

26/05/2011

PLENÁRIO

INQUÉRITO 2.266 AMAPÁ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **F DE S F R**
ADV.(A/S) : **EDUARDO A. L. FERRÃO**

Inquérito. Direito Penal e Processo Penal. Denúncia por suposta prática dos crimes de formação de quadrilha (art. 288, CP) e de fraude a licitação (art. 90 da Lei n. 8.666/1993). 2. Pedido de arquivamento da denúncia pela representante da PGR em Plenário. Deferimento. 3. Invalidez dos elementos probatórios. 4. Falta de comprovação mínima de materialidade e autoria. 5. Ausência de justa causa. 6. Denúncia arquivada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, determinar o arquivamento do inquérito, nos termos do voto do relator, ministro Gilmar Mendes.

Brasília, 26 de maio de 2011.

INQ 2.266 / AP

Ministro GILMAR MENDES

Relator

Documento assinado digitalmente

26/05/2011

PLENÁRIO

INQUÉRITO 2.266 AMAPÁ

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
INVEST.(A/S) : **F DE S F R**
ADV.(A/S) : **EDUARDO A. L. FERRÃO**

RELATÓRIO

Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO, por alegada prática dos crimes previstos no artigo 288, *caput*, do Código Penal e no artigo 90 da Lei n. 8.666 de 1993.

A denúncia foi originalmente oferecida ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em razão de o então prefeito do município de Santana, no Estado do Amapá, ROSEMIRO ROCHA FREIRE, figurar no polo passivo da relação processual. Posteriormente, o feito foi desmembrado, e encaminhada ao Supremo Tribunal Federal a parte pertinente a FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO, em virtude de sua a diplomação como Senador República.

Consoante a inicial, os fatos foram apurados em investigação, realizada por intermédio de interceptações telefônicas, que apontou a ocorrência de suposta fraude no procedimento licitatório para a obra de revitalização do setor portuário do município de Santana, orçada no valor de R\$ 63.943.406, 08 (sessenta e três milhões, novecentos e quarenta e três mil, quatrocentos e seis reais e oito centavos). A atuação dos indiciados, segundo a denúncia, consistia em comportamentos ilícitos generalizados no Estado do Amapá, envolvendo empresas participantes de licitações e servidores públicos.

Segundo informa o Ministério Público, o presente Inquérito revelou conluio entre o presidente da Comissão de Licitação, RODOLFO DOS SANTOS JUARÊS, o prefeito **ROSEMIRO ROCHA FREIRE** e as empresas participantes do certame referente às obras do porto do

INQ 2.266 / AP

município de Santana. O objetivo dos envolvidos seria desvirtuar o processo licitatório e, posteriormente, desviar as verbas destinadas à obra pública.

Para a execução das obras do porto de Santana, estabeleceu-se, entre a Prefeitura o Ministério dos Transportes, o Convênio n. 470267, que teria sido aprovado com o apoio de FRANCISCO JOSÉ DE MOURA FILHO – representante da empresa CMT Engenharia Ltda., sediada em Brasília – por conta de sua influência política.

A participação da União, por meio do Departamento Nacional de Infraestrutura e Transportes (DNIT), órgão vinculado ao Ministério dos Transportes, correspondia a R\$ 62.664.537,96 (sessenta e dois milhões, seiscentos e sessenta e quatro mil, quinhentos e trinta e sete reais e noventa e seis centavos), ao passo que a contrapartida do município era da ordem de R\$ 1.278.868,12 (um milhão, duzentos e setenta e oito mil, oitocentos e sessenta e oito reais e doze centavos) (fls. 337).

Iniciada a licitação, duas das quatro empresas que apresentaram documentação de habilitação teriam sido beneficiadas em momentos distintos. Informa a denúncia que, a princípio, RODOLFO DOS SANTOS JUARÊS teria conduzido o procedimento de modo a favorecer a empresa CMT Engenharia Ltda., devido ao auxílio prestado por seu representante na obtenção do Convênio com o Ministério dos Transportes.

No decorrer do procedimento licitatório, contudo, após conversa mantida com representantes da empresa Queiroz Galvão S/A, sendo um deles o denunciado FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO, o próprio RODOLFO JUARÊS teria direcionado o procedimento com vistas a favorecer esta construtora. Assim, segundo anota a denúncia, com a finalidade de afastar a empresa CMT do certame, o Presidente da Comissão de Licitação declarou-a inabilitada, contrariando parecer jurídico emitido pela Procuradoria do Município.

Inferre-se da denúncia, portanto, que a participação do denunciado FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO se deu com o suposto intuito de viabilizar a contratação da empresa vencedora da licitação – Queiroz Galvão –, a fim de obter vantagem posterior com a contratação da

INQ 2.266 / AP

empresa ENGEPLAN, na qualidade de subempreitada, da qual o denunciado era engenheiro responsável.

Às fls. 1.258, foi expedido mandado de notificação facultando ao denunciado a oportunidade de apresentar defesa contra as acusações que lhe foram imputadas.

O denunciado, às fls. 1.281/1.324, apresentou a defesa preliminar, na qual alega diversas nulidades e afirma, em síntese, a insuficiência de indícios que sustentem as acusações a ele imputadas, aduzindo ser inviável, portanto, o recebimento da denúncia.

