

## VOTO

**O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator):** Trata-se de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República em face do Senador CIRO NOGUEIRA, do Deputado Federal EDUARDO HENRIQUE DA FONTE ALBUQUERQUE SILVA e de MÁRCIO HENRIQUE JUNQUEIRA PEREIRA, em face da possível prática do crime previsto no art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013.

Segundo a peça inicial, no período de agosto de 2017 a março de 2018, os denunciados, de forma organizada e com unidade de desígnios, praticaram diversos atos de embaraço às investigações realizadas nos autos dos INQ 4.074, INQ 3.989 e INQ 4.631, inclusive por meio de tentativas de suborno, ameaças de morte e condutas assemelhadas, com o objetivo de influir e alterar os depoimentos prestados pela testemunha JOSÉ EXPEDITO RODRIGUES ALMEIDA, o que configuraria o delito previsto no art. 2º, §1º, da Lei nº 12.850/2013.

Antes de passar à análise da denúncia, entendo ser importante fazer um breve registro sobre o objeto e a situação dos inquéritos mencionados.

Em relação ao INQ 4.074, a PGR ofereceu denúncia contra CIRO NOGUEIRA e outros réus pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Nesse inquérito, o Sr. JOSÉ EXPEDITO foi arrolado como testemunha. Em 14.08.2018, a Segunda Turma do STF rejeitou a denúncia apresentada, constatando que a acusação lastreava-se tão somente na palavra do colaborador e em documentos unilateralmente produzidos que não indicavam indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto aos fatos imputados, “ *carecendo, portanto, de justa causa as imputações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro subjacentes a essa narrativa, pela ausência de lastro mínimo probatório quanto ao liame subjetivo* ”. (Inq 4074, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator (a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/08/2018, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 16-10-2018 PUBLIC 17-10-2018).

Já o INQ 3989 apura o delito de organização criminosa (Orccrim) supostamente cometido por CIRO NOGUEIRA, EDUARDO DA FONTE e demais parlamentares do Partido Progressista. Segundo a PGR, essa Orccrim

foi criada e mantida pelos réus para fins de arrecadação de supostos valores ilícitos decorrentes de crimes cometidos no âmbito da Administração Pública.

A testemunha JOSÉ EXPEDITO também prestou depoimento que foi juntado aos autos do referido inquérito. Posteriormente, a PGR requereu a sua inclusão no rol de testemunhas, conforme esclarecido nestes autos pela própria acusação (fl. 08).

A denúncia apresentada no INQ 3.989 foi recebida pela Segunda Turma em 11 de junho de 2019. Houve a interposição de embargos de declaração, cujo julgamento se iniciou em ambiente virtual, na data **22 de maio de 2020**. Iniciado o julgamento, pedi vista dos autos, que já se encontram pronto para retomada do julgamento.

A denúncia também menciona o suposto embaraço às investigações do INQ 4631. Contudo, os réus desta ação penal não foram investigados e nem denunciados naqueles autos. Portanto, o INQ 4631 somente foi incluído nesta denúncia por equívoco do MPF e da autoridade policial, conforme será demonstrado adiante.

Feito esse breve registro, observo que após o oferecimento da denúncia, os réus apresentaram suas peças defensivas, nas quais suscitam diversas questões que ensejariam a nulidade das provas colhidas, a atipicidade dos fatos denunciados e a rejeição da exordial acusatória.

Iniciado o julgamento sobre a admissibilidade desta acusação, o Ministro Edson Fachin rejeitou as questões suscitadas pela defesa dos denunciados e votou pelo recebimento da denúncia.

Após o voto do Ministro Edson Fachin, a Ministra Cármen Lúcia pediu vista dos autos, tendo posteriormente devolvido o feito para julgamento, oportunidade na qual acompanhou o voto do Relator.

Pedi vista para melhor analisar as questões e teses discutidas nestes autos, as quais passo a apreciar em seguida.

**Da preliminar de incompetência do Relator para supervisionar as investigações**

A defesa do Deputado Eduardo da Fonte alega incompetência do Ministro Edson Fachin para relatar o presente Inquérito, argumentando que " *a competência para conhecer e julgar determinados feitos não implica prevenção para conhecer e julga acusação de obstrução destes mesmos feitos* ". (fls. 187).

Não assiste razão à defesa, uma vez que em 28.6.2018, a Presidente do Supremo Tribunal, Ministra Cármen Lúcia, decidiu, com fundamento no art. 69 do Regimento Interno desta Corte, manter este Inquérito sob a relatoria do eminente Ministro Edson Fachin, por concluir haver conexão entre este feito e os Inquéritos n. 3.989, 4.074 e 4.631, todos de relatoria de Ministro Fachin.

Naquela ocasião, entendeu a Presidente desta Corte que haveria uma estreita vinculação entre os fatos apurados em todos Inquéritos acima mencionados, com fatos e provas comuns que gerariam a prevenção do Ministro Fachin.

É certo que esta Corte já decidiu, nos precedentes mencionados pela defesa, pela ausência de necessária conexão entre os crimes de organização criminosa e de obstrução da justiça (art. 2º, *caput* e §1º, da Lei 12.850/2013) com outros crimes concretamente cometidos pela organização (Inquérito 4.243, Rel. Min. Edson Fachin, j. 8.8.2016).

Esse entendimento encontra amparo na autonomia desses crimes formais contra a paz pública e a administração da Justiça em relação aos delitos concretamente praticados.

Não obstante, as circunstâncias do caso concreto recomendam a tramitação conjunta dos feitos sob a mesma Relatoria, por questões de coerência, celeridade e economia processual, em especial à luz do art. 76, III, do CPP, que prevê a prorrogação da competência nos casos em que um dos crimes for praticado para " *facilitar ou ocultar*" outros delitos, ou para conseguir " *impunidade ou vantagem* ".

Nessa linha, considerando que o crime de obstrução de justiça objeto destes autos foi praticado para supostamente impedir a apuração dos crimes investigados nos INQ 3.989, EINH 4.074 e 4.631, não há qualquer reparo na decisão que determinou a distribuição por prevenção.

Acresça-se que compete à Presidência do STF decidir sobre questões de ordem e dúvidas suscitadas na distribuição dos processos, nos termos do art. 13, III e VII, c/c art. 69, todos do Regimento Interno desta Corte.

Ainda de acordo com o Regimento, apenas o Plenário pode rever ato jurisdicional praticado pelo Presidente, em sede de agravo regimental (art. 6º, II, “d”, do RISTF), não sendo esse o caso dos autos.

Por todos esses motivos, rejeito a alegação de incompetência do Relator.

### **Da alegada inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 12.850/2013**

Pugna a defesa de Ciro Nogueira que a denúncia seja rejeitada em razão da inconstitucionalidade do crime previsto no § 1º do art. 2º, da Lei 12.850 /2013, que possui a seguinte redação:

*“Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: [...]”*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa;*

Sustenta a defesa que as expressões “embaraçar” e “de qualquer forma” são vagas e indeterminadas e, portanto, incompatíveis com os princípios da legalidade estrita, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

A despeito das alegações da defesa, entendo estar correto o entendimento do Relator no sentido de que:

“o legislador ordinário estendeu a reprimenda prevista para o delito de organização criminosa ao agente que ‘impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa’, visando, assim, resguardar a administração da justiça no seu *múnus* de elucidar e prestar a jurisdição sobre os fatos que se adequam ao referido tipo penal.

Tendo a administração da justiça como o objeto de tutela do delito em análise, o emprego do verbo ‘embaraçar’ na redação do respectivo dispositivo legal não causa qualquer confusão na obtenção do seu significado quando interpretado em conjunto com as garantias

constitucionais dispostas em favor do acusado, das quais, aliás, não pode se desvencilhar o intérprete.

Nesse sentido, a norma penal em análise proíbe a prática de atos tendentes a obstar, ao arrepio do devido processo legal, os atos investigativos voltados à elucidação de crimes de organização criminosa, excluindo-se do seu âmbito de proteção as condutas que representam exercício legítimo do direito de defesa.

A partir dessa constatação, o tipo penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013 não é eivado pela alegada indeterminação, porquanto possibilita ao seu destinatário o prévio conhecimento do comando proibitivo nele contido, mormente porque o direito de defesa, assim como qualquer outra garantia e mesmo na amplitude prevista na Constituição Federal, não é absoluto e não comporta excessos que interfiram na esmerada prestação jurisdicional.”

Destarte, embora reconhecendo uma certa abertura do tipo e a necessidade de se estabelecer critérios rígidos para fins de delimitação das condutas criminosas, acompanho o relator neste ponto e afastado a alegação de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013.

