configurando-se, assim, fraude processual.

O fato é que, em relação ao *Habeas Corpus* nº 149.250, julgado pelo STJ em 2011, mesmo tendo o Ministério Público recorrido da decisão do STJ que anulou toda a "Operação Satiagraha", dirigindo seu apelo ao Supremo Tribunal Federal, como esse último não conheceu do recurso por intempestividade, a dita decisão transitou em julgado, permanecendo como ilícitas as provas obtidas com as interceptações telefônicas e gravações feitas pela PF.

Conforme mencionamos, a principal discussão, neste caso, centrava-se na participação da ABIN na coleta das provas obtidas como as interceptações telefônicas, a ação controlada – na qual se realizou gravações ambientais – e monitoramento telemático, o que fugia do âmbito de atuação da agência e também das determinações legais quanto aos procedimentos

---

[62] Na sentença, o juiz faz menção a laudo pericial do Instituto Brasileiro de Perícia, que verificou desconformidade entre áudio e transcrições. Tal laudo foi apresentado pela defesa de Dantas.

[63] Tal apuração se deu em investigação realizada pela corregedoria da Polícia Federal, bem como em processo criminal respondido por Queiroz, que foi condenado por quebra de sigilo de fraude processual nos autos da ação nº 2008.61.81011893-2 da 7º Vara Criminal da Justiça Federal de São Paulo.

[64] Na decisão da ação que condenou Protógenes se demonstrou que a edição do vídeo teve como objetivo encobrir a participação do cinegrafista, cujo reflexo aparecia em um espelho, em dado momento da gravação. Não foi discutido, no processo, possível manipulação quanto ao conteúdo das gravações, no sentido de incriminar os réus do caso Satiagraha.

necessários para a realização de interceptação telefônica, o que fez com que o STJ considerasse as provas ilícitas, bem como, por contaminação, todas as que delas derivaram[65].

Neste aspecto, toda a argumentação do relator do processo no STJ, o "ministro" convidado Desembargador Adilson Macabu, deteve-se em demonstrar a ilegalidade da participação da agência citada e do investigador contratado pelo delegado da PF na realização das interceptações telefônicas e, consequentemente, a ilicitude das provas produzidas com essa participação, que, por isso, seriam inadmissíveis no ordenamento jurídico, conforme também afirmou o referido desembargador, citando a lei e a literatura jurídica especializada.

Por fim, discorreu o Desembargador Macabu acerca da contaminação das demais provas, que também seriam ilícitas por derivação, retomando ainda diversos julgados das jurisprudências de nossos tribunais pátrios, que (re)afirmavam a teoria dos frutos da árvore envenenada, como o *Habeas Corpus* nº 69912, o qual citamos no tópico 3.1, que tratava de interceptação telefônica efetuada antes do advento da Lei nº 9.296/1996, considerada prova ilícita pela falta de legislação regulamentadora da exceção à inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, prevista na parte final do inciso XII, do art. 5º, da Constituição.

Após abordar esses julgados e teorias, assim se posicionou o Desembargador Macabu em seu voto:

> Portanto, inexistem dúvidas de que as referidas provas estão **irremediavelmente maculadas**, devendo ser consideradas ilícitas e inadmissíveis, circunstâncias que as tornam **destituídas de qualquer eficácia jurídica**, consoante já demonstrado acima pela doutrina pacífica e lastreada na torrencial jurisprudência dos nossos tribunais ().

Depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça pela anulação da "Operação Satiagara, houve, como já foi dito acima, recurso do Ministério Público Federal ao Supremo Tribunal Federal (RE 680.967), que manteve, contudo, a anulação, negado seguimento ao recurso por ser incognoscível, isto é, por não poder ser ele conhecido pelo tribunal, ante a intempestividade de sua interposição, decisão que transitou em julgado no ano de 2015[66].

Muitos outros excessos ainda foram cometidos na "Operação Satiagraha", que teve outras de suas diligências[67] consideradas ilícitas, além da indevida ampla divulgação de

---

[65] No Capítulo 2, discorremos sobre as provas ilícitas, bem como acerca da teoria dos frutos da árvore envenenada, retomada pelo Desembargador Macabu para discutir a licitude de outras provas por contaminação.

[66] Conforme Consultor Jurídico, "Anulação da satiagraha e condenação de Protógenes transitam em julgado" de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/anulacao-satiagraha-condenacao-protogenes-sao-definitivas> . Acesso em 03/03/2017.

[67] No HC nº 106.566 a Suprema Corte declarou ilícita a diligência que deu início à Operação – busca e apreensão sem autorização – conforme ementa: *Habeas corpus.* 2. Inviolabilidade de domicílio (art. 5º, IX, CF). Busca e

imagens dos momentos em que as prisões eram efetuadas e de informações à impressa, de modo que o Delegado Protógenes Queiroz chegou mesmo a ser condenado por suas ações, consideradas abusivas e, ainda, exonerado, anos depois, por uso indevido do cargo[68].

O caso da "Operação Satiagraha", em relação às escutas telefônicas, teve como principal problema o flagrante desrespeito a normas constitucionais e infraconstitucionais, como a participação clandestina da ABIN – que não tem competência para participar desse tipo de diligência – e de terceiro convidado pelo delegado responsável pelo caso (um investigador particular), o que acabou por violar o necessário sigilo da medida, de modo que a execução das interceptações, como um todo, esteve eivada de nulidade.

É de se considerar que, à época em que se iniciaram as atividades da "Operação Satiagraha" (2004), já havia sido editada a Lei nº 9.296/1996, que, regulamentando a parte final do inciso XII, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, conferia plena eficácia à dita norma, trazendo ainda os requisitos necessários à realização de interceptação telefônica.

O estudo desse caso se revela também muito importante para obtenção de respostas às questões que estabelecemos, na Introdução, como constituintes do problema de pesquisa, na medida em que permitiu-nos tecer considerações alusivas à eficácia e à segurança desse meio de produção de provas.

Vimos que uma das grandes incertezas que pairam em torno das escutas enquanto formas de produção de verdade processual reside na possibilidade de manipulação dos fatos que estão sendo gravados e/ou de alteração dos conteúdos das interceptações e das gravações, no momento em que são realizadas as transcrições (a degravação).

Hodiernamente, já se encontram disponíveis tecnologias que não existiam à época em que se iniciaram as atividades da "Operação Satiagraha", o que aumenta o grau de confiança em relação à forma como são realizadas as interceptações telefônicas e as gravações telefônicas e ambientais, mas isso não exclui totalmente a possibilidade de que seus conteúdos venham a ser alterados no momento da transcrição, comprometendo a legitimidade da prova.

Ainda no tocante ao funcionamento mnemônico que verificamos ocorrer ao analisar os gestos interpretativos realizados pelos julgadores que estiveram à frente da apreciação judicial que foi feita do caso relacionado à "Operação Satiagraha", notadamente pelo Desembargador

---

apreensão em estabelecimento empresarial. Estabelecimentos empresariais estão sujeitos à proteção contra o ingresso não consentido. 3. Não verificação das hipóteses que dispensam o consentimento. 4. Mandado de busca e apreensão perfeitamente delimitado. Diligência estendida para endereço ulterior sem nova autorização judicial. Ilicitude do resultado da diligência. 5. Ordem concedida, para determinar a inutilização das provas.

[68] Conforme noticia o site Consultor Jurídico em 14 de outubro de 2015 "Protógenes Queiroz é demitido da PF por uso indevido do cargo". Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/protogenes-queiroz-demitido-pf-uso-indevido-cargo>. Acesso em: 08/03/2017.

Adilson Macabu, que, convidado a atuar, na oportunidade, no Superior Tribunal de Justiça, foi o relator do processo, notamos que, assim como ocorreu nos dois casos analisados anteriormente, também aqui precedentes jurisprudenciais do STF, funcionando como lugares de memória discursiva, foram evocados como textos que documentariam ou manteriam arquivada uma memória útil à compreensão e à solução do caso que estava sob julgamento.

Mas não só isso: verificamos ainda que, no que tange à memória discursiva que se formou (e que ainda se forma) acerca do instituto das escutas, enquanto meios de produção de verdade processual, essa memória não se encontra materializada e/ou suportada apenas em/por precedentes da Suprema Corte, mas também por arestos do Superior Tribunal de Justiça, que também decidiu casos relacionados à aplicação de escutas para fins de investigação criminal e/ou instrução processual penal.

3.1.4 Operação "Sundown"

Em 2006, a Polícia Federal deflagrou a "Operação Pôr-do-sol" ou "Operação Sundown", que investigava a empresa montadora de bicicletas e motos de mesmo nome, por sonegação fiscal e evasão de divisas, entre outros crimes contra o sistema financeiro, conforme reportagem divulgada pelo Jornal *Folha de S. Paulo*[69], que ainda informava sobre a suspeita de participação de auditores fiscais nos crimes, o que configurou corrupção.

Nas investigações do caso, foram usadas para produzir provas, entre outros meios, interceptações telefônicas autorizadas pelo juiz competente, e o caso foi julgado, ao fim, com a condenação de empresários do Grupo *Sundown*[70]; não sem antes chegar até o Superior Tribunal de Justiça, onde foi julgado o *Habeas Corpus* nº 76.686, impetrado por dois indivíduos que, segundo o Ministério Público, seriam proprietários do grupo empresarial.

Na petição do *habeas corpus*, os pacientes pediam anulação da "Operação Sundown", sob a alegação de que a mesma teria se fundamentado em provas ilícitas, entre elas as produzidas por meio das interceptações telefônicas. As escutas seriam ilícitas não por carecerem de autorização, mas por conta do tempo de duração: foram 02 (dois) anos de

[69] Reportagem assinada por Mari Tortato e João Sandrini, datada de junho de 2006 e intitulada "PF prende sócios da montadora de bicicletas e motos Sundown". Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3006200627.htm>. Acesso em: 10/03/2017.