Insurge-se contra o cerceamento do direito de ampla defesa, ante a impossibilidade de obter acesso ao *CD-Rom* juntado pela Polícia Federal, que contém a degravação das interceptações telefônicas que embasaram a denúncia.

Ademais, sustenta a ilicitude da prova utilizada na denúncia, por inobservância de diversas normas previstas na Lei n. 9.296/96 na realização da interceptação telefônica, tais como, a inexistência de degravação, o descumprimento da regra de prazo máximo para a interceptação telefônica e a impossibilidade do uso deste tipo de prova para crimes puníveis com pena de detenção.

Defende a absoluta inépcia da inicial por ausência de descrição do suposto fato criminoso com todas as suas circunstâncias. Afirma que a exordial acusatória peca ao descrever genericamente a conduta do denunciado, impossibilitando ao acusado o pleno exercício do direito de contraditório e de ampla defesa.

Conclui afirmando que os argumentos demonstrados evidenciaram fragilidade da acusação e atipicidade das condutas, devido à ausência de base empírica e de elementos essenciais à tipificação dos crimes.

Às fls. 1.344/1.348, o Ministério Público Federal apresentou resposta à defesa preliminar, sustentando, *a priori*, o descabimento da alegação de cerceamento de defesa, ao argumento de que foi apenas vedada a retirada dos autos do cartório, sendo permitido o exame irrestrito do inquérito, desde que realizado nas dependências do Tribunal (fls. 1.265).

Alega que a denúncia preenche todos os requisitos necessários ao

INQ 2.266 / AP

recebimento, descrevendo minuciosamente os fatos imputados ao acusado. Argui, ainda, que as provas utilizadas pela acusação obedeceram fielmente aos ditames da Lei n. 9.296/96, restando infundado o argumento de ilicitude.

Às fls. 1.437/1.444, a defesa ratificou e aditou a resposta preliminar em razão do acesso ao conteúdo do *CD-Rom*, impresso às fls. 1352/1426, o qual teria evidenciado a inexistência dos diálogos mencionados na denúncia, corroborando o argumento de ausência de base empírica da peça acusatória.

Às fls. 1.455/1.461, o Procurador-Geral da República ofereceu aditamento à denúncia original, apresentado às fls. 449/465, para fins de detalhamento da participação do senador FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO.

Informa que um dos responsáveis pelas negociações em favor da empresa vencedora – Queiroz Galvão – teria sido o então representante da empresa ENGEPLAN, o atual senador FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO, tendo em vista seu suposto interesse em ter sua empresa subcontratada pela Queiroz Galvão, caso esta vencesse o processo licitatório.

De acordo com o relato do Ministério Público Federal, FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO teria atuado de modo a manter a inabilitação da empresa CMT. Para tanto, teria solicitado discricção na divulgação da notícia de seu afastamento do certame, para que a construtora não tivesse ciência do revés.

Alega o Ministério Público Federal que, visando a manter a inabilitação da CMT, o denunciado teria interferido na defesa do município de Santana em juízo, nos autos do Mandado de Segurança n. 6.197/03, no qual a empresa buscava reverter a decisão que lhe foi desfavorável.

Sintetiza afirmando que FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO teria exercido grande influência no esquema de fraude ao caráter competitivo da licitação, além de ser, em tese, um dos integrantes do grupo responsável por todo o esquema criminoso (fls. 1461).

INQ 2.266 / AP

Às fls. 1.465, foi determinada a notificação do denunciado para oferta de resposta ao aditamento à denúncia.

Às fls. 1.479/1.527, FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO apresentou as alegações, refutando as acusações que lhe foram imputadas.

Em suma, reitera o argumento da nulidade da interceptação telefônica presente nos autos, afirmando serem ilegítimas as provas obtidas em desacordo com as normas previstas na Lei n. 9.296/96, sobretudo a da necessidade de autorização judicial para realização. Demonstra, ainda, por meio de perícia unilateral, que as provas, além de não autorizadas, teriam sido adulteradas em desfavor do acusado.

Às fls. 1.552/1.558, o Ministério Público manifestou-se acerca do alegado pelo acusado.

Afirma o MPF que a perícia apresentada pela defesa, às fls. 1.528/1.549, não pode ser objeto de análise na fase processual de recebimento da denúncia, pois esta não se presta a larga dilação probatória.

Explica que a escuta telefônica mencionada na denúncia e no seu aditamento não foi realizada nos autos do Processo n. 2003.31.00.000778-3, que originou o inquérito em análise. A interceptação foi realizada nos autos do Processo n. 2002.31.00.001626-8, conforme comprovam os documentos de fls. 185, 251 e 332/371 (fls. 1.554).

Sustenta, em síntese, a validade das interceptações telefônicas, uma vez que a suposta fraude apontada pela defesa seria apenas de cunho formal, tendo em vista que o acusado sequer contestou seu conteúdo.

É o relatório.

26/05/2011

PLENÁRIO

INQUÉRITO 2.266 AMAPÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator): Em razão do pedido formulado pela Subprocuradora da República em sua sustentação oral, determino o arquivamento do feito.

No entanto, de qualquer forma, é importante destacar que a presente denúncia não merece amparo.