### **Da nulidade da interceptação telefônica**

A defesa de Eduardo da Fonte alega que o deferimento da interceptação telefônica, nos autos da AC 4.375, não observou o princípio da subsidiariedade, nos termos do art. 2º, II, da Lei 9.296/1996, ao fundamento da existência de outro meio disponível à produção da prova pretendida pela autoridade policial, consubstanciado na medida cautelar de ação controlada, que inclusive foi autorizada nos autos da AC 4.376.

Inicialmente, verifico que nos autos da AC 4.376 foram deferidas as diligências de interceptação telefônica e ação controlada. Feito esse registro, passo a analisar a legalidade da interceptação telefônica no caso concreto.

O art. 3º, inciso V, da Lei 12.850/2013, dispõe que a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas é meio de obtenção de provas aplicável às investigações pelos crimes de organização criminosa.

No que se refere aos requisitos legais, a Lei 9.296/1996 rege a matéria que impacta diretamente no direito ao sigilo das comunicações telefônicas estabelecido pelo art. 5º, XII, da CF/88.

Nessa linha, a lei estipula que a medida, para fins de prova em investigação criminal e em instrução processual penal, somente pode ser decretada se: a) houver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal punida com pena de reclusão; b) se a prova não puder ser feita por outros meios.

Veja-se o texto da Constituição Federal e da lei:

#### CONSTITUIÇÃO FEDERAL

“Art. 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;”

#### LEI 9.296/96

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

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

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

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

No caso em análise, observa-se que o suposto crime de obstrução de justiça estava sendo praticado a partir de comunicações privadas mantidas entre os denunciados, o que justifica a deflagração da medida de interceptação telefônica.

Ou seja, filio-me, nesse ponto, ao voto do eminente Relator, quando considera preenchido o requisito da subsidiariedade, mesmo diante da autorização simultânea da ação controlada.

Isso porque a ação controlada não seria capaz de elucidar circunstâncias do crime ocorridas a partir de contatos telefônicos entre os denunciados, mas apenas os encontros presenciais entre a testemunha JOSÉ EXPEDITO

RODRIGUES ALMEIDA e o codenunciado MÁRCIO HENRIQUE JUNQUEIRA PEREIRA.

É importante destacar que existia, à época da prolação da decisão que autorizou as interceptações, indícios concretos da prática de condutas de obstrução praticadas através de contatos telefônicos entre os denunciados e a testemunha, o que constitui uma circunstância relevante para fins de justificação da medida, à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Portanto, entendo que essas circunstâncias justificam a deflagração da medida, ainda que ela não tenha obtido os resultados esperados.

Ou seja, entendo que a realização das interceptações telefônicas encontra amparo legal e acabou sendo parcialmente favorável aos denunciados, já que nenhuma prova relevante, nenhum diálogo comprometedor envolvendo os denunciados CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE foi obtido.

Destaque-se que a jurisprudência do STF tem se filiado à teoria do juízo aparente e à observância dos requisitos procedimentais, de acordo com as provas existentes à época do pedido, para fins de análise da legalidade das interceptações telefônicas, independentemente do resultado obtido, senão observe-se:

Habeas Corpus. 2. Prisão em flagrante. Denúncia. Crimes de rufianismo e favorecimento da prostituição. 3. Interceptação telefônica realizada pela Polícia Militar. Nulidade. Não ocorrência. **4. Medida executada nos termos da Lei 9.296/96 (requerimento do Ministério Público e deferimento pelo Juízo competente).** Excepcionalidade do caso: suspeita de envolvimento de autoridades policiais da delegacia local. 5. Ordem denegada (STF, HC 96.986, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 15.5.2012).

EMENTA: INQUÉRITO. IMPUTAÇÃO DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 20 DA LEI 7.492/1986, 1º, VI, DA LEI 9.613/1998, E 288, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LICITUDE DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLHIDOS NA FASE INVESTIGATÓRIA. PRELIMINARES REJEITADAS . INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART.

41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA . 1. O conteúdo dos autos, incluídos os áudios das interceptações telefônicas utilizadas pela acusação, foi disponibilizado para a defesa, o que basta para que sejam garantidos o contraditório e a ampla defesa. [...] **3. O Supremo Tribunal Federal possui clara orientação no sentido de que são válidos os elementos probatórios indicativos da participação de pessoas detentoras de prerrogativa de foro no evento criminoso colhidos fortuitamente no curso de interceptação telefônica envolvendo indivíduos sem prerrogativa de foro. A validade dos elementos colhidos estende-se até mesmo em relação à identificação de outras práticas criminosas que não eram objeto da investigação original, desde que lícitamente realizada e devidamente autorizada por juízo competente ao tempo da decisão. Precedentes. [...]**” (STF, INQ 2.725, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 8.9.2015)

Por todos esses motivos, **rejeito a alegação de nulidade das interceptações telefônicas.**

**Da inépcia formal da denúncia por ausência de individualização das condutas e da ausência de justa causa**

As defesas de CIRO NOGUEIRA e de EDUARDO DA FONTE alegam a inépcia formal da denúncia e a ausência de justa causa, sob a alegação de que a inicial acusatória não descreve de forma individualizada as supostas condutas delituosas, não estando amparada em lastro probatório mínimo que possibilite o recebimento da inicial.

Para que se examine a higidez da denúncia, deve-se fazer a leitura do disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, *verbis* :

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Sobre a denúncia, ensina o clássico João Mendes de Almeida Júnior, *verbis* :

“É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou ( *quis* ), os meios que empregou ( *quibus auxiliis* ), o malefício que produziu ( *quid* ), os motivos que o determinaram a isso ( *cur* ), a maneira porque a praticou ( *quomodo* ), o lugar onde a praticou ( *ubi* ), o tempo ( *quando* ). (Segundo enumeração de Aristóteles, na *Ética a Nicomac*, 1. III, as *circunstâncias* são resumidas pelas palavras *quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando* , assim referidas por Cícero (De Invent. I)). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes”. (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro** , v. II. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1959, p. 183)

O não preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 41 do CPP deve acarretar a rejeição da denúncia, por inviabilizar a garantia do devido processo legal e o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, da CF/1988).

Sobre o tema, deve-se rememorar o relevante voto proferido pelo **Ministro Celso de Mello** no julgamento do **Habeas Corpus 84.580** , no qual Sua Excelência registra que o sistema jurídico vigente impõe ao *Parquet* “ **a obrigação de expor, na denúncia, de maneira precisa, objetiva e individualizada, a participação de cada acusado na suposta prática delituosa** ”.

Há diversos outros precedentes no mesmo sentido, dentre os quais pode-se destacar: HC 105.953/MC, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, j. 5.11.2010, DJe 11.11.2010; HC 80.549/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 85.948/PA, Rel. Min. Carlos Britto; RHC 856.658/ES, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 73.590/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 70.763/DF, Rel. Min. Celso de Mello; HC 86.879/SP, red. para o acórdão Min. Gilmar Mendes.

No que se refere à existência de justa causa, trata-se de uma das condições da ação. Nos termos do art. 395, III, do CPP, sua ausência leva à rejeição da denúncia e a doutrina compreende essa condição da ação como a existência de um lastro probatório mínimo de autoria e materialidade que dê sustentação à acusação descrita na denúncia.

De acordo com Aury Lopes Jr.:

**“[...] a justa causa exerce uma função mediadora entre a realidade social e a realidade jurídica, avizinhando-se dos ‘conceitos-válvula’, ou seja, de parâmetros variáveis que consistem em adequar concretamente a disciplina jurídica às múltiplas exigências que emergem da trama do tecido social** . Mais que isso, figura como um ‘antídoto, de proteção contra o abuso de Direito’. [...]

**Está relacionada, assim, com dois fatores: existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade de um lado e, de outro, com o controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal”.** (LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal).

A jurisprudência do STF segue a mesma linha de raciocínio, registrando que deve existir um lastro probatório mínimo relativo a um fato penalmente típico. Destaca, ainda, o significativo encargo processual do Ministério Público na demonstração do preenchimento desse requisito legal (STF, INQ 3.982, voto do Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 7.3.2017).

No caso em análise, a exordial descreve atos praticados pelo denunciado Márcio Henrique Junqueira Pereira, em especial 8 (oito) encontros que teriam ocorridos entre este e José Expedito. O objetivo desses encontros, conforme consta da denúncia, seria o de possibilitar que Márcio Henrique Junqueira Pereira se inteirasse do teor das declarações prestadas por José Expedito à Polícia Federal no ano de 2016, entregando-lhe quantias, fazendo promessas de emprego e de investidura em cargo público, bem como de quitação de dívidas, ameaçando-lhe, inclusive, a vida. Em contrapartida, o referido acusado teria exigido de José Expedito a alteração dos aludidos depoimentos, por meio de escritura pública a ser lavrada em cartório, além do compromisso de não mais aparecer nas cidades de Brasília/DF ou Recife/PE.