[70] Conforme notícia datada de abril de 2008, com o título "Condenados empresários do Grupo Sundown denunciados pelo MPF/PR". Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/empresarios-do-grupo-sundown-denunciados-pelo-mpf-pr-sao-condenados>. Acesso em 10/03/17.

interceptação de comunicações telefônicas, cuja autorização foi renovada sucessivas vezes. Os impetrantes ainda alegavam falta de fundamentação para as renovações da medida.

Conforme expusemos no capítulo anterior, a jurisprudência, geralmente, entende serem possíveis quantas renovações sejam necessárias para a consecução da prova. Regulamentando a questão, a Lei nº 9.296/1996 determina, em seu artigo 5º, que "a captação das comunicações telefônicas e telemáticas não poderão exceder o prazo de 15 dias, renovável por igual tempo em caso de comprovada necessidade". Acerca desse artigo, Grinover (2013, p. 440) pontua que "a lei não esclarece se, após a primeira prorrogação, outra será possível. [...] O bom senso deverá conduzir o juiz nesse sentido". Há, portanto, também na literatura jurídica especializada, uma dúvida em torno da correta interpretação que deve ser dada a esse dispositivo legal e, consequentemente, a respeito no número de renovações possíveis, conquanto a maioria dos autores admita que a renovação possa se dar por mais de uma vez.

O Ministro Nilson Naves, relator do *Habeas Corpus* nº 76.686 no STJ, em seu voto, observou que o próprio Tribunal vinha decidindo no sentido de se admitir sucessivas renovações de autorização de interceptação telefônica, mas aponta para uma necessidade de mudança e argumenta, que normas restritivas da liberdade deveriam ser interpretadas de forma restritiva.

Analisando o que dispõe a Lei nº 9.296/1996 a respeito, aduz o referido ministro que:

> A Lei nº 9.296/96 é explícita, e bem explícita, em dois pontos, e tal sucede, primeiro, quanto ao prazo de quinze dias, segundo, quanto à renovação; relativamente ao segundo ponto, observem: "... renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova" (NAVES/STJ, 2008, p. 15).

Assim, a autorização para realização de interceptação telefônica para fins de investigação criminal e/ou instrução processual penal, segundo o ministro, apenas poderia ser renovada uma única vez, considerando que assim disporia a Lei nº 9.296/1996, a qual deveria ser interpretada restritivamente, na medida em que restringe a liberdade dos indivíduos.

O Ministro Nilson Naves chegou a citar, ainda, em seu voto, a CPI[71] dos grampos, evento recente à época do julgamento do *Habeas Corpus* nº 76.686, para falar, a partir da citação de trechos da fala de Sepúlveda Pertence à referida Comissão Parlamentar de Inquérito, da existência de uma banalização das interceptações telefônicas:

[71] Tal CPI teve, como consequência, a elaboração de um novo projeto de lei regulamentadora das interceptações, mas não houve andamento para o mesmo.

> A propósito do indicado depoimento de Sepúlveda Pertence à Comissão: "Existem dois pontos dramáticos. De um lado há certa banalização da própria autorização judicial, que tem se tornado cada vez mais início de investigação e não como o último recurso de uma investigação. De outro lado está o vazamento dessas informações, que a lei tenta proteger, mas que se tornou o dia-a-dia da imprensa, em publicar trechos, passagens e interpretações desta ou daquela interceptação" (PERTENCE *apud* NAVES/STJ, 2008, p. 18).

Tendo em conta essa situação de desordem em relação à forma com a medida (interceptação telefônica) estava sendo empregada – como regra, a despeito de a Constituição e a Lei nº 9.296/1996 a trazem como exceção, e para divulgar à imprensa informações relacionadas aos fatos objetos das interceptações –, Naves decidiu por anular as provas obtidas por meio das interceptações telefônicas realizadas no caso "Operação Sundown". Assim afirmou o ministro:

> Vimos, em linhas atrás, a preocupação, também sensível e emblemática, com o excesso – a excessiva utilização do poder/competência conferido à autoridade judiciária, o abuso, a dosagem além das normais recomendações, enfim e até, sua banalização (a vulgarização da medida) –, mas vimos igualmente, e é o que mais nos interessa no momento atual, que não se duvida, até porque aqui se trata de letras da própria lei, de que o prazo de lei é o de quinze dias, renovável por igual tempo (NAVES/STJ, 2008, p. 20).

O Ministro Nilson Naves afirmou, também nesse ponto, que o juiz deveria recorrer ao bom senso e à razoabilidade ao decidir sobre as renovações da medida (interceptação telefônica), reportando-se ainda o ministro, no uso da interpretação analógica e sistêmica, ao estado de defesa, que, previsto nos artigos 136 e seguintes, da Constituição Federal de 1988, tem duração máxima de 60 (sessenta) dias, podendo ser decretado por 30 (trinta) e renovado por igual período (CF/1988, art. 136, § 2º), além de ser usado para restringir diversos direitos e liberdades, a exemplo do direito ao sigilo das comunicações telegráficas e telefônicas (CF/1988, art. 136, § 1º, inc. I, "c").

Ante essas observações, o Ministro Naves concluiu que 2 (dois) anos de uso de interceptação telefônica não poderia ser considerado como razoável[72], porquanto excessivo:

> [...] entendendo eu que a interceptação de que estamos cuidando, deferida, vimos, a 17.5.04, renovada e renovada e renovada, tantas vezes renovada, e o foi por mais de dois anos, de exceção, revestiu-se de regra, de medida

[72] Importante notar, contudo, que na decisão não fica explicito qual seria o limite razoável. Apesar de interpretar e apontar a letra da lei de modo a ser possível apenas 30 (trinta) dias de interceptação (15 mais 15, consoante a Lei nº 9.296/1996), o Ministro Nilson Naves também menciona, em dois momentos, o limite de 60 (sessenta) dias do estado de defesa, o dá a entender que esse também poderia ser considerado um limite razoável, aceitável.

> excepcional, tornou-se medida normal, tornando-se, dessa forma, a interceptação de que estamos cuidando, repito, em medida que, primeiro, ultrapassou o prazo e o tempo do art. 5º da Lei nº 9.296, segundo, o do art. 136, § 2º, da Constituição, ultrapassou também o limite da razoabilidade [...] (NAVES/STJ, 2008, p. 21-22).

Consubstanciado nessas razões, decidiu o relator do *habeas corpus* por declarar as provas ilícitas, no que foi seguido pelos demais ministros do STJ, à unanimidade. Nas palavras de Naves:

> Daí que, Srs. Ministros, concedo a ordem a fim de reputar ilícita a prova resultante de tantos e tantos e tantos dias de interceptação das indicadas comunicações telefônicas; conseqüentemente, nulos torno – e declarados assim ficam – os pertinentes atos processuais da Ação nº 2006.70.00.019980-5; que os autos, então, retornem às mãos do Juiz originário para determinações de direito (NAVES/STJ, 2008, p. 26).

A decisão tomada pelo STJ nesse caso é, deveras, relevante, uma vez que a tendência desse tribunal e também do STF era de aceitar várias renovações sucessivas, desde que justificadas. Aliás, quando a Lei nº 9.296/1996 trata da renovação da medida (interceptação telefônica), estabelece como condição para que a renovação possa ser concedida que haja comprovada necessidade para a investigação, o que, inclusive, foi sustentado pelo Ministro Nilson Naves, o qual considerou que, no caso da "Operação Sundown", a justificativa para tantas renovações não ocorreu como deveria.

Trata-se, portanto, de uma decisão que gerou forte impacto no universo jurídico, ao provocar uma mudança de entendimento em relação a certo aspecto do procedimento alusivo à forma de realização das interceptações telefônicas, cuja autorização judicial, até que sobrevenha nova mudança de entendimento, não poderá ser renovada por sucessivas vezes, dando essa decisão também causa, na mesma medida, a deslocamentos na memória discursiva e jurídica em formação acerca das escutas como meios de produção de verdade processual, cujo conhecimento – mais uma vez se constata – envolve necessariamente também considerar, além da jurisprudência do STF, a jurisprudência do STJ, levando-se em conta que a decisão proferida nos autos do *Habeas Corpus* nº 76.686 é a segunda desse último tribunal que se revela decisiva para a definição do conteúdo e limites de um dos tipos de escutas conhecidas.

O Ministério Público Federal recorreu dessa decisão, interpondo recurso para o STF (RE nº 625.263, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes), e aguarda a apreciação do apelo pelo Supremo, que reconheceu a repercussão geral da matéria, conforme a ementa abaixo:

> PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º; 93, INCISO IX; E 136, § 2º DA CF. ARTIGO 5º DA LEI N. 9.296/96. DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DE SUCESSIVAS RENOVAÇÕES DA MEDIDA. ALEGAÇÃO DE COMPLEXIDADE DA INVESTIGAÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RELEVÂNCIA SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA DA MATÉRIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA (STF/RE 625263, 2013, p. 1).

Ainda não houve, por parte do Supremo Tribunal Federal, decisão definitiva acerca do prazo máximo de permanência de realização da interceptação telefônica, isto é, quantas vezes poderá a autorização para a realização da medida ser renovada e por quanto tempo. Com o reconhecimento da repercussão geral[73] da matéria, eventual decisão final do Supremo afetará outros casos em que tenha havido renovações sucessivas de autorização judicial para a realização de interceptação telefônica, inclusive a "Operação Lava Jato", que tem casos que ultrapassaram 30 (trinta) dias de interceptação, e da qual tratamos no próximo tópico.

3.1.5 Operação Lava Jato

Em março de 2014, foi deflagrada a "Operação Lava Jato", que investiga, entre outros esquemas de corrupção, casos de lavagem de dinheiro e crime organizado na empresa estatal "Petrobrás", bem como pagamento de propina, superfaturamento de obra e formação de Caixa 2 para financiamento de campanhas eleitorais, envolvendo as construtoras OAS e Odebrecht.