A primeira questão a ser analisada refere-se à arguição de nulidade das escutas telefônicas que apoiam a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal.

Alega o acusado, em sua defesa, que não há justa causa para recebimento desta denúncia porque a peça inicial está baseada exclusivamente em escutas telefônicas que devem ser desprezadas como meio de prova, devido a vícios procedimentais e também materiais. Isso porque o procedimento de deferimento e coleta dessas provas teria sido viciado, e a prova produzida por esse meio teria sido adulterada, não representando a realidade dos fatos.

Sustenta, em síntese, que: a) a denúncia foi oferecida em razão de suposta fraude a licitação, punida com pena de detenção, e – por determinação legal – a prova oriunda de escuta telefônica não pode ser utilizada para comprovação desse delito; b) não veio aos autos a totalidade das escutas produzidas; c) os arquivos tiveram seus dados alterados, uma vez que as nomeações dos interlocutores, as horas em que se deram as gravações e os números dos áudios – em diversos casos – são inverossímeis; d) não foram degravados todos os diálogos; e) os investigados foram escutados por bem mais que um ano; f) não constam dos autos as decisões que autorizaram as escutas telefônicas, nem aquelas que as prorrogaram por mais de ano.

Passo a analisar cada um desses argumentos.

Em primeiro lugar, argumenta o denunciado que o presente inquérito investiga o crime de fraude a licitação, previsto no art. 90 da

INQ 2.266 / AP

Lei 8.666/93, e o delito de formação de quadrilha, previsto no art. 288 do Código Penal. Observa que, para o primeiro dos delitos, está cominada pena de detenção de dois a quatro anos, além de multa.

Ocorre que, com base na Lei 9.296/96, que regula as interceptações telefônicas, os delitos apenados com detenção não podem ser investigados fazendo-se uso de tal meio de prova, por exclusão expressa do art. 2º, inciso III, *in verbis*: “*Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses: III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção*”.

Ora, isso implicaria dizer, no entender do investigado, que não é possível ao Ministério Público utilizar-se de qualquer prova colhida através de escutas telefônicas para sustentar a denúncia por crime apenado com detenção. Dessa maneira, a justa causa para o recebimento da denúncia e consequente instauração da ação penal deveria ser buscada em outras provas que não aquelas resultantes de monitoramento telefônico.

Em síntese, é o que se argumenta neste ponto.

Com efeito, existe expressa vedação legal de se fazer uso de escutas telefônicas para investigação de crimes apenados somente com detenção, a qual, no dizer de BALTAZAR JÚNIOR, revela a “*aplicação da proporcionalidade em sentido estrito. E entendeu o legislador, ponderando os pesos em jogo, em dar maior valor à inviolabilidade das comunicações, entendendo que aqueles crimes apenados tão somente com detenção não ostentam gravidade suficiente para autorizar a restrição do direito fundamental.*” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.572).

Constato, todavia, que a investigação e a denúncia tratam de dois crimes: um deles, o de fraude a licitação, apenado abstratamente com detenção, e o segundo, formação de quadrilha, apenado, em tese, com reclusão.

Nessas situações, em que diversos crimes são investigados conjuntamente, em virtude de conexão ou continência, é impossível uma

INQ 2.266 / AP

coleta de prova seletiva, e a existência, por si só, de fato típico apenado com reclusão permite, em tese, a utilização do monitoramento telefônico como meio de prova para se chegar à verdade real acerca do conjunto dos fatos.

O que deseja o comando normativo é que o magistrado não defira escutas telefônicas quando for o caso de se investigar tão somente crimes apenados por detenção, haja vista a menor reprovabilidade abstratamente atribuída à conduta. Isso se dá porque todo monitoramento telefônico significa mitigação da proteção dos direitos fundamentais, pois a privacidade e a intimidade são reduzidas em prol dos deveres de investigar e de aplicar a lei penal.

Porém, se houver um só delito apenado com reclusão no rol dos delitos potencialmente investigados, e que serviram de justificativa para a autorização do monitoramento, será possível deferir a escuta para investigar todo o conjunto fático existente.

Nesse sentido já decidiu o STF, quando entendeu inexistir impedimento para a utilização dessa prova em casos de crimes apenados com detenção, se estes tiverem sido detectados ao longo da interceptação telefônica ou se a medida tiver sido deferida para a investigação de delitos conexos aos apenados com reclusão. (HC 83515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim).

Dessa forma, os relatórios, as degravações e os áudios captados poderiam ser utilizados para denúncia e recebimento desta peça, quando imputa crime apenado com detenção juntamente com outro delito apenado com reclusão.

Em segundo lugar, o investigado sustenta a nulidade das escutas telefônicas em virtude da seletividade dos diálogos, haja vista ter tido acesso apenas e tão somente às gravações que interessavam à acusação, pois não lhe foram fornecidas cópias de gravações de conversas que desconstruiriam a tese esboçada na denúncia.

Ressalte-se que o processo criminal rege-se pelo princípio da verdade real. Assim, o processo criminal e a investigação criminal devem pugnar pelo amplo conhecimento dos fatos, e nada autoriza à polícia e ao

INQ 2.266 / AP

Ministério Público esquivarem-se da verdade, agindo de forma seletiva em relação à prova colhida pré-processualmente.