Ao expor a narrativa dos diversos encontros e elementos de informação colhidos a partir das diligências judicialmente autorizadas, a premissa estruturante da denúncia é de que as condutas praticadas pelo ex-parlamentar **MÁRCIO JUNQUEIRA** e por **ELIAS MANUEL DA SILVA** teriam ocorrido com a ciência e com a participação de **CIRO NOGUEIRA** e **EDUARDO DA FONTE**.

Diante da narrativa fática complexa, a peça acusatória não descreve de forma satisfatória as circunstâncias, a forma e os meios pelos quais CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE teriam participado dos atos criminosos, deixando de indicar os elementos de prova que sustentariam, de forma adequada, a participação dos denunciados.

Veja-se que a denúncia afirma, às fls. 8/9, que CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE teriam sido responsáveis pelas ameaças de morte que levaram JOSÉ EXPEDITO a ingressar no programa de proteção do Ministério da Justiça. Apesar disso, a peça acusatória não indica, sequer *in status assertionis*, as provas que justificariam essa afirmação ou os meios e *modus operandi* concretamente utilizado pelos parlamentares para tal prática. Transcrevo o trecho mencionado para fins ilustrativos (fls. 08/09):

A partir de 27 de setembro de 2016, JOSÉ EXPEDITO prestou quatro importantes depoimentos à Polícia Federal (fls. 28 a 44 da AC nº4.375) em que detalhou estes crimes e apresentou uma série de provas que corroboraram o que disse. Este material compôs o Relatório de Análise de Material Apreendido n.º 107/2017 e foi juntado ao Inq. 3.989/DF. Além disto, a PGR requereu ao Exmo. Min. Edson Fachin a inclusão de JOSÉ EXPEDITO no rol de testemunhas da denúncia embasada no Inquérito 3.989. Ele já foi indicado como testemunha na denúncia oferecida com base no Inq. 4.074.

Assim, a gravidade das declarações de 2016, os documentos entregues por JOSÉ EXPEDITO e sua condição formal de testemunha judicial tomaram-no um "*arquivo vivo*" e, como tal, foi destinatário da atuação ilícita de *Ciro Nogueira e Eduardo da Fonte*.

Bem por isso, sua vida foi ameaçada pelos dois parlamentares, razão pela qual foi necessário ser inserido no Programa de Proteção do Ministério da Justiça em 2016, dele saindo no ano seguinte, em agosto.

Ao sair do Programa, no segundo semestre de 2017, JOSÉ EXPEDITO passou a ser assediado por um emissário de *Ciro Nogueira e Eduardo da Fonte*: *Márcio Henrique Junqueira Ferreira*.

Não se duvida da gravidade das ameaças sofridas pela testemunha e colaborador. Contudo, a peça acusatória não descreve, minimamente, a atuação dos parlamentares nessas ameaças prévias e nem os elementos de prova capazes de vincular tais atos aos parlamentares denunciados.

Não só nessa parte das ameaças prévias, mas também nos demais fatos narrados, a denúncia se limita a narrar **atos praticados pelo denunciado MÁRCIO JUNQUEIRA**, amparando-se em inferências indiretas para vincular tais atos aos demais réus.

Consta da denúncia, por exemplo, que “ *a mando dos parlamentares, a partir de outubro de 2017, nos termos retratados nesta denúncia, Márcio Junqueira ameaçou JOSÉ EXPEDITO de morte* ”. A acusação também menciona que o referido denunciado teria promovido novas tentativas de intimidação e compra do silêncio nos anos de 2017 e 2018.

Destaque-se que essas tentativas de embaraço à justiça teriam ocorrido em encontros presenciais entre JOSÉ EXPEDITO e MÁRCIO JUNQUEIRA. **Sobre esse ponto, entendo ser importante ressaltar que não há nenhum elemento probatório dos autos que possa sugerir que CIRO GOMES e EDUARDO DA FONTE tenham se encontrado ou mesmo se comunicado com a testemunha.**

As diversas gravações e interceptações telefônicas deflagradas nos autos da Ação Cautelar 4376 comprovam essa conclusão.

A rigor, os seus nomes apareceram apenas a partir de declarações unilaterais da testemunha, no sentido de que MÁRCIO agiria em nome dos parlamentares, ou então em breves referências nas conversas realizadas entre ambos.

Uma breve síntese das circunstâncias e intercorrências desses encontros, extraídas a partir da descrição fática contida na denúncia (fls. 9/21), é capaz de ilustrar a conclusão acima exposta:

**I) Em 17.10.2017, Márcio e Expedito se encontram no aeroporto de Guarulhos.** Márcio questiona sobre os depoimentos prestados por Expedito à Polícia Federal. Diz que vai ajudar a testemunha pessoalmente e que iria conversar com os demais parlamentares

denunciados, para quem Expedito trabalhou, sobre suas dificuldades financeiras. **Márcio supostamente entrega a expedito R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais);**

**II) em novembro de 2017, Expedito vai à casa de Márcio Junqueira em Brasília, onde teria recebido R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). O motivo, segundo declarações da testemunha, seria a suposta compra de silêncio. Márcio atuaria a suposto mando dos parlamentares, embora inexistas provas mínimas dessa circunstância;**

**III) Na data de 6.12.2017, Expedito teria se encontrado em Recife com o advogado Elias, oportunidade na qual teria recebido o valor aproximado de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais). Esse é o único encontro que não conta com a participação do corréu Márcio;**

**IV) Em 14.12.2017, Márcio e Expedito se encontram novamente. Expedito alega ter recebido R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais). Márcio promete um emprego a Expedito e diz que irá conversar com os parlamentares denunciados sobre a suposta indenização trabalhista que Expedito acreditava ter direito. A testemunha José Expedito declarou que as orientações dadas por Márcio no encontro eram repassadas por Eduardo da Fonte e Ciro Nogueira, embora não exista nenhuma prova ou indício concreto colhido durante esse encontro. Márcio supostamente ameaça Expedito de morte.**

**V) no final de dezembro de 2017, Expedito recebeu de Márcio Junqueira R\$ 2.200,00, supostamente a mando dos parlamentares.**

**VI) No período de 10.2.2018 a 11.2.2018, Expedito hospedou-se no hotel Melliá em Campinas, a convite de Márcio Junqueira. Márcio entregou R\$ 5.000 (cinco mil reais) a Expedito e a testemunha disse que ele pediu, nesse encontro, para que ele não fosse mais a Brasília ou Recife. As provas do comparecimento de José Expedito e de Márcio Junqueira no referido hotel são juntadas aos autos. N o que se refere à menção aos parlamentares, consta dos autos apenas as declarações da testemunha.**

**VII) Em 26.2.2018, Expedito e Márcio Junqueira se encontram na casa de Márcio, em Brasília. Expedito recebeu R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de Márcio Junqueira. Mesmo com a interceptação ambiental, há apenas breves referências a Eduardo da Fonte e Ciro Nogueira, conhecido de ambos. Márcio oferece emprego e um local para moradia a Expedito em Roraima, onde o primeiro reside e trabalha.**

**VIII) Na data de 28.2.2018, Márcio e Expedito se encontram em um café, no shopping Conjunto Nacional. Márcio entregou R\$ 1.000,00 (um mil reais) à testemunha, além de dois boletos. Em diálogos mantidos posteriormente, por telefone, Márcio disse que iria falar com “eles”, os parlamentares, sobre o pagamento de outros boletos, o que a PGR entende ser suficiente para colocar CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE na cena do crime.**

É importante que se diga que nos seis primeiros encontros acima descritos, a realização dos pagamentos indevidos, com o suposto objetivo de obstruir as investigações empreendidas no INQ 4074 e 3989, encontra amparo apenas nas palavras e na narrativa construída pela testemunha e colaborador JOSÉ EXPEDITO.

Com efeito, JOSÉ EXPEDITO afirma que todos esses pagamentos foram efetuados para obstruir as investigações. Contudo, não constam dos autos provas da entrega ou do recebimento desses valores.

Além disso, mesmo nos casos em que o denunciado MÁRCIO JUNQUEIRA confirmou o pagamento das despesas de hotel e a entrega de dinheiro, o que ocorreu nos encontros realizados no Hotel Meliá e no Aeroporto de Guarulhos (AC 4383, Apenso 1, fl. 288), há indefinição sobre o elemento subjetivo dessas condutas, uma vez que o corréu afirma que praticou tais atos para prestar auxílio financeiro à testemunha, e não com o objetivo de comprar o seu silêncio ou a modificação de seus depoimentos.

Anote-se que meros comprovantes de bilhetes aéreos ou de hospedagem são insuficientes para tal fim, já que não comprovam minimamente as alegações do colaborador, que não podem ser simplesmente consideradas como verdadeiras, sob pena de violação à regra da presunção de inocência que impõe ao colaborador o ônus de comprovar suas imputações.

