

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vogal): Trata-se de denúncia apresentada pela Procuradoria-Geral da República contra o Senador Ciro Nogueira Lima Filho, o Deputado Federal Eduardo Henrique da Fonte Albuquerque Silva e Márcio Henrique Junqueira Pereira, atribuindo a todos a prática do tipo penal previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, que tem a seguinte redação:

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

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

Nessa linha, segundo a peça acusatória, os denunciados, de forma organizada e com unidade de desígnios, praticaram diversos atos de embaraço às investigações realizadas nos autos dos Inquéritos 4.074/DF, 3.989/DF e 4.631/DF, consubstanciados, em apertada síntese, nas tentativas de suborno e ameaças de morte, em diferentes datas, com a finalidade de modificar os depoimentos prestados pela testemunha José Expedito Rodrigues de Almeida.

Bem examinados os autos, convém registrar, inicialmente, a situação processual dos cadernos investigatórios identificados na denúncia, que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, e que têm como alvos os parlamentares Ciro Nogueira Lima Filho e Eduardo Henrique da Fonte de Albuquerque Silva.

No que concerne ao Inquérito 4.074/DF, o investigado Ciro Nogueira foi denunciado pelos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro. Todavia, em 14.8.2018, a Segunda Turma do STF rejeitou a peça acusatória, uma vez que, de acordo com a ementa do acórdão, não existia “indícios de autoria em relação ao Senador Ciro Nogueira Lima Filho quanto a esse fato (supostos contratos fictícios), 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”.

No mesmo sentido, ao dar provimento aos embargos de declaração interpostos pelo investigado Eduardo da Fonte nos autos do Inquérito 3.989 /STF, a Segunda Turma rejeitou a denúncia oferecida pela Procuradoria-Geral da República pela alegada prática do crime de organização criminosa. Isso porque o enredo acusatório estava ancorado em simples depoimentos dos colaboradores, sem a existência, portanto, de elementos autônomos de corroboração.

Por fim, verifico que os investigados não foram denunciados no Inquérito 4.631/DF.

Fixadas essas premissas iniciais, que apontam a fragilidade da tese acusatória, passo à análise das preliminares arguidas pelos investigados.

Acompanho, de saída, o entendimento quanto à rejeição da preliminar da incompetência do relator para supervisionar as investigações, na forma do art. 76, III, do CPP. Isso porque, tratando-se de delito subsequente que teria por finalidade, em tese, a ocultação ou facilitação de outros crimes antecedentes, entendo correta a relatoria designada pela Presidência desta Suprema Corte, na forma regimental, nada havendo a ser modificado quanto a este ponto.

Ademais, como é de conhecimento geral, incumbe à Presidência do STF deliberar sobre questões de ordem suscitadas na distribuição dos processos, nos termos do art. 13, III e VII, c/c art. 69, todos do Regimento Interno desta Corte.

Rejeito, também, a tese de constitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, por não vislumbrar, ao menos pelas balizas aqui definidas, vício material em sua redação. Trata-se, em verdade, de tipo penal aberto, cujo conteúdo, por seu elemento normativo, admite a sua delimitação em abstrato, o que afasta a alegação da mácula ofensiva à Carta Magna.

No que concerne à alegação de ilicitude das provas obtidas em razão da interceptação telefônica, depreende-se da Lei 9.296/1996, norma regente da matéria em nosso ordenamento, que tal medida cautelar está condicionada à ordem expedida pelo juiz competente para a ação principal, e somente será cabível se: (i) houver indícios razoáveis de autoria ou de participação em infração penal; (ii) a prova não puder ser feita por outros meios; e (iii) o fato investigado for punível com pena de reclusão.

No caso, como detalhadamente exposto nos votos que me antecederam, a análise dos elementos contidos nos autos da Ação Cautelar 4.376/DF indicam que a referida intercepção, além de possuir respaldo no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996, também encontra guarida no art. 3º, V, da Lei 12.850 /2013, bem como na jurisprudência dominante desta Suprema Corte.

Mas não é só. Verifica-se, outrossim, que os distintos meios de obtenção de prova - ação controlada e interceptação telefônica - foram utilizados com propósitos divergentes, com a finalidade de dirimir circunstâncias fáticas autônomas, revelando-se indispensável para a tentativa de demonstração do alegado vínculo existente entre os denunciados. Tal situação afasta, a meu sentir, a alegação de vício da cautelar decretada, razão pela qual também entendo que a preliminar de nulidade desta prova deve ser rejeitada.

Todavia, passando agora à outra diligência cautelar autorizada nos autos da Ação Cautelar 4.376/DF, peço vênia ao relator e à Ministra Cármem Lúcia para apresentar posicionamento contrário, acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.

Com efeito, a medida de ação controlada, segundo a dicção do art. 8º da Lei 12.850/2013, consiste no retardamento da atuação estatal com relação à prática delituosa cometida por membros de organização criminosa, com fim de efetivá-la apenas em momento mais oportuno, para garantir o êxito na obtenção de informações a subsidiar a investigação criminal.

De fato, a expansão da criminalidade organizada legitimou a implementação legislativa de meios de investigação mais eficazes na desestruturação de tais organizações. Um destes instrumentos consiste na infiltração de indivíduos dentro das organizações, o que foi regulamentado

pela supracitada Lei 12.850/2013, e também pela Lei 13.441/2017– no âmbito dos crimes organizados em meio cibernético -. Trata-se de instrumento deveras importante, que possibilitará o conhecimento mais aprofundado sobre a estrutura da organização, ao mesmo tempo em que favorece a coleta de provas decisivas para o desmantelamento e a condenação do grupo envolvido em atividades ilícitas.