Por outro lado, embora o inquérito esteja submetido a contraditório mitigado, há especial cuidado em relação aos procedimentos de interceptações telefônicas, que são determinadas judicialmente e submetem-se ao contraditório diferido. Isto é, apesar de não ser concomitante, mas posterior à produção da prova, o contraditório é amplo e irrestrito aos investigados e acusados.

A combinação desses dois pressupostos acarreta a necessidade de se mostrar à parte tudo aquilo que foi produzido com ordem judicial e, ao mesmo tempo, impõe ao investigador e ao acusador o dever institucional de buscar a verdade. Não é possível compreender uma atuação parcial da polícia e do Ministério Público no sentido de mascarar a verdade ou, ainda, de se omitir no dever de dar conhecimento dela aos investigados.

Convém, ainda, afirmar que a Polícia não exerce, durante a investigação, o papel de parte, mas de braço do Estado, utilizado na busca da verdade real. Não é razoável que prova colhida com autorização da Justiça deixe de ser juntada aos autos pela só razão de não se encartar na tese construída pelo Ministério Público e pela polícia.

O mínimo que os cidadãos esperam de sua polícia judiciária é que ela seja fiel à verdade dos fatos e que não atue no sentido da seletividade da coleta das provas.

Parece claro que o denunciado tem o direito de conhecer todos os áudios captados com autorização judicial, além de ter acesso a todas as gravações realizadas pela polícia por determinação judicial.

Este é o comando da lei, que em seu art. 9º estabelece que toda gravação que *“não interessar à prova será inutilizada por decisão judicial, durante o inquérito, a instrução processual ou após esta, em virtude de requerimento do Ministério público ou da parte interessada”*.

Parece evidente que a prova não pode ser escondida, abandonada ou destruída por decisão do Ministério Público ou da própria polícia, mas apenas destruída por determinação judicial. A lei – ao prever que a parte pode requerer – pressupõe que ela tem acesso a todo o material colhido, o

INQ 2.266 / AP

que, neste caso, não aconteceu.

É o próprio contraditório que fica arranhado quando a totalidade dos áudios capturados não é fornecida à parte investigada.

Seria possível argumentar no sentido de que todos os áudios em que os investigados tratam do objeto deste feito estão juntados aos autos, e que a remessa de captações que dizem respeito a outros eventos não interessa ao deslinde desta causa. Ocorre que este argumento sequer pode ser provado exatamente por que não foram juntadas aos autos as decisões judiciais de monitoramento e prorrogação com base nas quais seria possível a este Tribunal certificar-se da existência, ou não, de áudios captados em terminais que, *prima facie*, relacionam-se com a matéria posta em juízo.

Alega ainda o denunciado, em terceiro lugar, a ausência de degravação de todos os áudios de interesse para este feito.

O STF já enfrentou esse tema, no julgamento do Inquérito 2424, Relator Min. Cezar Peluso, em que se discutia a obrigação da Justiça de degravar todos os áudios interceptados. Em igual sentido confirmam-se: HC-MC 91207/RJ, Rel. Min. Cármen Lúcia; e HC 83515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, onde se lê que “*não é exigida a transcrição total dessas conversas, o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção de provas necessárias (art. 6º § 2º da Lei 9.296/96)*”.

Naquele julgamento, entendeu esta Corte que a conveniência da instrução criminal pode relevar a transcrição integral de todos os áudios, cabendo à parte diligenciar a degravação que entender pertinente, garantido o acesso a todo material colhido durante as interceptações.

O comando normativo do art. 6º determina que, “*no caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição*”. Disso não decorre que a parte faça jus à degravação de tudo o que fora captado. Obviamente o investigado tem direito de acesso à totalidade dos áudios, mas não direito a vê-los degravados. Deve a parte providenciar a degravação para exercer seu pleno direito de defesa.

No caso, não há qualquer nulidade na falta de transcrição integral, contudo a ausência das decisões judiciais que autorizaram o

INQ 2.266 / AP

monitoramento não permite a esta Corte averiguar quais captações não constam do feito, e é possível que algumas delas digam respeito diretamente ao objeto deste feito, o que implicaria a licitude do pedido de degravação.

Em quarto lugar, argui a nulidade dos áudios captados devido a inconsistências em datas, horários e interlocutores indicados nos arquivos sonoros.

Observo que toda a argumentação está produzida no sentido de que a nomeação dos arquivos está equivocada, ou seja, atribuíram-se horários, interlocutores e datas que não correspondem – por imperativo lógico – à verdade dos fatos, pois seria improvável, para não dizer inverossímil, que ligações de um mesmo terminal fossem realizadas pela mesma pessoa, na mesma hora e minuto, para destinatários diferentes.

Da leitura dos autos, vejo que não se argumenta em nenhum momento que as vozes captadas tenham sido alteradas ou que as transcrições não sejam condizentes com os áudios captados, mas, sim, que as referências nominais, ou seja, os nomes dos arquivos são repetitivos.

Embora mereça uma análise acurada, pois no mínimo há grave irregularidade procedimental nesse fato, apenas o argumento de irregularidade não tem o condão de tornar nula a prova colhida, sob a justificativa de que se trata de áudio adulterado ou corrompido. Tudo leva a crer que os dados indicativos dos arquivos tenham sido corrompidos, não o seu conteúdo.