Conforme o site o Ministério Público Federal[74] sobre a referida operação, o nome "Lava Jato" se deu em razão da descoberta da utilização de postos de combustíveis e lava jato para lavagem de dinheiro de uma das organizações criminosas investigadas e processadas na primeira fase da operação. Nesse primeiro momento, a investigação se concentrava em organizações criminosas comandadas por doleiros. Mais tarde, foi desvendado o esquema de corrupção envolvendo a Petrobrás, com a suspeita de envolvimento de grandes nomes do cenário político nacional. O referido site informa que tal esquema dura por pelo menos dez anos e envolvia empreiteiras que se uniam e pagavam propina para os executivos da estatal e para agentes públicos e a estimativa de desvios de recursos é de bilhões de reais.

---

[73] A repercussão geral é um requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, no qual deverá ser será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que sejam transcendentes aos interesses subjetivos da causa, conforme determina o artigo 1.035, § 1º do Código de Processo Civil.

[74] Site o Ministério Público Federal para a Lava Jato. Entenda o caso. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>.

Como resultados[75] da operação na primeira instância 1.765 (mil setecentos e sessenta e cinco) procedimentos foram instaurados, 64 (sessenta e quatro) acusações criminais contra 281 (duzentos e oitenta e uma) pessoas, com 32 (trinta e duas) sentenças e 157 (cento e cinquenta e sete) condenações contra 50 (cinquenta) pessoas físicas, 16 (dezesseis) empresas e 1 partido político. No Supremo Tribunal Federal[76] foram instaurados 178 (cento e setenta) inquéritos, com 450 (quatrocentos e cinquenta) investigados, foram oferecidas 24 (vinte e quatro) denúncias com 66 (sessenta e seis) acusados e tramitam 5 (cinco) ações penais. Além disso, também foram homologados 159 acordos de colaboração premiada.

Ainda segundo o site do Ministério Público Federal sobre a referida operação da Polícia Federal[77], foram realizadas 165 (cento e sessenta e cinco) quebras de sigilo telefônico nas investigações. A primeira interceptação autorizada judicialmente na "Lava Jato" foi a do doleiro Carlos Habib Chater[78].

Ademais, conforme amplamente divulgado pelos meios de comunicação, houve ainda a obtenção de provas mediante gravação clandestina, realizada por Bernardo Cerveró de uma conversa que teve com o então Senador da República Delcídio do Amaral, analisada abaixo.

Os casos investigados nessa operação, notadamente os que envolveram políticos de renome e que tiveram como meio de produção de prova as escutas, ganharam grande repercussão nacional. Dentre eles, destacamos três: os casos do ex-Senador Delcídio Amaral, do ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva e do empresário Sérgio Machado.

3.1.5.1 O caso do ex-Senador Delcídio Amaral

No curso das investigações da "Operação Lava Jato", o então Senador da República Delcídio Amaral, foi preso, após ser descoberto numa tentativa de obstrução da justiça, a partir da gravação de um diálogo com Bernardo Cerveró, filho de Nestor Cerveró, ex-Presidente da Petrobrás, que se encontrava preso e prestes a fazer uma delação premiada.

---

[75] A lava jato em números – 1ª instância. Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>.

[76] A Lava Jato em números. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>.

[77] Tal resultado se refere apenas a casos cujos inquéritos ou processos tramitam junto à Suprema Corte, conforme consta em "A Lava Jato em números – STF". Disponível em: < http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>. Atualizado até 10 de Julho de 2017. Acesso em 14 de Julho de 2017.

[78] Nesse sentido, a reportagem do portal G1 "**Liminar do STF sobre escutas telefônicas preocupa Lava Jato".** Edição de 01/11/2016. Segundo a reportagem, a interceptação envolvendo Chater teve duração de 45 (quarenta e cinco) dias, de modo que, se STF entender no caso da "Operação Sundown" que o limite é de apenas 30 (trinta), essa escuta pode ser anulada. Disponível em: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/11/liminar-do-stf-sobre-escutas-telefonicas-preocupa-lava-jato.html>. Acesso em:/ 15/03/2017.

Durante a conversa, o ex-Senador oferecia um plano de fuga para Cerveró, e, ainda, uma mesada pelo tempo que ele passasse fora do país. O filho de Nestor Cerveró decidiu efetuar a gravação do encontro e a entregou ao Ministério Público, que realizou a transcrição do áudio.

O caso em análise se refere a uma gravação clandestina de conversa ambiental, efetuada por um dos participantes, sem o conhecimento dos outros. Conforme observamos, desde o caso "Magri", esse meio de produção de provas vinha sendo usado e já naquele caso a prova produzida mediante a gravação ambiental foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal.

Também na decisão do STF pela prisão do então Senador Delcídio do Amaral, foi sustentada a tese de que a prova produzida mediante gravação ambiental seria lícita, pois, no caso, a iniciativa de gravar a conversa partiu de um dos interlocutores. Na decisão em que foi decretada a prisão cautelar de Delcídio, proferida pelo então relator da "Lava Jato" no Supremo, o Ministro Teori Zavascki (Ação Cautelar 4039), o mesmo ainda destacou que a questão relativa à licitude desse tipo de gravação já havia superada pela corte, reportando-se à decisão sobre a matéria com reconhecimento de repercussão geral, a qual já mencionamos antes, no Capítulo 2 e quando analisamos o caso do ex-Presidente Collor (o RE 583937 / RJ):

> Todavia, a gravação de conversa feita por um dos interlocutores sem o conhecimento dos demais é considerada lícita, para os efeitos da aludida vedação constitucional, "quando ausente causa legal de sigilo ou de reserva da conversação" (HC 91613, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 15/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 14-09-2012 PUBLlC 17-09-2012 RTJ VOL-00224-01 PP- 00392). **O tema, aliás, acha-se vencido em repercussão geral (RE 583937 *00*- RG, Relator{a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 19/11/2009, REPERCUSSAO GERAL - MERITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLlC 18- 12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01741 RTJ VOL-00220- PP-00589 RJSP v. 58, n. 393, 2010, p. 181-194)** (ZAVASCKI/STF, 2015, p.190).

Vale ressaltar que, a partir desse julgado com repercussão geral, o RE 583937 / RJ, formou-se uma "regra" aplicável a todos os casos semelhantes, em que se discuta a licitude das provas produzidas por meio de gravação ambiental, que, nele, foram tidas como lícitas.

Portanto, no caso da prisão cautelar de Delcídio, no momento da interpretação levada a efeito pelo relator do processo, o Ministro Teori Zavaski, o julgado constituído no RE 583937 / RJ foi evocado por manter um saber mnemônico que corrobora a tese defendida pelo ministro de que as provas produzidas por meio de gravação clandestina são lícitas, desde que não exista qualquer disposição legal que imponha que se guarde sigilo da conversa, funcionando, nesse caso, para dar validade (fundamentar) a decisão proferida pelo julgador.

Contudo, embora a jurisprudência tenha se consolidado no sentido de admitir como lícitas as provas produzidas mediante gravação de conversa de pessoas presentes, quando realizadas por uma delas, há ainda aqueles que defendem a ilicitude desse tipo de gravação clandestina, por entender que a matéria exigiria regulamentação legal. Como mencionamos no Capítulo 2, esse é o caso de Gomes e Maciel (2014, p. 30), segundo os quais:

> Para serem utilizadas como provas lícitas, as captações clandestinas não abrangidas pela Lei 9.296/1996 deveriam estar previstas em lei, a exemplo do que ocorre na Lei do Crime Organizado. [...] Nesse caso, a lei daria os parâmetros de sua admissibilidade, assim como os requisitos da sua obtenção. A prova seria lícita e poderia ser utilizada no processo.

No caso em análise, para a admissão da prova produzida com a gravação realizada por Bernardo Cerveró, além de se considerar a existência de precedentes jurisprudenciais – que, funcionando como lugares de memória discursiva, permitiram que o Ministro Teori Zavaski, mediante gestos de interpretação, evocasse e atualizasse sentidos presentes no espaço de memória (de jurisprudência) segundo o qual são lícitas as provas produzidas por meio de gravação clandestina –, também se considerou o motivo que levou Bernardo Cerveró a efetuar a gravação da conversa com Delcídio – o fato de estar diante de uma investida criminosa –, o que seria um motivo justo para a gravação, segundo afirma o Ministro Teori:

> No caso, a conduta de Bernardo Cunat Cerveró, filho de Nestor Cerveró, de gravar reuniões realizadas com o Senador Delcídio Amaral, Diogo Ferreira, seu chefe de gabinete, e o advogado Edson Ribeiro, visando a "dissuadir Nestor Cerveró de firmar acordo de colaboração com o Ministério Público Federal ou, quando menos, para evitar que ele delatasse [Delcídio do Amaral] e a André Esteves, controlador do Banco BTG Pactuai" não revela violação à normativa constitucional e, portanto, não macula os elementos de provas até então colhidos (ZAVASCKI/STF, 2015, p. 190).

A gravação da comunicação fez prova essencial para o caso, uma vez que o pedido de prisão do então Senador[79] foi realizado, precisamente, com fundamento na prova assim produzida, sendo que, consoante a jurisprudência majoritária de nossos tribunais superiores, é amplamente aceita a prova produzida através de gravações clandestinas ambientais – ainda que não se tenha uma lei que especifique os procedimentos para a execução das mesmas –, especialmente se a prova for produzida na forma e por motivo semelhantes ao do presente caso: por um dos interlocutores, cuja pretensão era fazer prova de uma investida criminosa.

[79] Delcídio do Amaral foi o primeiro Senador da República a ser preso. Como desdobramento de sua participação nas situações de corrupção investigadas pela "Lava Jato", ele ainda teve cassado o seu mandato.

Entretanto, a própria decisão, ao destacar a licitude das provas produzidas por essa forma de escuta, fundamentando-a em precedentes, remonta a certos aspectos dessa memória formada sobre as gravações clandestinas, que revelam que a situação nem sempre foi assim: a questão já gerou dúvidas, especialmente em relação à gravação telefônica, como verificamos ao tratarmos de outros casos, existindo ainda, como dito, na literatura jurídica especializada, autores que sustentam a ilicitude da gravação ambiental pela falta de lei que a regulamente.