Portanto, verifico, desde já, **nítido excesso acusatório na imputação de seis atos de obstrução aos denunciados com base apenas em relatos do colaborador não amparados em elementos externos e idôneos de corroboração.**

Outrossim, em relação aos dois últimos encontros que foram acompanhados pela Polícia Federal, verifico que nas interceptações telefônicas autorizadas, **não há nenhum diálogo direto de EXPEDITO com CIRO NOGUEIRA ou EDUARDO DA FONTE**, mas apenas referências esparsas, incertas e indiretas.

Veja-se, a título de exemplo, os seguintes diálogos narrados na denúncia (fls. 14/15):

“MÁRCIO: Nós tem quem que se desfazer de tudo. Tu tem coragem pra isso?

EXPEDITO: O quê?

MÁRCIO: pra desfazer.

EXPEDITO: Juca, eu tô aqui, como você disse pra mim. Falou pra ele. Eu tô aqui. (..)

MÁRCIO: nós vamos no cartório ... (...) No cartório, entendeu? E depois você me encaminha o AR (fl. 223). ( ... )

Aos 45'19":

MÁRCIO: Eu disse a eles : 'olha, eu não acredito nisso aqui. Assim, pra mim esses caras pegaram, foram juntando as coisas, puseram isso aí e ele assinou. Ele assinou porque isso aqui não é da cabeça dele". Até juntaram ... ( ... ) Esses papeis ficaram presos?

EXPEDITO: ficou tudo lá, pô. Ficou tudo lá, rapaz. O original, Tudinho.

MÁRCIO: vamos resolver.

EXPEDITO: vai dar certo, ele vai ser o deputado mais votado do Estado. Vai dar certo.

[...]

MÁRCIO: Ele deve chegar hoje, chegar amanhã. Mas aí eu vou falar com ele, pra juntar esse negócio, aí eu vou trazer o teu. [...]

Aos 48'08":

MÁRCIO: tem que sair como 'eu não li, não sei ler' (fl. 224).

Aos 49'38": [...]

MÁRCIO: E não adianta que com eles , mesmo que quisessem, não tinha como você ficar perto deles. ( ... ) Agora comigo tu pode ficar. Não tem problema nenhum. Tu pode ser funcionário da Assembleia até nós ver o que que acontece. Nós vamos ganhar a eleição lá, se Deus quiser (fl. 225).”

Observe-se que há apenas a menção genérica a “ *ele*” ou a “ *eles*” . Nos outros trechos em que o nome ou o apelido dos parlamentares são mencionados, há a descrição de meras conversas laterais, fatos irrelevantes, como a ida de MÁRCIO JUNQUEIRA à casa de EDUARDO DA FONTE, desvinculada de qualquer ato de obstrução, e informações recebidas de terceiros, o que é insuficiente para que se possa concluir pela coautoria ou participação de CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE nos fatos descritos na denúncia.

Além da ausência de indicação de ação ou omissão juridicamente relevante por parte dos parlamentares denunciados, o próprio codenunciado MÁRCIO JUNQUEIRA, ao ser ouvido no âmbito deste

Inquérito, **afirmou que não tinha conversado com CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE sobre os encontros e acertos mantidos com JOSÉ EXPEDITO**, com exceção de uma única oportunidade em que mencionou, brevemente, com o segundo parlamentar, sobre as dificuldades financeiras da testemunha, **senão observe-se** (AC 4383, eDOC 61, fls. 230/231):

"QUE nunca falou com o Deputado EDUARDO DA FONTE a respeito de dívidas de JOSÉ EXPEDITO, salvo a situação específica da LAND ROVER acima relada; **QUE nunca houve do Deputado EDUARDO DA FONTE qualquer interesse no sentido de resolver questões referentes a JOSÉ EXPEDITO, seja no que se refere a quitações de dívidas, seja no que se refere a elaboração do citado termo para 'desdizer' as declarações prestadas à Polícia Federal**"; QUE ao afirmar que trataria dos boletos com 'eles' se referia a *EDUARDO DA FONTE e a CIRO NOGUEIRA, mas desde já deixa claro que apenas utilizou o nome dos parlamentares neste diálogo como forma de JOSÉ EXPEDITO não se sentir excluído . QUE os parlamentares não tinham conhecimento de que o declarante usara os seus nomes nesses diálogos com JOSÉ EXPEDITO no Conjunto Nacional. [...]*

QUE em nenhum momento atuou no sentido de convencer JOSÉ EXPEDITO a contrariar declarações prestadas à Polícia Federal; **QUE em nenhum momento foi procurado por CIRO NOGUEIRA ou por EDUARDO DA FONTE para tentar convencer JOSÉ EXPEDITO a silenciar ou a contrariar seus depoimentos prestados à Polícia Federal.**

"

A suposta tentativa de intimidação e de compra de silêncio praticada por intermédio de ELIAS MANUEL DA SILVA é ainda mais lacônica e evasiva. Observe-se o que consta da denúncia (fls. 10/11):

"Além de Márcio, as intimidações a JOSÉ EXPEDITO a mando dos dois parlamentares denunciados foram feitas também por *ELIAS MANUEL DA SILVA*, contador do Partido Progressista (PP). Em 06/12/2017, foi marcado um encontro em Recife com o advogado *ELIAS*. Recebeu dele duzentos reais e mais mil reais, quando já estava no aeroporto para pegar o voo de volta.

A imputação contida na denúncia, relativa a esse ponto, se resume a esse parágrafo. No que se refere à participação dos parlamentares CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE nesses fatos, consta da denúncia duas notas de rodapé.

A primeira diz que “ *ELIAS ocupa um cargo na Receita Estadual ou Federal em Juazeiro do Norte/CE por indicação de EDUARDO DA FONTE* .” (fl. 10, nota de rodapé 19). Já na segunda consta que Elias seria contador do PP e pessoa ligada a EDUARDO DA FONTE, mantendo contato telefônico com o denunciado e realizando atividades de contabilidade para as empresas do parlamentar (fl. 11, nota de rodapé 22).

Reforço que a denúncia não pode se basear em meras relações pessoais ou presunções, sem a descrição mínima, fundamentada em provas idôneas, das circunstâncias indicativas da participação dos acusados.

Do contrário, tem-se não apenas a admissão de uma acusação com base em peça inepta e destituída de justa causa, mas também a adoção de um modelo de responsabilidade penal objetiva incompatível com os direitos e garantias fundamentais dos acusados.

Portanto, conclui-se que não há, na peça acusatória, a descrição suficiente de ação ou omissão juridicamente relevante imputável aos denunciados CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE.

Em verdade, a denúncia baseia-se precipuamente nas palavras da testemunha JOSÉ EXPEDITO que, embora não tenha celebrado acordo, adotou a postura de colaborador, razão pela qual foi inclusive exonerado de qualquer responsabilidade.

Sobre esse tema, reforço que a nova redação do art. 4-A, §16, II, da Lei 12.850/2013, proíbe o recebimento da denúncia com base apenas nas palavras do colaborador:

“Art. 4º-A  
[...]  
§ 16. Nenhuma das seguintes medidas será decretada ou proferida com fundamento apenas nas declarações do colaborador:  
[...]  
II - recebimento de denúncia ou queixa-crime;

Portanto, a descrição genérica e desamparada em idôneos elementos de prova incorre nos vícios da inépcia e ausência de justa causa para a instauração da ação penal em relação aos denunciados CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE.

Por esse motivo, também voto pela **rejeição da denúncia em virtude da inépcia formal e da ausência de justa causa da peça inicial acusatória, nos termos do art. 395, I e III, do CPP .**

### **Da atipicidade das condutas imputadas aos acusados pela ausência de elementar**

A defesa de Ciro Nogueira e de Eduardo da Fonte alega que os fatos descritos na denúncia seriam atípicos. A atipicidade decorreria: a) da ausência da prática de qualquer ato concreto de embaraço, como a retificação do depoimento prestado pela testemunha JOSÉ EXPEDITO, o que indicaria que o crime não passou da fase de cogitação; b) porque os atos de obstrução e embaraço não ocorreram no curso de investigação de infração penal que envolvia organização criminosa, mas sim na fase processual da *persecutio criminis*.

Em relação à primeira alegação, entendo que ela deve ser afastada, uma vez que o crime de embaraço às investigações é comum e de mera conduta (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Livro eletrônico (e-book). Posição 1.956), de modo que qualquer ato material que busque atingir essa finalidade já é suficiente para fins de consumação, independentemente da ocorrência do resultado naturalístico.