Não há como acolher o pedido de nulidade da interceptação sob esse argumento.

Alega, também, no sentido da nulidade das interceptações telefônicas, por terem durado mais de 1 (um) ano. O argumento utilizado é o de que houve devassa da vida do indiciado, que se viu monitorado por mais de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de enfrentar esse argumento por diversas vezes, para entender que são possíveis reiteradas prorrogações, desde que devidamente justificadas e fundamentadas.

INQ 2.266 / AP

O prazo máximo para a duração da interceptação telefônica não é o de 15 dias, prorrogável uma só vez, mas o de 15 (quinze) dias renovável todas as vezes em que houver fundada justificativa para tanto e comprovada a indispensabilidade desse meio de prova. Nesse sentido confira-se HC 83515/RS, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 4.3.2005.

Conforme o STF, por intermédio de sua composição plenária, o prazo legal de autorização do monitoramento telefônico pode ser elástico, e as prorrogações sucessivas são possíveis, desde que justificadas, inclusive durante o recesso forense.

Afirmou o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Inquérito 2424, Rel. Min. Cezar Peluso, naquilo que importa:

“4. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Necessidade demonstrada nas sucessivas decisões. Fundamentação bastante. Situação fática excepcional, insuscetível de apuração plena por outros meios. Subsidiariedade caracterizada. Preliminares rejeitadas. Aplicação dos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, e arts. 2º, 4º, § 2º, e 5º, da Lei nº 9.296/96. Voto vencido. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso. 5. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua. 6. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal

INQ 2.266 / AP

Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica”.

No caso concreto, embora não seja possível conferir a justificativa e os fundamentos dessa prorrogação, haja vista a inexistência nos autos das decisões que deram pela quebra do sigilo das comunicações telefônicas, a simples prorrogação das escutas, *per si*, não tem o condão de nulificar a prova produzida, desde que justificadas as decisões.

Por fim, argumenta a nulidade das escutas, por não constarem dos autos as decisões de sua autorização e prorrogação.

Conforme certidão à fl. 1.474, não vieram a estes autos as decisões que supostamente deferiram as escutas telefônicas dos terminais que foram objeto de monitoramento, nem as decisões que supostamente deram pela necessidade de prorrogação dessas escutas.

À primeira vista, salta aos olhos que uma investigação desta envergadura, que culminou com a deflagração da chamada “Operação Pororoca”, com a prisão de diversas pessoas, tenha se dado ao arrepio de qualquer decisão judicial.

Neste caso, e nesta operação deflagrada em novembro de 2004, não há referência a decisões judiciais. E por quê?

O hoje Senador **FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO** era, ao tempo dos fatos, cidadão sem prerrogativa perante esta Corte, e a investigação deflagrada ainda em 2003, com conclusão em 2004, dizia respeito a várias pessoas que tinham atividades em derredor do Município de Santana, no Estado do Amapá.

Por se tratar de fato específico, o processo foi desmembrado do principal, e em razão de o investigado ter sido eleito para o Congresso Nacional, o feito deixou o TRF da 1ª Região – para onde já havia sido encaminhado pela prerrogativa de Prefeito Municipal, coinvestigado. Assim, por esses motivos, estes autos apartaram-se da investigação original.

O Processo 2003.31.00.000778-3, que deu origem ao presente

INQ 2.266 / AP

inquérito, não é o mesmo feito em que as escutas telefônicas foram autorizadas, pois a atividade de produção de prova por este meio se deu no Processo 2002.31.00.001626-8, que tinha por objeto a apuração de diversas irregularidades ocorridas no Estado do Amapá.

Esse procedimento é derivado daquele outro, haja vista a constatação, no decorrer das investigações, da ocorrência, em tese, de outro delito que consistia na fraude à licitação para as obras do porto de Santana, naquele estado, orçada em 63.943.406,08 (sessenta e três milhões, novecentos e quarenta e três mil, quatrocentos e seis reais e oito centavos).

Isso fica claro quando se lê, à fl. 185, o despacho do então delegado de Polícia Federal responsável pelo IPL nº 070/2003, que declara a existência de autorizações judiciais de escuta telefônica nos autos do Processo 2002.31.00.001626-8 para, com base nelas e a partir delas, deferir diversas medidas investigativas.

De igual maneira, à fl. 251, consta despacho de delegado da Polícia Federal que determina a oitiva de Rodolfo dos Santos Juarês e anuncia que a inquirição é importante pelo que se coletou nas escutas autorizadas naqueles autos.

Portanto, noticia-se que as escutas que apoiam a denúncia foram autorizadas judicialmente, mas – por estarem localizadas em outro feito – não constam deste inquérito.

Ao tratar desse ponto, a Procuradoria-Geral da República afirma que tais escutas foram retiradas do processo em que foram deferidas judicialmente e lançadas neste inquérito na qualidade de “prova emprestada”. Sustenta, também, que este procedimento específico tem por objeto fatos apurados no curso de investigação principal que possuía objeto mais amplo, e que essas provas, originariamente produzidas em outros autos, migraram para este, para dar-lhe arrimo material.