3.1.5.2 O caso do ex-presidente Lula

O ex-Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva também foi alvo da "Operação Lava Jato". Em março de 2016, no curso das investigações sobre favorecimentos que Lula teria recebido de uma empreiteira, a OAS, e sob rumores de um suposto pedido de prisão preventiva, a então Presidente da República Dilma Rousseff nomeou Lula como Ministro da Casa Civil, o que foi considerado por alguns uma tentativa de conseguir prerrogativa de foro e, em certa medida, de obstruir a justiça[80].

Nesse momento, o juiz que atua, junto à primeira instância da Justiça Federal (Seção Judiciária do Paraná), nos processos conexos à "Operação Lava Jato", Juiz Sérgio Moro, levantou o sigilo das interceptações telefônicas realizadas na investigação do ex-Presidente Lula, vazado áudios relacionados a uma conversa que a então Presidente Dilma Rousseff teve com Lula, cujo teor foi amplamente divulgado pelos meios de comunicação, tendo o referido magistrado justificado tal atitude com a alegação de que o conteúdo da conversa seria de interesse público, o que não impediu que ele fosse bastante criticado pelos vazamentos.

Num desses áudios, Dilma dizia a Lula que ela estava mandando o Bessias junto com o papel para eles terem, que era o termo de posse, e que Lula só deveria usar em caso de necessidade. Essa passagem da conversa levantou suspeitas quantos às intenções de Dilma com a nomeação de Lula como Ministro da Casa Civil. A frase "só usa em caso de necessidade" foi entendida no sentido de que o termo de posse seria um salvo conduto para o caso de Moro decretar a prisão de Lula, visto que Ministro de Estado tem foro privilegiado, sendo julgado pelo STF, o que levou muitos brasileiros a acreditarem que Dilma pretendia, ao nomear Lula, obstruir a Justiça de algum modo e a irem às ruas em protesto.

[80] O Ministério Público pediu abertura de inquérito para averiguar crime de embaraço às investigações.

Lula sequer chegou a ocupar o cargo de Ministro da Casa Civil, eis que, no dia seguinte à posse, o Ministro Gilmar Mendes do STF suspendeu, por meio da concessão de uma medida liminar, os efeitos da nomeação, considerando o teor da conversa escutada.

Precisamente em relação à comunicação telefônica interceptada que envolvia Lula e Dilma, a qual configurou o encontro fortuito de pessoa que não estava sendo investigada no caso, muitas questões jurídicas foram levantas: primeiro, porque a pessoa que aparecia, fortuitamente, na conversa tinha foro privilegiado – no caso, a Presidente da República Dilma – que, por isso, não poderia ser alvo de interceptação não autorizada pelo Supremo Tribunal Federal; segundo, porque, no momento da gravação do diálogo, o Juiz Sérgio Moro já havia dado ordem para que cessassem com a interceptação telefônica, o que, para alguns operadores do direito, tornava a prova ilícita, eis que produzida mediante interceptação não autorizada.

Outrossim, a divulgação dos áudios[81] também provocou debate acerca de sua própria licitude e da licitude das provas obtidas com as interceptações, considerado o fato de que Lula já havia aceito o convite para ser Ministro de Estado, passando a ter prerrogativa de foro, o que tornava o juiz originário incompetente para emitir qualquer ordem ou proferir decisão.

É importante ressaltar que, de acordo com o parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.296/1996, faz-se necessário especificar, tanto no pedido, quanto na decisão que autoriza a interceptação telefônica, quais fatos serão investigados, bem como quem são as pessoas que serão investigadas, podendo, todavia, acontecer o chamado encontro fortuito de pessoas ou de fatos que, incialmente, não seriam objeto da investigação, conforme abordamos no Capítulo 2.

No caso em análise, houve o encontro de pessoa e também de fatos, que, de início, eram estranhos às investigações. A esse respeito, de acordo com Gomes e Maciel (2014, p.118) "a jurisprudência brasileira, quase sem controvérsias, admite como prova a interceptação em relação ao novo crime ou novo criminoso descoberto fortuitamente, quando haja conexão ou continência com o fato investigado".

Quanto ao segundo ponto que também gerou intensa discussão, relativo ao momento em que a gravação do diálogo entre Dilma e Lula ocorreu, o problema residia no fato de que, naquela ocasião, o Juiz Sérgio Moro já havia ordenado que as interceptações telefônicas fossem encerradas, o que invalidaria qualquer gravação realizada posteriormente, as quais careceriam de autorização judicial, exigida pela Constituição e pela Lei nº 9.296/1996.

[81] Lula chegou a ajuizar ação contra o Juiz Sérgio Moro por abuso de autoridade, por ter ele autorizado a interceptação telefônica e, posteriormente, divulgado os áudios da conversa com a então Presidente Dilma Rousseff. A ação versava sobre a interceptação telefônica e também sobre outras situações envolvendo o juiz, mas foi, contudo, rejeitada pela Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Já no que se refere à divulgação dos áudios, levada a efeito por Moro, a literatura jurídica especializada, conforme também tratamos no capítulo anterior, defende a sua preservação mesmo após o fim das diligências. É o que afirma Gomes e Maciel (2014), por exemplo. Para Grinover (2013), o sigilo, após as diligências, ainda se justificaria em relação a terceiros, mas não em relação às partes, uma vez que não deveria haver prova secreta.

Em razão da interceptação e divulgação de sua conversa com Lula, Dilma ingressou com reclamação com pedido liminar junto ao STF (Reclamação nº 23.457), alegando, entre outras coisas, usurpação de competência da Suprema Corte pelo juiz de primeira instância Sérgio Moro, e tendo Lula como litisconsorte assistencial. O relator da reclamação, Ministro Teori Zavascki, deferiu o pedido liminar apresentado por Dilma para suspender os efeitos do levantamento do sigilo das comunicações telefônicas, o que consignou em outra decisão:

> O pedido liminar foi deferido em 22.3.2016 e referendado pelo Plenário desta Corte em 31.3.2016, *"para determinar a suspensão e a remessa a esta Corte do mencionado 'Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR' e demais procedimentos relacionados, neles incluídos o 'processo 5006617-29.2016.4.04.7000 e conexos' (referidos em ato de 21.3.2016), bem assim quaisquer outros aparelhados com o conteúdo da interceptação em tela, ficando determinada também a sustação dos efeitos da decisão que autorizou a divulgação das conversações telefônicas interceptadas"* (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 2).

O Ministro Teori ainda pontou, em sua decisão, que não era o caso de se ter que as interceptações telefônicas tinham como destinatários autoridades com prerrogativa de foro, vez que era o ex-Presidente Lula o investigado:

> As decisões e os documentos juntados aos autos, de fato, corroboram a informação de que as interceptações telefônicas tinham como alvo Luiz Inácio Lula da Silva e outras pessoas que não possuíam prerrogativa de foro nesta Suprema Corte, sendo certo, ainda, que os diálogos de algumas autoridades foram colhidos em decorrência de ligações telefônicas destas para os alvos da medida (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 7).

Contudo, também segundo o Ministro Teori Zavascki, apenas o STF é que teria competência para decidir sobre cisão da investigação em relação a autoridades com prerrogativa de foro, tendo ocorrido, portanto, nesse sentido, violação de competência:

> [...] diversamente do defendido pelo Ministério Público, a realidade dos autos não se resume a encontro fortuito de provas. Com efeito, a violação da competência do Supremo Tribunal se deu no mesmo momento em que o juízo reclamado, ao se deparar com possível envolvimento de autoridade

> detentora de foro na prática de crime, deixou de encaminhar a este Supremo Tribunal Federal o procedimento investigatório para análise do conteúdo interceptado. [...]. Mais ainda: determinou, *incontinenti*, o levantamento do sigilo das conversas interceptadas, sem adotar as cautelas previstas no ordenamento normativo de regência, assumindo, com isso, o risco de comprometer seriamente o resultado válido da investigação (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 8).

Neste último aspecto, sustenta ainda o ministro que o juiz reclamado (Sérgio Moro), quando procedeu à divulgação dos áudios, já não era mais competente para aquela investigação, vez que havia encontrado diálogo com participação de autoridade com prerrogativa de foro, e que deveria, portanto, ter encaminhado os autos para análise da Suprema Corte. O Ministro ainda pontua o risco de tal conduta comprometer a validade da investigação, reportando-se às cautelas necessárias – e que não foram resguardadas - impostas pela legislação para a interceptação telefônica. Ademais, considerou a divulgação uma afronta ao direito à intimidade, confirmando o que se decidiu quando do pedido liminar:

> A lei de regência (Lei 9.269/1996), além de vedar expressamente a divulgação de qualquer conversação interceptada (art. 8º), determina a inutilização das gravações que não interessem à investigação criminal (art. 9º). Não há como conceber, portanto, a divulgação pública das conversações do modo como se operou, especialmente daquelas que sequer têm relação com o objeto da investigação criminal. Contra essa ordenação expressa, que – repita-se, tem fundamento de validade constitucional – é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 14).

Em seu voto, Teori Zavascki considerou, destarte, para reputar como ilícita e indevida a divulgação da conversa interceptada que envolvia Dilma e Lula, além da determinação expressa na parte final do art. 8º, da Lei nº 9.296/1996[82], no sentido de se guardar sigilo das diligências, gravações e transcrições relativas a interceptação de comunicação telefônica, mesmo após o fim da mesma, vez que a divulgação desses conteúdos extrapola a "intenção" do legislador em permitir, como exceção, a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, também o fato de que a conversa nada tinha a ver com o objeto da investigação criminal, não se podendo invocar como justificativa para a sua divulgação o interesse público que,

[82] Lei nº 9.296/1996: "Art. 8°. A interceptação de comunicação telefônica, de qualquer natureza, ocorrerá em autos apartados, apensados aos autos do inquérito policial ou do processo criminal, preservando-se o sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas".

eventualmente, existira nessa divulgação ou a circunstância de serem os envolvidos pessoas públicas, visto que a estas também seriam garantidos os direitos à privacidade e à intimidade.