No que se refere ao segundo argumento, é importante transcrever novamente o teor da norma contida no art. 2º, §1º, da Lei 12.850/2013, para melhor compreensão da controvérsia:

*“ Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: [...]*

*§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, **embaraça a investigação de infração penal** que envolva organização criminos a.”*

De acordo com a defesa, não seria possível, segundo as técnicas de interpretação de leis aplicáveis ao Direito Penal, a consumação do crime na fase posterior, em que judicializada a pretensão punitiva estatal.

Entendo que assiste razão à defesa dos denunciados.

Isso porque, de acordo com os autos, os supostos crimes de obstrução à justiça ocorreram entre **outubro de 2017 e março de 2018**. Nesse período, a Procuradoria-Geral da República já havia oferecido denúncia relativa ao objeto da investigação dos autos dos **INQ 4.074 e INQ 3.989**, o que se deu em **16.11.2016 e 4.9.2017**, respectivamente.

Em relação ao **INQ 4.631**, também mencionado na denúncia, é importante registrar que não houve tentativa de obstrução em relação a essas investigações, conforme corretamente observado pela autoridade policial.

Nessa linha, o Delegado responsável pelo caso esclareceu que a indicação do referido inquérito, enquanto objeto da obstrução, ocorreu por mero erro material:

“[...] nos documentos policiais que instruem as ações cautelares nos. 4375, 4376, 4383 e 4384 (objeto deste relatório), afirmo que as condutas de MÁRCIO JUNQUEIRA e dos parlamentares CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE tinham como propósito o embaraço às investigações formalizadas no Inq. 4631/DF. **Existe, portanto, erro material, uma vez que as declarações prestadas por JOSÉ EXPEDITO à Polícia Federal em outubro de 2016 foram de fato juntadas aos Inqs. 3989/DF e 4074/DF. Portanto, nas repetidas investidas a JOSÉ EXPEDITO, o ex-deputado federal MÁRCIO JUNQUEIRA, agindo por determinação de CIRO NOGUEIRA e de EDUARDO DA FONTE, na verdade embaraçou as investigações formalizadas nos Inqs. 3989/DF e 4074/DF, procedimentos nos quais foram juntados os termos de declarações de JOSÉ EXPEDITO e os respectivos relatórios de análise da Polícia Federal.** Importante consignar que tal correção não modifica em absolutamente nenhum aspecto as conclusões e análises policiais. **Apenas fica esclarecido que as condutas de CIRO NOGUEIRA, EDUARDO DA FONTE e**

MÁRCIO JUNQUEIRA não se destinavam ao embarço do Inq. 4631 /DF, mas sim dos Inqs. 3989/DF e 4074/DF.” (AC 4383, Apenso 2, p. 412, eDOC 71)

Diante desse contexto, é possível concluir com absoluta segurança que à época dos fatos inexistia qualquer investigação em curso sobre crimes praticados por organização criminosa, já que os dois inquéritos que teriam sido objeto de obstrução se encontravam na fase de recebimento da denúncia.

Essa circunstância é suficiente para se concluir pela atipicidade do crime de obstrução de justiça, uma vez que o tipo legal restringe expressamente o âmbito de alcance da norma penal incriminadora aos atos de impedimento ou obstrução praticados **na fase pré-processual de investigação**.

Nessa linha, destaco o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt e Paulo Busato sobre o tema:

“A terminologia do direito penal, e, particularmente, do processo penal são precisas e conhecidas de todos os operadores especializados, isto é, têm sentido e significado próprios. ‘Investigação criminal’ ou ‘investigação de infração penal’ têm significado específico e limitado, referindo-se à fase pré-processual, isto é, à fase preliminar, puramente administrativa, anterior ao processo penal ou judicial propriamente dito. Quando o legislador quer dar-lhe abrangência maior usa outros termos, tais como *processo judicial*, *processo criminal*, *fase processual* ou simplesmente *processo*, como ocorre, por exemplo, no crime de “coação no curso do processo” (art. 344 do CP), pois, nesse dispositivo do Código Penal, o legislador refere-se expressamente a ‘processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral’. [...] Aliás, a própria Lei n. 12.850, ao tipificar o crime do art. 21, reconhecendo a distinção entre *investigação* e *processo*, estabelece “*no curso de investigação ou de processo*” . (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo. **Comentários à Lei de Organização Criminosa** . Livro eletrônico (e-book). Posição 1.845).

José Paulo Baltazar Jr. compartilha o mesmo entendimento, ao afirmar que “*o objeto da ação (do crime de obstrução de justiça) será a investigação de infração penal que envolva organização criminosa, não podendo ser*

*reconhecido o delito quando a conduta se der na fase de ação penal*” (BALTAZAR JR., José Paulo. **Crimes Federais**. Livro eletrônico (e-book). Posição 37.293)

Anote-se que entendimento em sentido contrário acarretaria na violação do princípio da legalidade penal estrita, também conhecido como princípio da tipicidade, que está previsto no artigo 5º, inciso XXXIX e no artigo 1º do Código Penal.

De acordo com essas normas: a) não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; b) a interpretação dos tipos penais deve ser realizada de forma estrita, sendo proibido o uso da analogia *in malam partem* ou da interpretação extensiva para fins penais.

Corroborando esse raciocínio, Cezar Roberto Bittencourt destaca que:

“Com a interpretação extensiva [...] criam-se, a rigor, novos crimes, quais sejam, embaraçar ou impedir *processo judicial*, condutas, evidentemente, não contempladas no tipo penal. Nessas hipóteses, o *intérprete* estaria substituindo o próprio legislador, criminalizando novas figuras penais que não constam do ordenamento jurídico, violando os princípios da legalidade e da reserva legal, insculpidos na Constituição Federal” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Livro eletrônico (e-book). Posição 1.919).

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência pacífica nesse sentido. Nessa toada, no julgamento do RHC 121.835-AgRg, a Corte assentou a impossibilidade de se processar e condenar réus pelo crime de lavagem de dinheiro decorrente de organização criminosa por fatos anteriores ao advento das Leis 12.683/2012 e Lei 12.950/2013, tendo em vista o princípio da legalidade formal e estrita e a proibição da analogia *in malam partem*.

Veja-se a ementa do acórdão:

RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” – LAVAGEM DE DINHEIRO – ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE – QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA “ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”) – CONDUTAS

PRATICADAS ENTRE 1998 E 1999, MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCÇÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO – INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – DOCTRINA – PRECEDENTES – INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – **Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento.** Doutrina. Precedentes (STF). – As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (RHC 121835 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 13/10/2015)

Portanto, argumentos sobre a desproporcionalidade da não punição de atos de embaraço praticados no curso do processo, sobre a finalidade da norma penal incriminadora do art. 2º, §1º, da Lei 12.850/2013 ou relativos à interpretação extensiva de tipos penais não devem ser admitidos, ainda que apresentem, *de lege ferenda*, críticas pertinentes à atuação do legislador.

Do contrário, tem-se a adoção de um modelo de Direito Penal infenso aos fundamentos básicos do garantismo penal e do Estado Democrático de Direito, que passa a admitir a criminalização de condutas fluidas, abertas ou determinadas *a posteriori*, o que contraria não só o princípio da legalidade penal, mas também a segurança jurídica e a própria concepção de justiça.

Destaque-se que a apresentação de denúncia por fato atípico deve ensejar a rejeição da inicial acusatória por inépcia ou a absolvição sumária dos acusados (art. 395, I e art. 397, III, do CPP, art. 6º da Lei 8.038/90 e art. 231, §4º, “c”, do RISTF), não sendo papel do Judiciário a correção da tipificação para poder “salvar” a peça inicial dotada de vício insanável.

Nessa linha, a jurisprudência do STF é pacífica quanto à impossibilidade de modificação da classificação jurídica contida na denúncia por parte do Poder Judiciário, ressalvados os excepcionais casos em que essa alteração seja mais favorável ao réu em termos de procedimento ou de suspensão condicional do processo, por exemplo, ou nas hipóteses em que a desclassificação impactar na definição da competência.

Vejam-se os seguintes precedentes:

[...] 4. De um lado, não pode o órgão jurisdicional, liminarmente, substituir-se ao Ministério Público - titular exclusivo da ação penal - e, a fim de retificar-lhe a classificação jurídica proposta, aditar à denúncia circunstância nela não contida, ainda que resultante dos elementos informativos que a instruem. 5. Por outro lado, carece de justa causa a denúncia, tanto quando veicula circunstância essencial desamparada por elementos mínimos de suspeita plausível da sua realidade, quanto se omite circunstância do fato, igualmente essencial à sua qualificação jurídica, cuja realidade os mesmos elementos de informação evidenciem. 6. Verificada essa última hipótese, não podia ser recebida a denúncia, nem sob a capitulação que formula - fruto da omissão de circunstância do fato, que a inviabiliza -, nem mediante desclassificação que a ajustasse aos dados unívocos do inquérito, solução que implicaria inadmissível aditamento, pelo juízo, de fato não constante da imputação formulada pelo Ministério Público. 7. HC deferido para rejeitar a denúncia, sem prejuízo de que outra seja adequadamente oferecida.