Compulsando os autos, verifico que também não está presente qualquer decisão judicial deferindo a utilização da prova emprestada, mas apenas, como apontado pelo Ministério Público, alguns despachos e relatórios da Polícia Federal com alusão à existência de tais decisões em

INQ 2.266 / AP

outro procedimento. Não foram juntadas as cópias das decisões citadas. Neste inquérito não há decisão de deferimento da prova emprestada nem cópia das decisões de monitoramento e prorrogação.

A questão cinge-se a saber se é possível reconhecer como válidos degravações e arquivos em mídia oriundos de escutas telefônicas autorizadas em outro feito e aqui noticiadas pela própria polícia, sem juntada de cópias das decisões que as deferiram e sem decisão judicial autorizando o empréstimo da prova.

Ora, na ausência de cópia das citadas decisões judiciais é impossível a esta Corte saber se tais decisões sequer existem. Isso estaria suprido se houve, ao menos, decisão de compartilhamento de prova oriunda de um processo, para que pudesse ser utilizada em outro fruto de desmembramento.

Não é possível analisar se estão fundamentadas ou não, se as prorrogações de monitoramento que levaram mais de ano são justificáveis, e se todos os terminais efetivamente monitorados coincidem com aqueles cujas escutas tenham sido autorizadas judicialmente. E mais, é impossível saber se as escutas analisadas para o recebimento ou rejeição da denúncia originaram-se, ou não, dos terminais de escuta autorizada.

Esta questão conecta-se diretamente com duas outras mencionadas pela defesa. É que na ausência dessas decisões é impossível saber que áudios deixaram de ser encaminhados a esta Corte, e também se torna difícil analisar alegado direito à transcrição de algum diálogo sumamente importante para a defesa do investigado.

Note-se que a Lei 9.296/96, em seu art. 2º, determina ser condição do pedido a delimitação clara *“da situação objeto da investigação, inclusive com a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada”*. Ora, ausentes as decisões que permitiram o monitoramento, como saber da compatibilidade entre a prova colhida e o comando normativo que a disciplina?

Em outras palavras, sem as decisões judiciais, é impossível exercer o controle de legalidade da atividade de produção de prova, que é prejudicial ao reconhecimento da existência, ou não, da justa causa para a

INQ 2.266 / AP

ação penal.

Acaso houvesse fundamentada decisão de compartilhamento de provas, a ausência dessas decisões estaria suprida, mas sequer isto é possível encontrar neste feito.

Cumprе lembrar que esta Corte já entendeu por diversas vezes que se faz necessária fundamentação idônea para que a decisão de quebra de sigilo das comunicações telefônicas seja minimamente válida. No HC 94028, Rel. Min. Carmem Lúcia, no HC 84.301, Rel. Min. Joaquim Barbosa, e no INQ 2424, relator Ministro Cezar Peluso, o Supremo Tribunal Federal analisou decretos originários e prorrogações posteriores para fixar o entendimento de que é obrigatória a justificação da medida para que o resultado do meio de prova utilizado possa ser juridicamente válido.

Cabem as perguntas: Quais razões para a quebra de sigilo do denunciado? Qual o fundamento que autorizou as prorrogações de escutas que se protraíram no tempo, alcançando o período de novembro de 2002 a março de 2004, e que causaram a deflagração da operação que se deu em 4.11.2004, com a prisão de cerca de 25 (vinte e cinco) pessoas? Que decisão permitiu o uso, neste feito, da prova colhida em outro processo?

Impossível responder a tais questionamentos, porque as decisões não vieram aos autos. Não vieram as decisões de quebra de sigilo, não vieram as prorrogações de monitoramento, não vieram eventuais decisões de compartilhamento de prova. Até mesmo a afirmação de que tais decisões existem está construída sobre mera ilação, sobre um artifício argumentativo que se deduz de manifestações do investigador, a Polícia Federal, corroboradas pelo Ministério Público Federal, que é parte.

Não é sequer o caso de se argumentar que a prova colhida deu-se em virtude de encontro fortuito – o que esta Corte admite desde o julgamento do HC 84388, Rel. Min. Joaquim Barbosa – uma vez que o monitoramento foi autorizado para a apuração do conjunto de fatos objeto destes autos.

A ausência de comprovação da existência das decisões que

INQ 2.266 / AP

legitimariam a utilização da prova torna impossível saber se a prova é lícita e qual a sua amplitude.

Sustenta o Ministério Público Federal que, mesmo na ausência de decisões de autorização de quebra de sigilo nos autos, a prova deve ser dada por eficaz para os exatos fins de fornecer justa causa para a ação penal, tornando a denúncia apta formal e materialmente a seu recebimento. Sustenta a parte autora que é possível, na instrução criminal, requisitar-se o envio de todas as peças que constam no feito 2002.31.00.001626-8, inclusive as decisões que autorizaram as escutas e posteriores prorrogações de prazo, regularizando-se a prova.

Porém, reconhecer a possibilidade de tomar a prova como válida para recebimento da denúncia significa admitir, para a instauração da ação penal, efeitos a uma prova produzida de maneira desconhecida.

A inexistência das decisões de deferimento, prorrogação ou compartilhamento de provas oriundas das escutas telefônicas pode ser relativizada ante a notícia dada pela Polícia Federal de que tais decisões existem em outro processo? E, ainda que elas existam, é possível que gerem efeitos neste inquérito sem uma decisão formal de compartilhamento de prova?