Considerou ainda o ministro que a prova – no caso, a conversa entre Dilma e Lula – sequer teria sido utilizada para a consecução das únicas finalidades que a tornariam legítima:

> Cumpre enfatizar que não se adianta aqui qualquer juízo sobre a legitimidade ou não da interceptação telefônica em si mesma, tema que não está em causa. O que se infirma é a divulgação pública das conversas interceptadas da forma como ocorreu, imediata, sem levar em consideração que a prova sequer fora apropriada à sua única finalidade constitucional legítima (‘*para fins de investigação criminal ou instrução processual penal’*), muito menos submetida a um contraditório mínimo” (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 16).

Acerca da validade da gravação do diálogo entre Dilma Rousseff e Luís Inácio Lula da Silva, o Ministro Teori compreendeu que, por ter ocorrido após a determinação do fim da interceptação telefônica, essa medida carecia de autorização judicial, sendo, portanto, ilícita, o que seria mais um motivo para se reformar a decisão proferida pelo Juiz Sérgio Moro, mediante a qual suspendeu ele o sigilo da referida gravação, tornando-a pública:

> Assim, não há como manter a aludida decisão de 17.3.2016, que deve ser cassada desde logo. Além de proferida com violação da competência desta Corte, ela teve como válida interceptação telefônica evidentemente ilegítima, porque colhida quando já não mais vigia autorização judicial para tanto (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 19).

A esse respeito, registre-se que a decisão de Teori de considerar ilícitas a provas produzidas mediante as interceptações telefônicas restringe-se às produzidas após a ordem de encerramento da diligência:

> Cumpre deixar registrado que o reconhecimento, que aqui se faz, de nulidade da prova colhida indevidamente deve ter seu âmbito compreendido nos seus devidos limites: refere-se apenas às escutas telefônicas captadas após a decisão que determinou o encerramento da interceptação. Não se está fazendo juízo de valor, nem positivo e nem negativo, sobre o restante do conteúdo interceptado, pois isso extrapolaria o objeto próprio da presente reclamação. Portanto, nada impede que qualquer interessado, pela via processual adequada, conteste a higidez da referida prova (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 19).

O ministro ainda explica, no excerto acima, que questões que, eventualmente, também pudessem ser suscitadas em relação às interceptações realizadas quando ainda havia autorização judicial para tanto, como a validade das sucessivas renovações da autorização

dada para realização da interceptação telefônica, ainda poderiam ser contestadas por qualquer interessado – a exemplo de Lula, alvo principal das investigações e das interceptações –, dirigindo sua pretensão ao juízo competente, valendo-se das instâncias ordinárias e não das superiores, visto que, não sendo da competência do STF, não caberia reclamação para ele.

Na parte dispositiva da decisão, o Ministro Teori Zavascki julgou, parcialmente, procedente o pedido para fins de:

> reconhecer a violação de competência do Supremo Tribunal Federal e cassar as decisões proferidas pelo juízo da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba em 16.3.2016 (evento 135) e 17.3.2016 (evento 140), nos autos do "Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônicos 5006205-98.2016.4.04.7000/PR", que determinaram o levantamento do conteúdo de conversas lá interceptadas; e (b) reconhecer a nulidade do conteúdo de conversas colhidas após a determinação judicial de interrupção das interceptações telefônicas (ZAVASCKI/STF, 2016, p. 21).

Esse caso revela, assim como os da "Operação Sundown[83]" e da "Operação Satiagraha[84]", o risco de operações importantes serem invalidadas por questões de excessos ou mesmo de dúvidas em relação ao modo como as escutas devem ser empregadas para a coleta de elementos em investigação criminal ou para a produção de provas em instrução processual penal. Isso ocorre, em certa medida, em razão do fato de que a linha entre a licitude e a ilicitude dessas formas de produção de verdade processual ser muito tênue e de, muitas vezes, serem empregadas de maneira equivocada, com inobservância de algum requisito legal, ou para a consecução de finalidades outras – ilícitas, inclusive – não previstas pelo constituinte.

Embora na situação ora analisada não tenham sido anuladas todas as diligências (interceptações telefônicas) realizadas pela Polícia Federal, mais especificamente na 24ª fase da "Operação Lava Jato", que ficou conhecida como "Operação Aletheia", toda a dúvida e a imprecisão que perpassou o caso de Lula – inclusive com diversas matérias[85] de opinião de

---

[83] Tal operação tem como juiz competente o mesmo da Operação Lava Jato, bem como atuação dos mesmos procuradores.

[84] Molina (2016, p. 332-333), ao tratar dessa operação, cita editorial do Jornal "O Estado de S. Paulo", de 06 de setembro de 2015, no qual se abordava o perigo de grandes operações, que acabam por se perder, engendrando nulidades. Molina (2016) destaca que o objetivo daquele editorial era estabelecer um paralelo entre a "Operação Satiagraha" e a "Lava Jato", para que não se repetisse nessa o que havia ocorrido naquela.

[85] Dentre os diversos artigos e reportagens, destacamos a reportagem do Jornal "Folha de São Paulo", de 06 de abril de 2016, intitulada "Chefe de Corte Interamericana diz que região olha com medo para o Brasil", na qual juiz daquela Corte fazia críticas à divulgação de áudios de interceptações telefônicas realizadas no Brasil. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1757762-chefe-de-corte-interamericana-diz-que-regiao-olha-com-medo-para-o-brasil.shtml>. Acesso em: 18 de março de 2017.

juristas discutindo a legalidade das diligências – acabou por suscitar certa insegurança jurídica em relação às escutas, notadamente quanto à sua validade como meios de produção de provas.

Especificamente em relação à constituição da memória discursiva e jurídica acerca das escutas enquanto formas de produção de verdade processual, verificamos, assim, a partir da análise e consideração dos vários nuances do presente caso, que não só aspectos ligados aos requisitos e exigências legais para a realização das interceptações telefônicas foram objeto de discussão, notadamente na decisão exarada pelo relator da reclamação constitucional ajuizada por Dilma junto ao STF, Ministro Teori Zavascki (Reclamação nº 23.457), analisada acima, como também que estiveram em cena questões relacionadas à legitimidade e à segurança dessas medidas, que não podem ser empregadas para a consecução de finalidades outras que não as previstas na Constituição (para fins de investigação criminal ou instrução processual).

3.5.3 O caso do ex-Senador e ex-Presidente da Transpetro Sérgio Machado

O empresário Sérgio Machado, também investigado na "Operação Lava Jato", fez acordo de colaboração premiada, na qual, em determinado ponto, revelou a existência de gravações[86], realizadas por ele, de conversas com políticos nas quais falavam sobre a possibilidade de firmarem um "acordo" com vistas a arquitetar um plano para impedir o prosseguimento da "Operação Lava Jato".

Tratavam-se de gravações telefônicas clandestinas, envolvendo, de um lado, o ex-Presidente de Transpetro, Sérgio Machado, e, do outro, o Senador licenciado e Ministro do Planejamento do Governo Temer, Romero Jucá, e o então Presidente do Senado Federal, Renan Calheiros, realizadas por Machado sem o conhecimento dos outros interlocutores.

Na conversa gravada semanas antes de a Câmara dos Deputados autorizar o Senado Federal a abrir processo de *impeachment* contra a Presidente Dilma Rousseff, Romero Jucá dizia a Machado ser necessário uma mudança no governo federal "para se estancar a sangria", fazendo referência, provavelmente, à "Operação Lava Jato", na qual ambos são investigados.

Já na conversa gravada que Machado teve com Renan Calheiros, este lhe dizia que iria tentar mudar a Lei da Delação Premiada, o que não foi bem recepcionado por alguns membros da classe política e também pela população em geral.

---

[86] Machado efetuou as gravações para garantir o acordo de colaboração premiada, conforme a reportagem do *site* do Jornal Folha de São Paulo "Leia novos trechos gravados por Machado com Renan, Sarney e Jucá", a qual relata que "Machado fez as gravações para conseguir que seu acordo de delação premiada fosse aceito pelo Supremo Tribunal Federal [...]". Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1775765-leia-a-transcricao-da-conversa-entre-renan-e-machado-sobre-o-mensalao.shtml>. Acesso em: 18/03/2017.

No meio jurídico, a interpretação de que essas gravações seriam válidas não foi pacífica. Em diversos artigos e entrevistas, juristas sustentaram que, uma vez que a gravação não foi efetuada para constituir prova contra uma investida criminosa, isto é, para ser usada por quem as efetuou em sua defesa, e sim para "delatar" nomes de políticos que participavam de atos criminosos, as mesmas não poderiam ser consideradas lícitas. De fato, conforme verificamos ao analisar os casos anteriores, referentes ao emprego de gravações clandestinas, há uma forte tendência jurisprudencial em apenas admitir como lícitas as provas produzidas por essas formas, quando realizadas em face de justo motivo, como uma investida criminosa.

No caso, discute-se, ainda, o fato de que Sérgio Machado teria induzido a conversa a fim de obter declarações de seus interlocutores, o que poderia configurar uma espécie de flagrante preparado, tal como teria acontecido, por exemplo, segundo a defesa de Dantas, em relação ao encontro ocorrido entre o seu enviado, Humberto Braz, o Delegado Victor Hugo e o intermediador do encontro, Hugo Chicaroni, durante a "Operação Satiagraha".

No entanto, as conversas gravadas não foram usadas, no presente caso, como provas, vez que a delação premiada não se presta à realização de instrução processual penal, apenas servindo como elemento que justifica o início de investigações, que foi o que ocorreu no caso.

As gravações clandestinas, conforme já mencionamos, foram usadas no acordo de colaboração premiada (delação), firmando com o Ministério Público e homologado pelo STF, em maio de 2016.