(HC 84653, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 02/08/2005, DJ 14-10-2005 PP-00011 EMENT VOL-02209-02 PP-00275)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA CAPITULAÇÃO NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA . CONCESSÃO DE SURSIS PROCESSUAL: IMPOSSIBILIDADE. NÃO-APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 168-A, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. PEDIDO DE

TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Não é lícito ao Juiz, no ato de recebimento da denúncia, quando faz apenas juízo de admissibilidade da acusação, conferir definição jurídica aos fatos narrados na peça acusatória. Poderá fazê-lo adequadamente no momento da prolação da sentença, ocasião em que poderá haver a *emendatio libelli* ou a *mutatio libelli*, se a instrução criminal assim o indicar. 2. Não-aplicação, por analogia, do § 2º do art. 168-A, do Código Penal, à espécie, quanto à extinção da punibilidade do Paciente, em razão de ter ele restituído a quantia devida à vítima antes do oferecimento da denúncia. 3. O trancamento da ação penal, em habeas corpus, apresenta-se como medida excepcional, que só deve ser aplicada quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 4. Ordem de Habeas corpus denegada.

(HC 87324, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00082 EMENT VOL-02276-02 PP-00217 RJSP v. 55, n. 356, 2007, p. 177-186)

Idêntico posicionamento é seguido pelo STJ, que destaca a violação ao princípio da inércia da jurisdição na decisão do magistrado que busca alterar, na fase de recebimento da denúncia, a classificação jurídica dos fatos estabelecida pela acusação:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ARTIGO 2º, INCISO I, DA LEI 8.137/1990). MAGISTRADO DE ORIGEM QUE ALTERA A CAPITULAÇÃO JURÍDICA DADA AOS FATOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NO MOMENTO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INÉRCIA, À TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL E ANTECIPAÇÃO DO JUÍZO DE MÉRITO DA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO A PARTIR DOS PARÂMETROS FORNECIDOS PELO ÓRGÃO ACUSATÓRIO NA PEÇA INAUGURAL. EXISTÊNCIA DE MOMENTO ADEQUADO PARA O JUIZ CORRIGIR A TIPIFICAÇÃO ELABORADA PELO PARQUET. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.

PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Um dos princípios que rege a jurisdição criminal é o da inércia, pelo qual o Estado-juiz só atua quando provocado, não podendo

instaurar ações penais de ofício, característica que se revela evidente no processo penal, já que é incumbência do ofendido a promoção da ação penal privada, ao passo que a ação penal pública compete privativamente ao Ministério Público, consoante os artigos 129, inciso I, da Constituição Federal, e 24 e 257, inciso I, do Código de Processo Penal.

2. Considerando-se que a persecução criminal é iniciada, via de regra, a partir da denúncia formulada pelo órgão ministerial ou da queixa apresentada pelo ofendido, não se pode olvidar que é a partir do exame das referidas peças processuais que o magistrado analisará a presença das condições da ação, a fim de que acolha, ou não, a inicial acusatória.

3. A verificação da existência de justa causa para a ação penal, vale dizer, da possibilidade jurídica do pedido, do interesse de agir e da legitimidade para agir, é feita a partir do que contido na peça inaugural, que não pode ser corrigida ou modificada pelo magistrado quando do seu recebimento. Doutrina.

4. Ainda que se trate de mera retificação da capitulação jurídica dos fatos descritos na vestibular, tal procedimento não pode ser realizado no momento do recebimento da inicial, sendo cabível apenas quando da prolação da sentença, nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ e do STF.

[...].

10. Recurso provido para anular a decisão que alterou a capitulação jurídica dos fatos dada pelo Ministério Público, declarando-se a extinção da punibilidade do recorrente pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

(RHC 27.628/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 03/12/2012)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSIDADE IDEOLÓGICA EM DOCUMENTO PARTICULAR, INVASÃO DE TERRAS PÚBLICAS E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA POR CRIME DIVERSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO AO CRIME DE FALSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. Por ser mero juízo de admissibilidade, não pode o julgador, na decisão prelibatória da ação penal, alterar a capitulação jurídica apresentada pelo órgão acusador.

2. Precedentes do STJ e do STF.

3. Ordem concedida para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva em relação, apenas, ao delito de falsidade ideológica em documento particular atribuído ao paciente.

(HC 142.099/AC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 01/02/2010)

Portanto, reputo inviável a solução proposta pelo Relator de eventualmente se receber a denúncia pelo crime de falso testemunho, previsto pelo art. 343 do Código Penal.

Destaque-se que a alteração da classificação jurídica dos fatos denunciados somente pode ocorrer na fase de sentença, nos termos do art. 383 do CPP, quando a instrução demonstrar a inadequação da capitulação inicialmente estabelecida.

Ou seja, é possível que o magistrado, ao final do processo, corrija o enquadramento legal do fato criminoso, após apreciar, em cognição exauriente, todas as provas produzidas pelas partes que sejam capazes de influenciar o seu convencimento.

Por outro lado, quando a inadequação típica é vislumbrada no início do processo, na fase de oferecimento da denúncia, deve o juiz reconhecer a atipicidade ou o vício da peça acusatória, abstendo-se de modificar ou aditar a denúncia, sob pena de violação ao princípio da inércia da jurisdição.

Corroborando esse raciocínio, Guilherme de Souza Nucci destaca que a retificação da denúncia *ex officio*, pelo magistrado, representa um “*indevido prejudgamento, tornando parcial o juízo*”. (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 713).

Por todos esses motivos, concluo pela atipicidade da imputação de obstrução de justiça, tendo em vista a ausência da elementar típica da existência de investigações em andamento, com a consequente rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, II, do CPP.

#### **Da nulidade das provas produzidas pela testemunha e obtidas através da ação controlada**

Também entendo que assiste razão à defesa em relação à alegação de nulidade das provas produzidas pela testemunha e colaborador JOSÉ EXPEDITO RODRIGUES ALMEIDA.

Em relação a essa questão, a defesa dos denunciados afirma que houve verdadeira infiltração de agentes, com incitação a crimes, em hipótese não permitida pela legislação, o que entendo ter ocorrido.

Com efeito, a representação pela ação controlada formulada pela autoridade policial, com base no artigo 8º da Lei Federal 12.850/2013, tinha como objetivo acompanhar as atividades de JOSÉ EXPEDITO, MÁRCIO JUNQUEIRA, ELIAS MANOEL, CIRO NOGUEIRA e EDUARDO ALBUQUERQUE DA FONTE.

Destaque-se que a representação formulada pela autoridade policial foi corroborada pela Procuradoria-Geral da República. Em **23.2.2018**, a solicitação foi deferida pelo Ministro Edson Fachin, nos autos da ação cautelar nº 4.376.

Anote-se que os institutos da ação controlada e da infiltração de agentes estão dispostos na Lei 12.850/2013, nos seguintes termos:

**Art. 8º Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.**

**Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.**

As normas legais deixam claro que se trata de institutos distintos que seguem, portanto, requisitos e procedimentos diferenciados.

Pelo que se extrai da norma, a ação controlada objetiva retardar a intervenção policial ou administrativa em relação a ação da organização

criminosa. A partir da observação sobre a forma de funcionamento da organização criminosa, a medida legal deve se concretizar no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.

Nessa linha, Geraldo Prado e William Douglas definem ação controlada como uma **vigilância da polícia sobre a atividade criminosa**, que é acompanhada até o momento mais adequado/eficaz do ponto de vista da formação das provas e da obtenção de informações (PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. **Comentários à Lei do Crime Organizado**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995, p. 49-50).

De acordo com Cezar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato, “ a observação e acompanhamento permanentes são elementos essenciais da ação, desde o momento da primeira situação de flagrante até quando efetivamente ele ocorrerá” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Livro eletrônico (e-book). Posição 3.060).

Portanto, a norma autoriza que a autoridade policial observe, monitore e aguarde o momento da formação de provas e informações, **sem interação direta ou qualquer tipo de instigação ou induzimento à prática de crimes com os membros da Orcrim**.

Ou seja, a lei é clara ao definir a ação controlada como uma hipótese de **flagrante retardado, prorrogado ou diferido**, que não pode ser confundido com o flagrante esperado e nem com o flagrante preparado.

Nessa linha, Cezar Roberto Bittencourt e Paulo César Busato destacam que:

“No **flagrante esperado**, o que ocorre é que a autoridade, que detém uma informação privilegiada a respeito de algo que irá ocorrer, monitora a situação, aguardando que ocorra a situação de flagrante, em princípio, inexistente. A prisão ocorre, então, imediatamente em relação à configuração do estado de flagrância. No **flagrante prorrogado**, a situação deve ser de permanência do delito [...] e a vigilância policial também se protraí no tempo, aguardando o momento mais apropriado para realizar a captura onde a comprovação delitiva esteja mais evidente. [...]