Penso que essa questão deva ser enfrentada com base no princípio do contraditório e em conjunto com outra alegação manuseada pela defesa. Como afirmado anteriormente, as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter ao contraditório, e a sua subtração acarreta nulidade.

O inquérito não possui contraditório, mas as medidas invasivas deferidas judicialmente devem se submeter a esse princípio, e a sua subtração acarreta nulidade.

Obviamente não é possível falar-se em contraditório absoluto quando se trata de medidas invasivas e redutoras da privacidade. Ao investigado não é dado conhecer previamente – sequer de forma concomitante – os fundamentos da medida que lhe restringe a privacidade. Intimar o investigado da decisão de quebra de sigilo telefônico tornaria inócua a decisão.

INQ 2.266 / AP

Contudo, isso não significa a ineficácia do princípio do contraditório.

Com efeito, cessada a medida, e reunidas as provas colhidas por esse meio, o investigado deve ter acesso ao que foi produzido, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. Os fundamentos da decisão que deferiu a escuta telefônica, além das decisões posteriores que mantiveram o monitoramento devem estar acessíveis à parte investigada no momento de análise da denúncia e não podem ser subtraídas da Corte, que se vê tolhida na sua função de apreciar a existência de justa causa da ação penal.

Trata-se de um contraditório diferido, que permite ao cidadão exercer um controle sobre as invasões de privacidade operadas pelo Estado.

Pergunta óbvia: Se dos autos não consta qualquer decisão de autorização ou de prorrogação das escutas telefônicas, como poderá a parte investigada exercer seu direito ao contraditório, ainda que diferido?

Outra pergunta: Será possível a esta Corte entender pela licitude da prova, para fins de recebimento da denúncia em feito em que não seja possível verificar a licitude das medidas judiciais que mitigaram o direito à privacidade?

Não parece razoável!

Esta Corte, ao decidir pela necessidade de que as decisões sejam fundamentadas – quer afastem os sigilos, quer prorroguem os monitoramentos –, deixa assente a certeza de que não é possível entender pela validade desta prova se não houver nos autos decisão judicial para ser cotejada com os princípios da conveniência e da oportunidade e com o dever de fundamentar os atos judiciais afetos ao magistrado.

Não é possível reconhecer efeitos materiais – como a validade da prova – decorrentes de documento que não está nos autos, embora haja a notícia de que ele existe.

A ausência de decisão, além de subtrair do STF a possibilidade de analisar tais decretos, agride também o direito da parte ao contraditório, ainda que exercido *a posteriori*.

Assim, no silêncio dos autos acerca das medidas judiciais que

INQ 2.266 / AP

deferiram a produção da prova, e inexistente qualquer decisão de compartilhamento dos dados colhidos nas escutas telefônicas, não há como reconhecer válidas as degravações oriundas dos monitoramentos telefônicos.

Afastada a prova proveniente das escutas, deve-se analisar a possibilidade, ou não, de a denúncia apoiar-se em outras provas que não aquela produzida a partir de decisões judiciais que não se encontram nos autos.

De uma atenta leitura da denúncia, observo que a própria peça vestibular começa afirmando que, *“no curso de interceptação telefônica – autorizada pelo juízo da 2ª Vara Federal no Amapá – e realizada no ramal telefônico de Rodolfo dos Santos, presidente da comissão de licitação de Santana/AP, constatou-se a existência de um verdadeiro esquema relacionado a fraudes em procedimentos licitatórios”*.

A leitura da denúncia – e de seu aditamento – demonstra de forma cabal que toda a acusação apoia-se nos diálogos telefônicos, não havendo qualquer amparo decorrente de outros meios de prova.

Os procedimentos licitatórios e os demais documentos mencionados na denúncia não fornecem qualquer fundamento, ainda que marginal, à tese construída na inicial.

Em suma, a denúncia, inclusive considerando seu aditamento, limita os elementos relativos ao investigado **FLEXA RIBEIRO** a 9 (nove) diálogos telefônicos, utilizados para descrever a conduta imputada a ele.

Afastada a viabilidade da prova oriunda das interceptações, não há mais qualquer elemento a fornecer justa causa para esta ação penal.

Ad argumentadum, ainda que fosse possível considerar válida a prova colhida mediante monitoramentos telefônicos, o que não é o caso, destaque-se que a denúncia não possui elementos mínimos aptos a possibilitar seu recebimento.

Se não, vejamos.

DELITO PREVISTO NO ART. 90 DA LEI 8.666/93

INQ 2.266 / AP

Conforme o dispositivo legal citado, comete esse delito quem frustra ou frauda – mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente – o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Trata-se de um crime comum, que pode ser cometido por qualquer pessoa, servidor público ou não, e para que haja, ao menos em tese, fato típico atribuível ao agente, é necessário que a denúncia descreva atividade tendente a frustrar ou fraudar licitação, e que esta atividade corresponda a ajuste ou combinação para a consecução daquele objetivo.