Em fevereiro de 2017, a Suprema Corte autorizou[87] a abertura de inquéritos[88] contra Machado, Romero Jucá, Renan Calheiros e José Sarney (também citado na delação), inclusive, com fundamento nas gravações telefônicas realizadas por Machado.

Como na delação Machado cita autoridades com prerrogativa de foro, o STF decidiu que as informações fornecidas em relação a essas pessoas devem ser apreciadas apenas pela própria Corte, não existindo, contudo, nenhuma decisão específica do Supremo sobre a validade das gravações telefônicas clandestinas realizadas pelo referido empresário.

A análise do caso nos permite ainda verificar que, além de existir toda uma gama de situações fáticas que possibilitam o emprego de escutas, sejam como meios de investigação criminal, sejam como formas de instrução processual penal, ou ainda na coleta de elementos justificantes para a instauração de investigações, as questões jurídicas que podem surgir em relação às escutas, enquanto formas de produção de verdade processual, não se esgotaram

[87] Segundo reportagem de André Richter em 09/02/2017: "*Lava Jato: STF abre inquérito contra Renan, Jucá, Sarney e Sérgio Machado"* Disponível em*:* < http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/lava-jato-stf-abre-inquerito-contra-renan-juca-sarney-e-sergio-machado>. Acesso em 18/03/2017.
[88] Inquérito 4367.

mesmo após os julgamentos de tantos casos em que esses meios probatórios foram utilizados, o que confirma a nossa tese de que a memória está em constante deslocamento, produzido também por gestos interpretativos exercidos sobre os precedentes jurisprudenciais.

4. CONCLUSÃO

Iniciamos este trabalho a partir de uma observação acerca da larga utilização das escutas enquanto meio de produção probatório no processo penal brasileiro. Essa observação se deu, sobretudo, partindo de uma atualidade – o caso Operação Lava Jato – no qual as escutas ganharam destaque enquanto meio de produção da verdade processual penal.

Considerando essa realidade, formulamos as seguintes questões: 1) São as escutas meios legais e/ou legítimos de produção de prova, tanto a interceptação telefônica, quanto a gravação clandestina (incluídas nessa última a gravação e a interceptação ambiental)? 2) São as escutas também eficazes e seguras se comparadas a outros meios de provas, inclusive alguns que lhes são bem próximos, tais como o interrogatório do indiciado/acusado (confissão) e a prova testemunhal, consideradas ainda as diferenças que existem entre interceptação e gravações clandestinas, isto é, podem as escutas realmente ser chamadas de "rainha das provas", não só por sua larga utilização, mas porque são igualmente eficazes?

Como resposta a esses questionamentos, partirmos da hipótese de que era preciso considerar toda uma memória (de saberes) que foi e ainda está sendo construída acerca do instituto das escutas enquanto meios de produção probatória.

Essa memória que já se formou sobre as escutas telefônicas enquanto forma jurídica de produção da verdade processual é constituída por saberes que encontram sustentação em materialidades significantes produzidas, por exemplo, no âmbito do Poder Judiciário (acórdãos, decisões monocráticas) e em textos da literatura jurídica especializada (livros, artigos etc.), de maneira que as consideramos como "lugares de memória discursiva", conceito operacional cunhado por Fonseca-Silva (2007).

No segundo capítulo, tratamos acerca da aferição da verdade na contemporaneidade. Para tanto, discutimos sobre a busca da verdade no direito processual penal hodierno, tratamos do inquérito, da ação penal, e abordamos os princípios norteadores do processo penal. Debatemos, ainda, acerca das provas, e, finalmente adentramos na discussão sobre o histórico e o regramento jurídico das interceptações telefônicas e das gravações ambientais no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, da Lei nº 9.296/1996, dos postulados da literatura jurídica especializada, e do que se definiu por meio de entendimento jurisprudencial. A partir dessas discussões, conhecemos da legalidade, limites, contornos, além da eficácia e segurança desse método de pesquisa da verdade processual.

Discutimos, incialmente, o conceito de interceptações telefônicas, escutas e gravações clandestinas. Constatamos que, conforme determina a Constituição Republicana, o sigilo das comunicações telefônicas é protegido, exceto para a finalidade de investigação criminal ou de instrução processual penal, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer. A lei de que fala a Constituição (Lei nº 9.296/1996) foi promulgada em 1996 e determina as hipóteses de cabimento e os procedimentos para a realização de uma interceptação telefônica, não abrangendo as gravações clandestinas – telefônicas e ambientais. A referida lei é, contudo, objeto de crítica por parte da literatura jurídica especializada por omissões e ambiguidades que apresenta. A respeito disso discutimos, por exemplo, a possibilidade de autorização *ex officio* da interceptação telefônica pelo juiz na fase pré-processual, a possibilidade de sucessivas renovações da medida, a manutenção do sigilo das escutas mesmo após o encerramento das diligências e, ainda, a possibilidade de encontro fortuito de pessoas ou fatos não investigados.

Segundo o diploma legal mencionado, uma interceptação não será autorizada por juiz competente apenas quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal; a prova puder ser feita por outros meios disponíveis; e o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. A decisão que autoriza a medida, deve descrever o investigado e o crime que supostamente tenha cometido, além de apresentar a devida fundamentação, sob pena de nulidade.

A respeito das controvérsias anteriormente citadas trazemos como exemplo o artigo 3º da Lei nº 9.296/1996 o qual estabelece que a interceptação pode ser determinada de oficio. Tal dispositivo legal comporta uma discussão por parte da literatura jurídica especializada acerca de sua constitucionalidade, sendo que alguns autores defendem que a autorização *ex officio* de uma interceptação, na fase pré-processual (inquérito), fere o princípio acusatório[89], determinado pela Constituição Federal. Todavia, tal discussão não se limita ao campo teórico, uma vez que tramita Ação Declaratória de Inconstitucionalidade contra esse dispositivo (ADI nº 3.450), proposta pela Procuradoria-Geral da República, para que a interceptação de ofício somente seja admitida na fase processual.

Outro ponto discutível da referida lei, é o artigo 5º, que estabelece o prazo da interceptação e a possibilidade de renovação da medida - quinze dias, renovável por igual tempo, comprovada a sua necessidade. O entendimento jurisprudencial majoritário a respeito desse dispositivo, durante muito tempo, foi o de que seriam possíveis sucessivas renovações,

[89] Cabe ao Ministério Público promover a ação penal, nos termos do artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988.

desde que fundamentadas. Contudo, a questão tem sido debatida tanto por autores da literatura jurídica especializada, quanto por membros do Poder Judiciário, em julgamentos, os quais consideram que sucessivas renovações seriam um abuso da medida, que deveria ser excepcional.

Acerca do sigilo das diligências (art. 8°, Lei nº 9.296/1996), há uma discussão a respeito de sua manutenção mesmo após o fim das interceptações, em relação a terceiros, vez que como a medida fere a privacidade e a intimidade do investigado e daqueles que com ele se comunicam, a publicidade externa ou vazamentos de áudios são criticados por autores da literatura jurídica especializada, embora corriqueiramente eles ocorram, sendo amplamente divulgados pelos meios de comunicação.

Ainda relacionado às interceptações telefônicas, uma situação não muito bem delineada é a referente ao encontro fortuito de pessoas ou de fatos que não sejam objetos da investigação e a sua utilização como prova em relação a esses crimes. Atualmente, há o gesto de interpretação por parte da literatura jurídica especializada, segundo o qual é possível que a interceptação seja válida, caso haja relação de conexão ou continência entre o crime investigado e o crime descoberto. Não sendo o caso, a interceptação pode ser usada apenas como *notitia criminis.*

Por fim, tratamos das gravações clandestinas – telefônicas e ambientais – inicialmente conceituando-as, para, em seguida, discutirmos sobre o seu regimento. Verificamos que esse meio de produção probatória não foi regulamento pelo ordenamento jurídico pátrio, de modo que não existem procedimentos legais ou requisitos pré-determinados que norteiem a execução de uma gravação ambiental ou telefônica. Por essa razão, autores da literatura jurídica especializada defendem que a prova oriunda das gravações é inconstitucional, por entenderem que a mesma fere o direito à intimidade e à privacidade, de modo que, para que pudessem ser consideradas lícitas, necessitariam de uma legislação específica, como ocorre com a interceptação telefônica. Por outro lado, a jurisprudência pátria já venceu a matéria em julgado com repercussão geral (RE nº 583.937), no qual se firmou o entendimento de que a gravação clandestina, tanto telefônica, quanto ambiental, é admitida como prova, especialmente quando realizada por alguém que sofre uma investida criminosa.

No capítulo terceiro, "Memória e "escutas": interceptações telefônicas e gravações ambientais nos casos da "Operação Lava Jato", a partir da análise do *corpus* – de sete casos que envolvem, na maioria deles, investigações que tem como objeto esquemas de corrupção no campo político, e que também discutem a utilização de escutas como meios de produção de provas – o qual consideramos como parte de uma memória discursiva e jurídica em

formação acerca das escutas, sendo que as decisões judiciais que nele são citadas ou que por eles constituídas funcionam como lugares de memória discursiva, na medida em que repetem, atualizam, contradizem ou transformam sentidos presentes nessa mesma memória –, pudemos estabelecer algumas considerações sobre a validade, a eficácia e a segurança desses meios de produção de verdade:

Na análise dos dois primeiros casos – o caso "Magri" e o Caso "Collor" - observamos o início da formação dessa memória, quando não havia ainda lei regulamentadora das escutas, em nenhuma de suas formas. Os dois casos apresentaram situações semelhantes, gravações clandestinas, realizadas, contudo, de formas diferentes: uma ambiental e a outra telefônica. Na apreciação que o STF fez dos casos, inobstante a maioria de seus ministros tenha entendido que se tratavam de modalidades diferentes de escuta, foi defendido pelo Ministro Cesar Peluso que a gravação ambiental e a gravação telefônica seriam semelhantes em seus efeitos.