As duas situações são obviamente diferentes do **flagrante preparado**, que nulifica a prisão segundo o enunciado sumular n. 145 do Supremo

Tribunal Federal, uma vez que, neste caso, o autor do crime é induzido arditosamente a praticar o delito” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Livro eletrônico (e-book). Posição 3.130)

Por outro lado, a infiltração de agentes é mais complexa. Nela o agente possui tarefas (art. 11), há a prática de condutas ativas de infiltração, previamente autorizadas (art. 12, § 1º), com a exclusão de eventuais crimes praticados quando se caracterizar situação de inexigibilidade de conduta diversa (artigo 13, parágrafo único).

Vinícius Gonçalves destaca que o agente infiltrado é compreendido como “ *o funcionário de investigação criminal ou um terceiro (subordinado à polícia) que atua ocultando sua qualidade, visando conquistar a confiança dos possíveis criminosos e, conseqüentemente, à obtenção de provas que possam incriminá-los* ”. (GONÇALVES, Vinícius. **O Agente Infiltrado Frente ao Processo Penal Constitucional** . Ed. Arraes, 2014, p. 12).

Portanto, na infiltração de agentes, o agente interage com os membros da organização criminosa de forma ativa e constante.

Ainda assim, a interação deve se limitar à obtenção de informações e identificação dos agentes da Orcrim, não podendo acarretar no induzimento ou na incitação para a prática de crimes que serão posteriormente denunciados, sob pena de atipicidade do fato e nulidade das provas obtidas.

Nesse sentido, no precedente do caso Teixeira de Castro v. Portugal, julgado em 1998, a Corte Europeia de Direitos Humanos assentou a nulidade das provas obtidas por dois agentes policiais disfarçados que provocaram e instigaram o Sr. Francisco Teixeira de Castro a promover a venda de haxixe e heroína (MACHADO, Luís Henrique. **Os limites para uso de agentes infiltrados nas investigações**. Portal Eletrônico Jota. 9 jun. 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reflexoes-sobre-o-agente-infiltrado-09062016>).

A Corte reconheceu a atuação dos policiais como circunstância determinante para a ocorrência do crime, já que a infração ocorreu a partir da exclusiva incitação realizada pelas autoridades públicas, inexistindo provas suficientes da sua ocorrência sem essa indevida interferência (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Teixeira de Castro x**

**Portugal** , disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':\['001-58193'\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':['001-58193']}) , p. 9, tradução livre).

Ao considerar a ocorrência dessa incitação, o Tribunal reconheceu a violação do direito do cidadão a um julgamento justo, nos termos estabelecidos pelo art. 6º, §1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que prevê que “ *Na resolução de qualquer acusação criminal, assegura-se a todos o direito a um contraditório justo perante um tribunal*” (CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Teixeira de Castro x Portugal** , disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':\['001-58193'\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{'itemid':['001-58193']}) , p. 9, tradução livre).

Ressalte-se que o debate sobre a ilicitude da incitação de crimes também permeia as discussões doutrinárias existentes no Brasil. Ao tratar da figura do agente infiltrado, Wellington Cabral Saraiva escreve que:

“Uma das principais cautelas que deve haver na utilização da prova oriunda do agente infiltrado diz respeito à ocorrência de induzimento ao crime por parte daquele. Na teoria e na prática dos países de língua inglesa, em que o uso de agente encoberto é mais disseminado, o induzimento à perpetração de crime que de outra forma não ocorreria é conhecido como *entrapment*, termo que poderia ser traduzido como ‘armadilha’ ou ‘cilada’, ou, de forma livre, como ‘induzimento malicioso’. Dá-se quando o indivíduo é levado a cometer delitos por agente provocador, o que no Brasil costuma ser designado como *flagrante preparado* ou *flagrante forjado* . [...]”

Devem o Ministério Público e juiz atentar para a ocorrência dessa forma de induzimento, a fim de não se gerar acusação e condenação injustas. Doutrina e jurisprudência não consideram ocorrer delito nesse caso e o diferenciam do chamado flagrante esperado, em que a polícia toma conhecimento antecipadamente do cometimento do ilícito e se prepara para realizar a prisão nesse momento.” (SARAIVA, Wellington Cabral. Obtenção de prova decorrente de agente infiltrado. *In* : SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. **A Prova no Enfrentamento à Macrocriminalidade**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm. p. 404-405).

A existência de flagrante provocado também já foi reconhecida pelos tribunais pátrios.

No âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, essa situação ocorreu durante o julgamento de representação eleitoral baseada em provas obtidas por agentes infiltrados que instigaram a compra de votos por parte de então candidato a vereador pelo Município de Porto Velho/RO.

Nesse caso, o Tribunal acabou por reconhecer a ilicitude das provas, conforme se observa da ementa:

RECURSO ESPECIAL E AÇÃO CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. CARGO VEREADOR. INFILTRAÇÃO DE AGENTES POLICIAIS. FLAGRANTE PREPARADO. PROVA ILÍCITA.

[...]

**2. De acordo com as informações registradas no acórdão recorrido, houve infiltração, autorizada judicialmente, de agente policial em turma de formandos, o qual foi responsável por estabelecer contatos com o candidato e por marcar reuniões, inclusive a que resultou no flagrante da suposta captação ilícita de sufrágio.**

**3. A atuação do agente infiltrado não se resumiu à de mero observador dos acontecimentos, participando ele ativamente no desenrolar dos eventos que culminaram na prática do ilícito eleitoral, de modo a ficar caracterizado o flagrante preparado. Ilicitude da prova colhida e daquelas derivadas.**

Recurso especial provido. Ação cautelar julgada prejudicada. [...]

(Recurso Especial Eleitoral nº 67604, Acórdão, Relator(a) Min. Henrique Neves Da Silva, Publicação: DJE - Diário da justiça eletrônica, Tomo 218, Data 19/11/2014, Página 25-26)

A jurisprudência do STF possui entendimento consolidado quanto à configuração de crime impossível na hipótese de flagrante preparado ou crime provocado:

SÚMULA 145 - Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.

Essa posição foi reafirmada no julgamento do HC 84.723, de Relatoria do Ministro Celso de Mello.

Nesse precedente, o ilustre Relator destacou a absoluta nulidade das provas e do processo decorrente de crimes provocados, ao aduzir que a “*alegada ocorrência de ‘delito de ensaio’ não se mostra superável com a mera prolação da sentença penal condenatória, mesmo porque a eventual constatação do ‘flagrante preparado’ terá como consequência a própria invalidação da ‘persecutio criminis’ (Súmula 145/STF ). (STF, HC 84.723, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.2.2006).*”

Nesse mesmo julgado, o Ministro Celso de Mello registrou ainda outros precedentes mais antigos deste Tribunal, ao afirmar que “*A jurisprudência desta Suprema Corte já firmou entendimento no sentido de que a comprovada ocorrência de ‘flagrante preparado’ constitui situação apta a ensejar a nulidade radical do processo penal (RTJ 130/666, Rel. Min. Carlos Madeira - RTJ 140/936, Rel. Min. Ilmar Galvão – RTJ 153/614, Rel. Min. PAULO BROSSARD, v.g.)” (STF, HC 84.723, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 21.2.2006).*”

Assentadas essas premissas, no caso em análise **observo que as provas dos autos dão conta da existência de, pelo menos, oito encontros entre a testemunha e o codenunciado Márcio Junqueira, com diversas interações ativas e a acerto sobre a possível prática de crimes entre ambos.**

Nessa linha, observa-se que a testemunha José Expedito atuou, em diversas oportunidades, para incitar e instigar a prática dos crimes, ao exigir o recebimento de valores e demandar a realização de reuniões com o denunciado MÁRCIO JUNQUEIRA.