No caso concreto, contudo, como bem destacado no voto vista proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, o que se viu foi uma sequência de atos de instigação praticados pela testemunha José Expedito, com o fim de obter supostos pagamentos indevidos por parte do corréu Márcio Junqueira. Tais atitudes provocativas teriam se iniciado ainda em meados de 2017, ou seja, antes mesmo que fosse autorizada a referida ação controlada nos autos da supracitada ação cautelar, o que somente ocorreu em fevereiro em 2018.

A prova dos autos indica que a mencionada testemunha marcava reuniões, solicitava contratação para empregos, pleiteava o custeio de pequenas despesas e até mesmo o pagamento de uma suposta indenização trabalhista a Márcio Junqueira, tudo sob a hipotética orientação para que permanecesse “calado”. Tais encontros eram registrados pela supracitada testemunha. Os documentos a eles relativos eram cuidadosamente preservados, como bilhetes de viagens, comprovantes de despesas em hotéis, tudo para que fossem posteriormente apresentados às autoridades policiais com a exclusiva finalidade de subsidiar as imputações contra aqueles que já eram formalmente investigados.

Verifica-se, portanto, que a testemunha José Expedito desempenhava verdadeiro papel de agente infiltrado, sem que, para tanto, houvesse ainda autorização judicial. Suas funções não se resumiam apenas à condição de observador da cadeia fática, mas sim de partícipe no desenrolar dos eventos que culminaram nas medidas subsequentes para a apuração dos supostos ilícitos, situação a atrair, *mutatis mutandis*, o disposto na Súmula 145 do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que: “não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”.

Como sempre tenho me manifestado em casos semelhantes, provas colhidas em situações análogas não podem ser utilizadas como fundamento de acusação em matéria penal, sob pena de indevida relativização da garantia fundamental do devido processo legal. Não fosse a conduta

provocativa e instigante da testemunha, os agentes estatais teriam que desempenhar outras medidas investigativas para, só então, obter provas aptas a justificar o pedido de ação controlada.

Em outras palavras, a fim de legitimar-se a investigação, foram reiteradas as atitudes de instigação, todas elas descritas detalhadamente no voto divergente, levando à criação de situações delitivas simuladas, já preparadas, aptas a **excluir o próprio motivo que justificava a medida pretendida**. Ao agir dessa forma, os atores que participaram da investigação acabaram por solapar os fundamentos que autorizavam a sua própria existência, tendo em vista não ser dado a testemunhas, atuando verdadeiramente como agentes infiltrados, criarem, de certo modo, as situações permissivas da medida prevista no art. 8º da Lei 12.850/2013, o que obsta, por si só, o recebimento da denúncia.

Sem prejuízo, convém examinar outra preliminar arguida pelos investigados. Com efeito, a defesa técnica de Ciro Nogueira e de Eduardo da Fonte afirmam a atipicidade da conduta a eles imputada, o que obstaria, também por este motivo, o recebimento da peça acusatória.

Para a melhor delimitação da controvérsia, transcrevo, mais uma vez, as elementares típicas do crime de embaraço às investigações relativas a organizações criminosas, na forma da Lei 12.850/2013, *verbis*:

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

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

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

Trata-se, portanto, de tipo penal que contém dois núcleos: (i) **impedir**, que significa causar obstáculo à investigação, danificando, destruindo, estragando, inutilizando, total ou parcialmente elementos informativos ou provas; (ii) **embaraçar**, no sentido de dificultar, colocar empecilhos, tornando algo mais difícil e moroso à descoberta dos fatos. Guilherme de Souza Nucci chega a afirmar que ambos teriam o mesmo significado, argumentando que, “na realidade, os termos são sinônimos, mas se pode

extrair, na essência, a seguinte diferença: impedir é mais forte e provoca cessação; embaraçar é menos intenso, significando causar dificuldade". (*Organização Criminosa*, 5. ed, São Paulo: Forense, 2020, p. 147)

Ocorre que, de acordo com a prova dos autos, **a PGR já havia oferecido denúncia nos autos do INQ 4.074 (datada de 16/11/2016) e do INQ 3.989 (ocorrida em 4/9/2017)**, quando os delitos de obstrução à justiça, segundo a acusação, teriam sido praticados pelo Senador da República e pelo Deputado Federal . Rememoro, a propósito, que as citadas peças acusatórias foram rejeitadas pela Segunda Turma.

Ademais, de acordo com a denúncia ora sob exame, a obstrução teria sido praticada entre os meses de outubro de 2017 e março de 2018, datas nas quais, entretanto, **não mais existia qualquer investigação em curso sobre crimes praticados por organização criminosa** . Como dito, nos inquéritos nos quais teria ocorrido a obstrução já havia denúncias oferecidas , aguardando-se apenas o seu recebimento naquele espaço temporal.

Trata-se, portanto, de situação apta a retirar as elementares objetivas e subjetivas do tipo, impossibilitando o recebimento da inicial acusatória também por esta razão.

Isso posto, pedindo vênia ao Ministro relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes e voto pela rejeição da denúncia formulada em desfavor de Ciro Nogueira Lima Filho, Eduardo Henrique da Fonte Albuquerque Silva e de Márcio Henrique Junqueira Pereira, com fundamento no art. 395, I, II e III, do CPP.

É como voto.