

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES : Trata-se de denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República contra o Senador **CIRO NOGUEIRA LIMA FILHO** , o Deputado Federal **EDUARDO HENRIQUE DA FONTE ALBUQUERQUE SILVA** e contra **MÁRCIO HENRIQUE JUNQUEIRA PEREIRA** , pela prática prevista no § 1º, artigo 2º, da Lei n. 12.850/2013, que dispõe ser crime a conduta de *“impedir ou embaraçar investigação criminal que envolva organização criminosa”* .

O eminente Ministro EDSON FACHIN, Relator, recebeu a denúncia, sendo acompanhado pela Ministra CÁRMEN LÚCIA.

Pedi vista o Ministro GILMAR MENDES, trazendo agora seu voto, no sentido da **rejeição da denúncia**.

Vejam os.

I – Preliminar de ausência de prevenção e incompetência do Relator

Sustenta a defesa de **EDUARDO DA FONTE** a ausência de prevenção e incompetência do Relator, uma vez que inexistente conexão entre a imputação do delito de obstrução das investigações que envolva organização criminosa, com os demais inquéritos.

A eminente Ministra CÁRMEN LÚCIA, com fundamento no artigo 69, do Regimento Interno desta Suprema Corte, enquanto Presidente, decidiu manter o inquérito em questão sobre a Relatoria do Ministro EDSON FACHIN, *“por concluir haver conexão entre o presente processo e os inquéritos n. 3.989, n. 4.074 e n. 4.631”* .

Essa Decisão é exclusiva da Presidência e somente o Plenário da Corte é que pode modificá-la, o que não ocorreu (RISTF, art. 6º, II, “d”).

Rejeito, pois, essa preliminar.

II – Inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 12.850/2013

Sustenta a defesa de **CIRO NOGUEIRA** a inconstitucionalidade do § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 12.850/2013, nas expressões “embaraçar” e “de qualquer forma” , ao argumento de que são vagas e indeterminadas, portanto, incompatíveis com os princípios da legalidade estrita, da ampla defesa, do contraditório e do devido processo penal.

O dispositivo impugnado tem o seguinte teor:

“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 penal que envolva organização criminosa.

(...)

Como se vê da transcrição acima, o texto legal impugnado não contém expressões vagas ou imprecisas. O tipo penal nele descrito é preciso, comete o delito nele previsto quem **impede** ou **de qualquer forma embaraça** a investigação criminal.

O dispositivo em questão é claro em penalizar quem atrapalha as investigações, não havendo que se falar em violação aos direitos constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da legalidade estrita.

O bem jurídico tutelado pelo § 1º, do artigo 2º, da Lei n. 12.850/2013 é a administração da justiça, a quem compete elucidar crimes e prestar jurisdição sobre os fatos que lhe são apresentados.

Dessa forma, acompanho o eminente Relator ao concluir que o tipo penal impugnado “*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 escorreita prestação jurisdicional”.

Rejeito a preliminar.

III – Nulidade da interceptação telefônica

A defesa de **EDUARDO DA FONTE** argui que a decisão que deferiu a interceptação telefônica nos autos da AC n. 4.375, é nula porque não observou o princípio da subsidiariedade, nos termos do artigo 2º, II, da Lei n. 9.296/1996, vez que existindo outro meio disponível para produção de prova, no caso, a ação controlada que também foi deferida pelo Relator nos autos da AC n. 4.376, não poderia ser deferida a quebra do sigilo das comunicações.

A norma legal determina que a medida, para fins de prova em investigação criminal e instrução processual penal, somente pode ser decretada se (i) houver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal punida com pena de reclusão; (ii) se a prova não puder ser feita por outros meios.

Conforme consta do voto do Relator, a Procuradoria-Geral da República arguiu que o colaborador JOSÉ EXPEDITO não se encontrou pessoalmente com CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE, mas somente com MÁRCIO JUNQUEIRA que, supostamente estava a mando dos parlamentares investigados, bem como que manteve contato com prepostos daqueles, concluindo que *“dessa mesma maneira devem estar ocorrendo os contatos dos prepostos com os parlamentares”*.