Destarte, entendo que assiste razão à defesa quando aduz que a referida testemunha atuou como verdadeiro agente infiltrado e provocador dos crimes denunciados, embora sem a existência de prévia decisão judicial autorizativa, já que o eminente Relator deferiu **apenas a realização da ação controlada em 23.2.2018, o que se restringe ao procedimento de flagrante diferido .**

O próprio depoimento da testemunha reforça essa conclusão. Com efeito, José Expedito destaca a sua participação ativa, a partir de **outubro de**

2017 , ou seja, bem antes da autorização judicial concedida nestes autos, para a obtenção de provas e a incitação da prática de possíveis atos criminosos por parte de MÁRCIO JUNQUEIRA:

**“ QUE esclarece que saiu do programa de proteção a testemunha em junho de 2017; QUE após alguns contatos marcou encontro com MÁRCIO JUNQUEIRA em 11/10/2017 no aeroporto de São Paulo; QUE sabe esta data com precisão porque neste mesmo período foi recepcionar sua namorada no aeroporto de Guarulhos ; [...]; QUE neste encontro tratou com MÁRCIO JUNQUEIRA sobre sua situação e sobre os depoimentos prestados na polícia federal, ocasião em que MÁRCIO disse que iria ajudar o declarante falando pessoalmente com a Deputado EDUARDO DA FONTE e SENADOR CIRO NOGUEIRA ; Q UE o declarante alegou para MÁRCIO que tinha que receber uma indenização trabalhista pelos quase vinte anos que trabalhou para referidos parlamentares; QUE nesta mesma ocasião MÁRCIO reforçou que iria ajudá-lo, inclusive lhe deu R\$ 2.500,00 para custear pequenas despesas; QUE o dinheiro foi repassado em espécie na mesa do restaurante dentro do próprio aeroporto; QUE a partir desse encontro passou a manter contato com MÁRCIO JUNQUEIRA e ELIAS ; [...] QUE no mês de novembro de 2017 veio a Brasília chamado por MÁRCIO JUNQUEIRA para receber mais um pagamento ; QUE nesta ocasião se deslocou de ônibus desembarcando na rodoviária de Brasília de onde pegou um *Uber* para casa de MÁRCIO JUNQUEIRA no Lago Norte; QUE neste dia recebeu R\$ 2.500,00, mais o valor da passagem de ônibus; QUE utilizou esse valor para pagar despesas com oficina mecânica; QUE neste período recebeu orientação de MÁRCIO JUNQUEIRA ‘para desaparecer’, inclusive não vindo mais a Brasília e nem a Recife; QUE foi prometido ao declarante um recurso mensal na ordem de R\$ 5.000,00 para que permanecesse calado em relação aos fatos denunciados e desaparecesse; QUE após questionado, reitera que as tratativas com MÁRCIO JUNQUEIRA e ELIAS eram sempre nesse sentido, chegando os mesmos a afirmar que seria a orientação dada pelos parlamentares EDUARDO DA FONTE e CIRO NOGUEIRA; QUE foi marcado um outro encontro em Recife desta feita com o advogado ELIAS para receber mais pagamentos; QUE neste ato exhibe registro fotográfico armazenado em seu celular contendo a foto do bilhete aéreo utilizado no deslocamento de São Paulo /Recife o qual indica a data de 06/12/2017; QUE nesta ocasião marcou o encontro com ELIAS em seu escritório na revenda Mitsubishi; QUE no escritório recebeu o valor de R\$ 200,00 e depois em um outro momento já no aeroporto de Recife ELIAS lhe repassou mais R\$ 1.000,00; QUE as**

despesas de deslocamento foram pagas por ELIAS; [...] QUE afirma o declarante que de Recife seguiu para Maceió onde permaneceu por alguns dias; QUE de Maceió se deslocou para Brasília para um novo encontro com MÁRCIO JUNQUEIRA; QUE neste ato apresenta registro fotográfico do localizador da passagem aérea utilizada para esse encontro em Brasília, onde indica a data de 14/12/2017; QUE nesta ocasião recebeu R\$ 1.500,00 para custear pequenas despesas e uma dívida com oficina; QUE reitera que sempre nesses encontros recebia orientação para permanecer calado e desaparecer; QUE foi prometido ao declarante um emprego com salário de R\$ 8.000,00 logo que os processos da lava jato acabasse; QUE igualmente era prometido resolver a situação da indenização trabalhista dos quase vinte anos de serviços prestados; QUE reitera que tais orientações eram repassadas por MÁRCIO JUNQUEIRA e ELIAS a mando do Deputado EDUARDO DA FONTE e SENADOR CIRO NOGUEIRA; [...] QUE o novo encontro com MÁRCIO JUNQUEIRA se deu no final do mês de dezembro de 2017, em Brasília, ocasião em que recebeu o pagamento de R\$ 2.200,00, mais as despesas de passagens de ônibus; QUE o último encontro se deu na cidade de Campinas/SP, onde a convite de MÁRCIO JUNQUEIRA se hospedou no Hotel MELIÁ de Campinas, especificamente no apartamento 228, conforme cartão de acesso que ora apresenta ; [...] QUE a conversa com MÁRCIO foi bastante dura, tendo ele reforçado para o declarante ficar em silêncio, desaparecer e terminantemente proibido de voltar a Brasília/DF ou Recife/PE; QUE recebeu R\$ 5.000,00 e mais o valor das passagens de ônibus; QUE ficou ajustado um novo encontro para os próximos dias onde receberá mais valores; QUE o novo encontro ficou previamente agendado entre o dia 19 a 22.02.2018, ocasião em que receberia mais R\$ 5.000,00; QUE neste ato apresenta cartão de acesso a apartamento no Hotel MELIÁ, comprovante de bilhete aéreo, cupons fiscais de despesas pessoais ; QUE também apresenta parte do dinheiro recebido no último encontro, considerando que usou parte do recurso para pagar hospedagem em Brasília; QUE disponibiliza seu aparelho celular pessoal e que neste ato autoriza a extração dos dados armazenados; QUE igualmente autoriza o afastamento do seu sigilo telefônico incluindo acesso a comunicação através do aplicativo whatsapp visando colaborar com o investigação; [...]" (Termo de Declarações no. 5 de José Expedito Rodrigues Almeida, AC 4375, Apenso 1, fls. 17/19)."

Veja-se que não se trata de uma testemunha que estava sendo perseguida pelos denunciados. Pelo contrário, os relatos indicam claramente que era o Sr. JOSÉ EXPEDITO que buscava o contato com MÁRCIO JUNQUEIRA para exigir valores que entendia serem devidos.

Nesses encontros marcados por JOSÉ EXPEDITO em diversas oportunidades, a testemunha não só recebeu valores sem causa jurídica identificada, mas também foi colhendo provas e registros que foram posteriormente apresentados à Polícia Federal

Portanto, não há dúvidas que a testemunha JOSÉ EXPEDITO atuou efetivamente como agente infiltrado e provocador, uma vez que se manteve em contato próximo com o codenunciado MÁRCIO JUNQUEIRA por relevante período de tempo, tendo instigado a realização de encontros e a prática de crimes por parte do acusado.

Ressalte-se que as condutas praticadas pela testemunha e agente infiltrado possuíam objetivos pré-determinados: obter ganhos financeiros e excluir-se de qualquer responsabilidade penal a partir da colaboração espontânea e da colheita de provas que seriam posteriormente recompensadas com benefícios concedidos pelo Ministério Público Federal.

Nessa linha, a estratégia da testemunha foi exitosa, já que José Expedito não foi denunciado pelo crime de obstrução de justiça, mesmo após ter recebido dinheiros e valores mediante o ajuste ilícito e o objetivo declarado de se esconder dos órgãos de investigação e modificar os depoimentos já prestados.

Embora essa posição da PGR não seja suficiente para se concluir pela atipicidade da conduta imputada a todos os denunciados, tal como suscitado pela defesa do réu EDUARDO DA FONTE (fls. 192/193), uma vez que o crime de obstrução de justiça é comum e de mera conduta em relação ao núcleo do tipo “*embaraçar*” (BITTENCOURT, Cezar Roberto; BUSATO, Paulo César. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. Livro eletrônico (e-book). Posição 1.956) , trata-se de uma circunstância relevante para fins de análise da postura e dos benefícios obtidos por JOSÉ EXPEDITO no presente caso, com as respectivas repercussões sobre a licitude das provas e a tipicidade dos fatos narrados.

Reitere-se que a situação em análise não se assemelha à conduta passiva e de observação típica da ação controlada.

Outrossim, a ausência de prévia autorização judicial para a infiltração de agentes não constitui mera formalidade, uma vez que se exige a prolação de decisão que não só autorize a medida, mas também defina o seu alcance e os limites, de modo a inclusive afastar a ocorrência de atos de incitação, tal como ocorreu .

Desta feito, concludo pela ocorrência da nulidade das provas obtidas a partir desses encontros provocados, bem como das que foram obtidas após a decisão de ação controlada proferida pelo eminente Relator, tendo em vista a violação ao art. 5º, LVI, da CF/88 e à Súmula 145 desta Corte.

Por todos esses motivos, acolho a alegação de nulidade das provas suscitada pela defesa, o que também leva à rejeição da denúncia, nos termos do art. 395, II, do CPP.

### Conclusão

Ante o exposto, nos termos do art. 395, I, II e III, do Código de Processo Penal, **voto pela rejeição da denúncia** formulada pela Procuradora-Geral da República em **desfavor de** **Ciro Nogueira Lima Filho, Eduardo Henrique da Fonte Albuquerque Silva e de Márcio Henrique Junqueira Pereira** .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta do voto - 13/08/2021