De todo modo, a gravação ambiental realizada no caso "Magri" foi considerada lícita, enquanto a gravação telefônica feita no caso "Collor" foi considerada ilícita. O fato é que, àquela época, a utilização dessa forma de escuta – a gravação clandestina – era demasiado insegura em razão da possibilidade de manipulação dos fatos gravados e/ou de posterior adulteração da realidade dos mesmos quando da degravação (transcrição da gravação), o que, sobremaneira, comprometida sua eficácia enquanto meio de produção de verdade.

Em relação à validade das provas produzidas mediante a realização de gravações clandestinas havia ainda, especialmente considerando as condições tecnológicas daquela época, a questão de se comprovar a autenticidade da gravação e até mesmo a veracidade das transcrições, fazendo-se necessária a realização de perícias que pudessem atestá-las.

Hodiernamente, esse tipo de escuta – gravação clandestina – continua tendo que passar por peritos especializados, que confirmem sua autenticidade, para que o produto da gravação possa ser utilizado como prova lícita em investigação criminal e/ou em instrução processual penal. Mas, hoje, já dispomos de novas tecnologias que conferem uma maior segurança ao emprego do instituto, seja no que tange ao modo de realização das escutas, sejam no que se refere aos meios para a comprovação de sua autenticidade/veracidade.

Ainda acerca das gravações clandestinas, verifica-se atualmente, conforme expusemos no Capítulo 2, uma forte tendência da jurisprudência em considerar, seguindo o entendimento expresso pelo Ministro Cezar Peluso, as gravações ambientais e as gravações telefônicas como semelhantes entre si, no que tange aos seus efeitos, apenas as distinguindo das interceptações e escutas em sentido estrito, que exigem a presença de uma terceira pessoa.

Nos dois casos analisados em seguida – a "Operação Satiagraha" e a "Operação Sundown" – observamos outras questões sendo levantadas em relação às escutas, em especial, no que se refere à sua legalidade e à licitude das provas decorrentes de sua realização, questões essas que, inevitavelmente, também acabam por interferir na sua eficácia para ser meio legítimo e seguro de produção de verdade.

A "Operação Satiagraha" foi anulada, porque diversas diligências, inclusive de monitoramento telefônico, foram realizadas sem observância da lei – no caso, com a participação da ABIN e de terceiro contratado pela Polícia Federal, violando o sigilo que deve existir em relação às diligências, às gravações e transcrições respectivas.

No segundo caso, o da "Operação "Sundown", a ilegalidade das escutas se deu por questão que já suscitava discussões na literatura jurídica especializada e mesmo na jurisprudência – o número e o prazo máximos de renovação das interceptações telefônicas. A não razoabilidade das sucessivas renovações da autorização judicial concedida para que as interceptações fossem realizadas acarretou a anulação das diligências da operação, que foram tidas todas como ilícitas, de modo que nenhuma das provas produzidas com as escutas foi admitida no processo, o que, no caso, também comprometeu a eficácia desse meio probatório.

O caso da "Operação Sundown" ainda aguarda julgamento de recurso pelo STF, já tendo sido, contudo, reconhecida a repercussão geral da matéria, o que poderá fazer com que, uma vez julgado o processo, essa decisão interferira em diversos outros casos que também estão em andamento, a exemplo da "Operação Lava Jato", na qual sabe-se que foram realizadas escutas que duraram mais de 30 (trinta) dias (prazo máximo que poderia ter a medida, conforme uma das interpretações que são feitas do art. 5º, da Lei nº 9.296/1996).

Importante ainda salientar que, nesse caso, o Ministro Nilson Naves, relator de um *habeas corpus* impetrado por um dos envolvidos junto ao STJ (*Habeas Corpus* nº 76.686), pontuou os vários excessos que teriam ocorrido em relação à medida, a qual, entre outras inobservâncias legais, teria sido utilizada como regra, isto é, como a primeira opção de meio de investigação, conquanto a Constituição Federal a traga como uma medida excepcional, que somente deve empregada na ausência de outros meios igualmente eficazes de investigação.

Por fim, analisamos três casos relacionados à "Operação Lava Jato", nos quais, além de verificarmos ter sido evocada toda uma memória sobre as escutas – mediante a citação de decisões pretéritas dos tribunais superiores, notadamente de precedentes jurisprudenciais do STF, que retomavam sentidos e entendimentos expressos em relação ao conteúdo, aos requisitos e aos limites das escutas como meios de produção de provas lícitas, sentidos esses que foram atualizados ou modificados mediante gestos de interpretação dos julgadores –

também observamos que as diversas situações que surgem em cada caso concreto ainda ensejam questionamentos sobre a legitimidade e, mesmo, a eficácia e segurança das escutas.

Neste último aspecto, verificamos ainda, a partir das discussões realizadas do *corpus*, que, não obstante exista, atualmente, todo um aparato tecnológico que permite a realização de perícias minuciosas, tal circunstancia não afasta totalmente a possibilidade de ocorrências de fraudes em relação às gravações clandestinas, cujo resultado continua tendo sua autenticidade questionada, o que também ainda acontece em relação à legalidade dessas formas de escuta.

O fato é que as escutas, enquanto meios de produção de verdade processual, ainda possuem certos aspectos que não se encontram bem delineados, seja por ausência de lei que regulamente algumas de suas formas, como ocorre com as gravações clandestinas, ambientais e telefônicas, e com as interceptações e escutas ambientais – embora, nesse último caso, a Lei do Crime Organizado preveja a possibilidade de captação ambiental –, seja por questões relacionadas à redação e às exegeses de leis existentes, como ocorre com a Lei nº 9.296/1996, cujo dispositivos, regulamentando a interceptação telefônica, recebem, muitos deles, interpretações diferentes pelos julgadores, seja ainda por haver divergências jurisprudenciais tanto em relação as formas de escutas regulamentadas pela lei, quanto em relação às demais.

Outro problema existente em relação às escutas, consideradas como meios de realização de investigação criminal e/ou de instrução processual penal, reside no fato de alguns agentes do sistema repressor estatal (delegados, juízes, membros do ministério público) se utilizarem das escutas de maneira abusiva, o que teria ocorrido no caso da "Operação Satiaghara", quando a PF teria armado um flagrante para incriminar o Banco *Opportunity*, segundo afirma Molina (2016), e ainda na 24ª fase da "Operação Lava Jato", quando foram divulgados pelo Juiz Sérgio Moro os áudios da conversa de Dilma e Lula.

Tanto essa carência de contornos bem definidos para as formas de escutas conhecidas, quanto esses maus usos e uso exagerado que delas são feitos, ao que se alia a possibilidade de manipulação das conversas registradas mediante gravações e interceptações e de adulteração da realidade dos fatos, no momento da degravação, acabam por comprometer a legitimidade, a eficácia e a segurança desses métodos de pesquisa da verdade jurídica/judiciária.

Não olvidamos, obviamente, que a interceptação telefônica e as gravações clandestinas são meios importantes de obtenção de prova, contribuindo para a consecução da verdade processual, e, consequentemente, para a realização da justiça. Em muitos casos complexos, as escutas se revelam ferramentas fundamentais – indispensáveis – para se desvendar fatos delituosos e combater a criminalidade e a corrupção.

Registre-se, contudo, que, assim como outros meios de prova, devem ser empregadas, observando-se todas diretrizes normativas e constitucionais, bem como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e o seu resultado, a prova, deverá ser considerada juntamente com todo o conjunto probatório, a fim de que se tenha uma decisão justa. Nesse aspecto, consigne-se ainda que, assim como ocorre com a confissão, que também já foi conhecida como a "rainha das provas", e que, hoje, já não tem mais o mesmo valor (absoluto), também as escutas devem ser consideradas juntamente com as demais provas.

Há de ser considerado, outrossim, a ocorrência de casos em que os excessos cometidos na execução das escutas e a falta de uma legislação mais abrangente comprometeram todo um trabalho investigativo e, mais ainda, a vida e a liberdade de pessoas, tratando-se, portanto, de meios delicados de obtenção de prova (de produção/pesquisa de verdade jurídica/judiciária), e que, por serem também capazes de provocar situações ensejadoras de injustiças e insegurança, devem receber maior atenção do Estado: tratamento mais exaustivo por parte do Legislativo e ser objeto de incidentes de uniformização de jurisprudência no âmbito do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

DA BIBLIOGRAFIA, TEXTOS, ARTIGOS E DIPLOMAS LEGAIS

AGÊNCIA BRASIL. André Richter. **Lava Jato: STF abre inquérito contra Renan, Jucá, Sarney e Sérgio Machado.** Brasília, 09 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-02/lava-jato-stf-abre-inquerito-contra-renan-juca-sarney-e-sergio-machado>. Acesso em 18.03.2017.

ARANTES FILHO, M. G. B. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ARAÚJO, B. H. L. B. Formas processuais, provas ilícitas e convalidação das nulidades. **Revista *Jus Navigandi***, Teresina, ano 17, n. 3323, 6 ago. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22352>. Acesso em: 20.11.2016.

CONSULTOR JURÍDICO. Felipe Coutinho. **Depois da CPI, grampo nunca mais foi o mesmo.** 25 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-abr-25/cpi-nao-prendeu-ninguem-expos-submundo-grampo-pais>. Acesso em 17.02.2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Anulação da satiagraha e condenação de Protógenes transitam em julgado.** 19 de agosto de 2015. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-ago-19/anulacao-satiagraha-condenacao-protogenes-sao-definitivas>. Acesso em 03.03.2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Protógenes Queiroz é demitido da PF por uso indevido do cargo.** 14 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-14/protogenes-queiroz-demitido-pf-uso-indevido-cargo>. Acesso em: 08.03.2017.

ÉBOLI, E. O Globo. **Ex-ministro Antônio Magri agora quer ser imorrível**, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/ex-ministro-antonio-magri-agora-quer-ser-imorrivel-7755923#ixzz4TQVyqPtH>. Acesso em 10/11/2016.