Assim, entendo que só a ação controlada não seria capaz de elucidar as circunstâncias do crime que estaria ocorrendo a partir dos contatos telefônicos entre os denunciados.

Dessa forma, acompanho o voto do eminente Relator no sentido de estar preenchido o requisito da subsidiariedade, mesmo diante da autorização simultânea da ação controlada.

Rejeito a preliminar.

IV – Da nulidade das provas produzidas pela testemunha e obtidas através da ação controlada

Em relação à ação controlada, esta foi deferida nos termos do artigo 8º da Lei n. 12.850/2013, com o objetivo de acompanhar as atividades do colaborador JOSÉ EXPEDITO, com os denunciados MÁRCIO JUNQUEIRA, ELIAS MANOEL, CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE.

Para melhor entendimento, transcrevo o disposto na legislação da espécie (Lei n. 12.850/2013):

*“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.”*

E, no artigo 10 da mesma lei, dispõe sobre infiltração de agentes:

*“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 do inquérito policial, **será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.**”*

Como se vê, são dois institutos distintos que seguem requisitos e procedimentos diferentes, ou seja, um determina o monitoramento dos membros de determinada organização criminosa, sem interação direta ou qualquer tipo de induzimento ou instigação à prática de qualquer crime, sendo definida como uma hipótese de flagrante retardado, prorrogado ou diferido.

O outro o agente possui tarefas específicas, há prática de condutas ativas de infiltração, previamente autorizadas, com exclusão de eventuais crimes praticados quando restar caracterizado situação de inexigibilidade de conduta diversa (arts. 11, 12, § 1º e 13, parágrafo único), vedado o

induzimento por parte desse agente para a prática de crimes que poderão ser posteriormente denunciados, sob pena de atipicidade do fato e nulidade das provas obtidas.

Em caso de induzimento ou incitação à prática de crimes, considera-se como flagrante preparado, o que é rechaçado em nossa jurisprudência pátria, conforme, entre outros, o seguinte julgado do eminente CELSO DE MELLO, no HC n. 84.723, de que foi Relator: “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” (grifei).

Na espécie, consta que o colaborador JOSÉ EXPEDITO, após sair do programa de proteção à testemunha, atuou em diversas oportunidades para **incitar e instigar a prática de crimes**, ao exigir o recebimento de valores, coagindo o denunciado MÁRCIO JUNQUEIRA, atuando como agente infiltrado e provocador dos crimes denunciados, sem a prévia autorização judicial para tanto, com o único intuito de aferir valores sem causa jurídica identificada e ficar livre de qualquer imputação penal.

Dessarte, entendo nulas as provas obtidas a partir desses encontros provocados pelo colaborador JOSÉ EXPEDITO, bem como das que foram obtidas após a decisão de ação controlada pelo eminente Relator, uma vez ofendido o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal e à Súmula n. 145 deste Supremo Tribunal Federal:

“Art. 5º. (...)

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; (...)”

“SÚMULA 145 – Não há crime, quando a **preparação do flagrante** pela polícia torna impossível a sua consumação.”

Assim sendo, acolho a preliminar de nulidade das provas suscitadas pela defesa, com a consequente rejeição da denúncia, nos termos do artigo 395, II, do Código de Processo Penal.

Com efeito, consta da denúncia, em síntese, que:

“A partir de 27 de setembro de 2016, JOSÉ EXPEDITO prestou quatro importantes depoimentos à Polícia Federal (fls. 28 a 44 da AC n. 4.375) em que detalhou estes crimes e apresentou uma série de provas que corroboram o que disse. Este material compôs o Relatório de Análise de Material Apreendido n. 107/2017 e foi juntado ao Inq. 3.989 /DF. Além disso, 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 JUNQUEIRA.**”*

Como se vê, a denúncia não descreve a atuação dos parlamentares denunciados; como ameaçaram a vida do colaborador; quando esteve com os parlamentares; onde; e em que circunstâncias?

Simplemente narra atos praticados por **MÁRCIO JUNQUEIRA** , fazendo ilações para vincular esse comportamento aos demais réus.

Narra a denúncia, ainda, que *“A mando dos parlamentares, a partir de outubro de 2017, nos termos retratados nesta denúncia, **MÁRCIO JUNQUEIRA ameaçou JOSÉ EXPEDITO de morte**”* e que esse denunciado teria promovido novas tentativas de intimidação e compra do silêncio do colaborador, em encontros presenciais, onde jamais estavam presentes os parlamentares denunciados, bem como que essa testemunha jamais falou, por telefone, com eles.

Inexiste, também, qualquer diálogo direto dessa testemunha com **CIRO NOGUEIRA** ou **EDUARDO DA FONTE** , mas apenas referências incertas e indiretas como “eles” ou “ele”, em diálogos interceptados entre o colaborador e **MÁRCIO JUNQUEIRA** .

E, ainda, consta da denúncia que:

“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 voo de volta.”

Novamente, nada diz sobre a participação de CIRO NOGUEIRA e EDUARDO DA FONTE, meramente afirmando que foi *“a mando dos dois parlamentares denunciados”*, sem nenhum fato concreto que corrobore o depoimento de JOSÉ EXPEDITO – meras ilações, sem a mínima descrição de conduta que indique a participação efetiva dos parlamentares.

O que se verifica destes autos é que a denúncia está embasada tão somente em testemunho de JOSÉ EXPEDITO que, embora não tenha feito acordo, adotou postura de colaborador, razão por que foi exonerado de qualquer responsabilidade criminal.

E sem qualquer prova lícita que corrobore suas declarações, não há como ser recebida a peça acusatória, em virtude da inépcia formal e ausência de justa causa, nos termos do art. 395, I e III, do Código de Processo Penal.

Finalmente, em relação à arguição de atipicidade das condutas imputadas aos acusados pela ausência de elementar, entendo ter razão a defesa dos denunciados.

É que, de fato, não é possível a consumação do crime de embaraçar a investigação de infração penal em fase posterior em que judicializada a pretensão punitiva estatal.

Conforme consta dos autos, os supostos crimes de obstrução à justiça ocorreram entre **outubro/2017 e março/2018, quando a PGR já tinha oferecido denúncia no INQ 4.074 E INQ 3.989**, em 16/11/2016 e 04/09/2017, respectivamente.

Com relação ao INQ 4.631, **não houve a tentativa de obstrução** em reação a essas investigações, conforme o relatório do Delegado responsável pelo caso, destaco:

*“(...) nos documentos policiais que instruem as ações cautelares ns. 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 respectivas 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. (...) Apenas fica esclarecido que as condutas de CIRO NOGUEIRA, EDUARDO DA FONTE e MÁRCIO JUNQUEIRA não se destinavam ao embaraço do Inq. 4631/DF, mas sim dos Inqs. 3989/DF e 4074/DF.**”*

Diante desse contexto, concluo que à época dos fatos inexistia qualquer investigação em curso sobre crimes, em tese, praticados por organização criminosa, uma vez que os dois inqueritos que supostamente teriam investigado o crime de obstrução se encontravam na fase de recebimento da denúncia, restando atípica a conduta de obstrução de justiça, neste ponto, tendo em vista que o tipo legal restringe o cometimento desse crime na fase pré-processual das investigações.

Ademais, pedindo vênua ao Relator, entendo inviável alterar a capitulação descrita na denúncia para o crime de falso testemunho previsto no artigo 343 do Código Penal, uma vez que, quando a inadequação típica é aferida já na fase de prelibação da denúncia, deve o magistrado rejeitá-la, reconhecendo a atipicidade da conduta narrada e/ou o vício da peça acusatória, sendo-lhe vedada de ofício consertá-la ou modificá-la sob pena de violação ao princípio da inércia de jurisdição e comprometimento da indispensável isenção e imparcialidade do julgador.

Em conclusão, diante de todo o exposto, **rejeito a denúncia** formulada em desfavor de **CIRO NOGUEIRA LIMA FILHO, EDUARDO HENRIQUE**

DA FONTE ALBUQUERQUE e de MÁRCIO HENRIQUE JUNQUEIRA PEREIRA .

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 20/08/2021