BASTOS, C.R. **Curso de Direito Constitucional**. 22ªed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2010.

BRANCO, P.G.G. Direito à intimidade e à vida privada. In, MENDES, G. BRANCO, P.G.G. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS**. Relatório Final - Versão Final –** Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou escutas telefônicas clandestinas/ilegais – Relatora Deputada Iriny Lopes. Brasília, DF. 12 de maio de 2009. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/...de.../cpiescut/relatorio.../Relatorio-Final-Versao-Final.pdf>.Acesso em 07.04.2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13.11.2016.

BRASIL. **Lei nº 9.296** de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5° da Constituição Federal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 25 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>. Acesso em 13.11.16.

BRASIL. **Lei nº 12.850** de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília – DF: Diário Oficial da União, 05 de agosto de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 13.03.2017.

BRASIL. Ministério Público Federal. Combate à corrupção. Caso Lava Jato. **Entenda o caso.** Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em 22 de dezembro de 2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Combate à Corrupção. Caso Lava Jato. Atuação no STJ e no STF. Resultados. **A Lava Jato em números**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf>>. Acesso em 15.03.2016.

BRASIL. Ministério Público Federal. Sala de imprensa. **Condenados empresários do Grupo Sundown denunciados pelo MPF/PR.** Paraná, 22 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/empresarios-do-grupo-sundown-denunciados-pelo-mpf-pr-sao-condenados>. Acesso em 10.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 394.** Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1588 >. Acesso em: 23.12.2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ex-ministro pede foro privilegiado ao STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=64678>. Acesso em 23.12.2016.

COURTINE, J-J. Analyse du Discours Politique (Le Discours Communiste Adressé Aux Chrétiens). **Langages**. Paris, Larousse, n. 114, p. 5-12, 1981.

FOLHA DE SÃO PAULO. Silvana de Freitas. **STF julga Magri em agosto por crime de corrupção passiva de 91**. São Paulo, 15 de junho de 1997. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/6/15/brasil/11.html>. Acesso em 23.12.2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. Xico Sá. **STF paralisa processo contra Magri**. São Paulo, 31 de dezembro de 1998. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/fj31129810.htm>. Acesso em 23.12.2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. Mari Torquato e João Sandrini. **PF prende sócios da montadora de bicicletas e motos Sundown.** São Paulo, 30 de junho de 2006. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi3006200627.htm>. Acesso em 10.03.2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Leia novos trechos gravados por Machado com Renan, Sarney e Jucá.** São Paulo, 28 de maio de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1775765-leia-a-transcricao-da-conversa-entre-renan-e-machado-sobre-o-mensalao.shtml>. Acesso em 18.03.2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. Gabriel Mascarenhas. **Chefe de Corte Interamericana diz que região olha com medo para o Brasil.** Brasília, 05 de abril de 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/04/1757762-chefedecorteinteramericana-diz-que-regiao-olha-com-medo-para-o-brasil.shtml>. Acesso em 18.03.2017.

FILGUEIRAS, F. Sociedade Civil e Controle Social da Corrupção. **Em Debate**. Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 14-28, 2011.

FONSECA-SILVA, M. Mídia e Lugares de Memória Discursiva. In: FONSECA-SILVA, M. da C.; POSSENTI, S. (O/rg.). **Mídia e Rede de Memória**. Vitória da Conquista: Edições Uesb, 2007, p. 11-37.

_____. Funcionamento discursivo e cenas validadas de escândalos na esfera do poder político. **Estudos Linguísticos**. São Paulo, v.38, n.3, p.193-203, 2009.

FOUCAULT, M. **A arqueologia do saber**. Trad. Brasileira de Luiz Felipe Baeta Neves. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. Edição Original: 1969.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU editora, [1974] 2003.

GRINOVER, A. P. **Provas ilícitas, interceptações e escutas**. 1 ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

GOMES, L. F.; MACIEL, S. **Interceptação Telefônica**. Comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, L. C. A. Memória discursiva e a Lei da "Ficha Limpa" no STF**. Revista Estudos da Lingua(gem)**. Vitória da Conquista, v. 10, n. 1, p. 87-107, 2012.

HALBWACHS, M. **A memória coletiva**. São Paulo: Editora Centauro, 2006. Edição original: 1950.

_____. **Les cadres sociaux de la mémoire.** Paris: Alcan, 1925.

MIRABETE, J. F. **Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOLINA, R. **O Brasil na Fita**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

PÊCHEUX, M. Papel da Memória. In: **Papel da Memória**. Organização: Pierre Achard et al. Campinas: Pontes, 1999, p. 49-57. Edição original: 1983a.

_____. **O discurso, estrutura ou acontecimento**. Tradução: Eni Puccinelli Orlandi. Campinas: Pontes, 2008. Edição original: 1983b.

PRATES, M.C. Portal EM. **Relembre o primeiro grampo a derrubar um ministro**. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/06/13/interna_politica,772000/relembre-o-primeiro-grampo-a-derrubar-um-ministro.shtml>. Acesso em 10/11/2016.

PORTAL G1. **Liminar do STF sobre escutas telefônicas preocupa Lava Jato.** 01 de novembro de 2016. Disponível em: < http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/11/liminar-do-stf-sobre-escutas-telefonicas-preocupa-lava-jato.html>. Acesso em 15.03.2017.

PORTAL G1. Paula Adamo Idoeta. **Escuta telefônica é quase tão antiga quanto o próprio telefone.** São Paulo, 27 de setembro de 2008. Disponível em: <http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL775438-16107,00-ESCUTA+TELEFONICA+E+QUASE+TAO+ANTIGA+QUANTO+O+PROPRIO+TELEFONE.html>. Acesso em 08.02.2017.

RICOEUR, P. **A memória, a história, o esquecimento**. Tradução: Alain François [et al.]. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

SAMPAIO, J. A. L. Comentário ao artigo 5 º, inciso X. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 276-285.

SILVA, J. A. da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

STRECK, L. L. Comentário ao artigo 5º, XII. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 290-296.

SUPERINTERESSANTE. Vinicius Cherobino. **Tem mais alguém na linha**. 25 de março de 2011. Disponível em: < http://super.abril.com.br/comportamento/tem-mais-alguem-na-linha/>. Acesso em 17.02.2017.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DO CORPUS DA PESQUISA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar nº 4039 (**Relator Ministro Teori Zawascki). Brasília – DF, 24 de novembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304788>. Acesso em 20.12. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.797-2** (Relator Ministro Sepúlveda Pertence). Brasília – DF, 22 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi2797.pdf>. Acesso em 07.05.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 307** (Relator Ministro Ilmar Galvão). Brasília – DF, 13 de novembro de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=324295>. Acesso em 20 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 315-4** (Relator Ministro Moreira Alves. Brasília – DF, 25 de agosto de 1999. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1121>. Acesso em 05.05.2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Criminal nº 33.541**, (Relator Desembargador Hilton Queiroz). Brasília-DF, 15 de fevereiro de 2004. Disponível em: <http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2250791/apelacao-criminal-acr-33541-df-20000100033541-1>. Acesso em 15.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 75.338-8/RJ** (Relator Ministro Nelson Jobim). Brasília-DF, 25 de setembro de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75912>. Acesso em 09.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 76.686** (Relator Ministro Nilson Naves). Brasília – DF, 10 de novembro de 2008. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2076785/habeas-corpus-hc-76686-pr-2007-0026405-6> . Acesso em 17.03.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 115-521** (Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze). Brasília – DF, 13 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21272406/habeas-corpus-hc-115521-df-2008-0202497-0-stj/inteiro-teor-21272407#>. Acesso em 07.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 149.250** (Relator Desembargador Adilson Macabu). Brasília – DF, 05 de setembro de 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21083579/habeas-corpus-hc-149250-sp-2009-0192565-8-stj/relatorio-e-voto-21083581?ref=juris-tabs>. Acesso em 12.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106.566** (Relator Ministro Gilmar Mendes). Brasília – DF, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=15320761352&tipoApp=.pdf.>.Acesso em 18.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 657-2** (Relator Ministro Carlos Velloso). Brasília – DF, 19 de novembro de 1993b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749223/inquerito-inq-657-df>. Acesso em 12.03/2017.

BRASIL. **Lei nº 10.628** de 24 de dezembro de 2002. Altera a redação do art. 84 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Brasília – DF: Diário Oficial da União, 26 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10628.htm>. Acesso em 07.05.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal**. Reclamação nº 23.457** (Relator Ministro Teori Zawascki). Brasília – DF, 13 de junho de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>. Acesso em 11.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 85.439** (Relator Ministro Xaxier de Albuquerque). Brasília – DF, 11 de novembro de 1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=179578> . Acesso em 07.05.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 583.937** (Relator Ministro Cezar Peluso). Brasília – DF, 19 de novembro de 2009. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607025>. Acesso em 17.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 625.263** (Relator Ministro Gilmar Mendes). Brasília – DF, 13 de junho de 2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4472381> . Acesso em 18.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraórdinário nº 680.967** (Relator Ministro Luiz Fux). Brasília – DF, 24 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307103084&tipoApp=.pdf>. Acesso em 17.03.2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 63.834** (Relator Ministro Célio Borja). Brasília – DF, 05 de junho de 1987. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=100647>. Acesso em 08.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 12.266** (Relator Ministro Hamilton Carvalhido). Brasília – DF, 09 de setembro de 2003. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2349332/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-12266-sp-2001-0198842-0/inteiro-teor-100839138?ref=juris-tabs# > . Acesso em 07.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 9735** (Relator Ministro Jorge Scartezzini). Brasília – DF, 20 de agosto de 2001. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/304634/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-9735-sp-2000-0022132-5/inteiro-teor-100230054?ref=juris-tabs>. Acesso em: 08.05.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 14.336/RJ** (Relator Ministro Gilson Dipp). Brasília – DF, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200300547264&dt_publicacao=11/10/2004 >. Acesso em 07.05.2017.