Como demonstra BALTAZAR JÚNIOR, *“exige-se, no entanto, que a combinação ou o expediente adotados representem frustração do caráter competitivo do procedimento, ou seja, da possibilidade de que seja buscada a proposta mais vantajosa para o poder público, de forma isonômica entre os participantes, o que é da essência da própria idéia de procedimento licitatório”*. (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.572).

Para cumprir o mandamento do art. 41 do CPPB, o Ministério Público deverá descrever a conduta do denunciado, demonstrando de que maneira o inculcado praticou o ato penalmente relevante que lhe é imputado.

Conforme aditamento da inicial (fls. 1455 a 1461), com o objetivo de desviar os recursos destinados à realização da obra portuária no Município de Santana, no Estado do Amapá, Rodolfo dos Santos Juarês e Rosemiro Freires, então prefeito daquele Município, passaram a negociar o objeto do procedimento licitatório com as empresas do ramo da construção civil. O objetivo descrito na inicial era o de fraudar aquele procedimento para, em decorrência disso, escolher empresa de seu interesse para praticar o desvio de verbas públicas posteriormente.

Conforme a denúncia, após publicado o edital, em 26.12.2002, no Diário Oficial do Amapá, apresentaram documentação as empresas CMT Engenharia Ltda., Queiroz Galvão S/A, Construtora Habitare Ltda. e EIT

INQ 2.266 / AP

– Empresa Industrial Técnica S/A.

Diz a denúncia que foram travadas várias negociações no sentido de afastar a empresa CMT Engenharia Ltda., com o fito de favorecer a construtora Queiroz Galvão S/A.

Segundo narra a inicial, *“um dos responsáveis pelas negociações em favor da Queiroz Galvão foi o então representante da empresa ENGEPLAN, o atual Senador da República FERNANDO DE SOUZA FLEXA RIBEIRO, que tinha interesse na fraude porque a ENGEPLAN seria subcontratada pela Queiroz Galvão caso vencesse a licitação”*.

Dessa passagem, à fl. 1458, fica clara a imputação demonstrada na denúncia, mas dela não decorrem as explicações ou demonstrações dos fatos que lhe servem de base. Em outras palavras, imputa-se ao denunciado um fato típico genérico e não se demonstram quais os elementos fáticos que acarretam esta conclusão.

A conduta carece ser demonstrada, não bastando ao denunciante apenas afirmar a motivação e a adjectivação dos atos eventualmente praticados. Faz-se mister descrevê-los para que se cumpra o mandamento do art. 41 do CPPB.

Seis são os diálogos utilizados na denúncia e no aditamento como elementos comprobatórios das condutas típicas.

Eis o primeiro, na forma como está posto na inicial:

“FLEXA reclama que RODOLFO fala uma coisa para ele e outra pro IVANILDO. FLEXA fala que RODOLFO tinha falado que estava tudo certo, que o cara ia falar com ele. RODOLFO fala que vai falar com o prefeito agora, que não podia falar nada com IVANILDO. FLEXA diz que não está entendendo mais nada porque RODOLFO teria dito que conversou, que o cara não iria criar problema. RODOLFO fala que tem que falar com o prefeito antes para poder passar o IVANILDO”. Fls. (1.380)

O segundo:

“FLEXA diz que precisa conversar com RODOLFO

INQ 2.266 / AP

quando ele for a Belém. FLEXA quer também mandar pegar os documentos referentes à licitação. RODOLFO fala que estão no escritório em Macapá. FLEXA pede o número do telefone do escritório e o nome da pessoa que está com os documentos, telefone dado é 242.8587, Aluísio”. (fls. 1.380)

Já o terceiro:

“FLEXA pergunta se saiu hoje. RODOLFO confirma. FLEXA pergunta em que página. RODOLFO fala que não sabe. FLEXA fala que não achou. RODOLFO fala que vai enviar para FLEXA as cópias do diário oficial do estado e da publicação local. FLEXA pergunta se não sai publicado só no diário oficial da união. RODOLFO fala que não, que tem que publicar em todos. FLEXA pergunta se tem que ser na imprensa local também. RODOLFO confirma. FLEXA pergunta para quê. RODOLFO fala que é obrigado. FLEXA fala que eles têm que rever aquela estratégia, então. RODOLFO fala que não, que até agora não apareceu nenhum problema, que ele esperava um rebate ontem, mas não teve. FLEXA pede para RODOLFO passar para ele. FLEXA diz que mandará alguém pegar no escritório do RODOLFO”.

E o quarto:

“FLEXA fala que está com o jurídico. FLEXA pergunta se eles tentaram acessar o processo e não conseguiram. RODOLFO fala que o processo está aberto, amplo, está à disposição. FLEXA passa o telefone para o sofisma. Este pergunta para o RODOLFO se os autos estão franqueados para vista. RODOLFO confirma. Sofisma pergunta porque, então, que o advogado entrou com pedido. RODOLFO fala que deve ser falta de costume. RODOLFO fala que está respondendo administrativamente, que nunca teve nenhum problema, que todos os atos foram públicos, todos foram publicados. Sofisma diz para RODOLFO dizer que todos os atos foram públicos, em decorrência da lei 8666 e art. 37 da CF, e que em momento nenhum esta comissão obstruiu vista do processo. RODOLFO

INQ 2.266 / AP

acha que é falta de prática do advogado. FLEXA fala que vai enviar uma minuta com a resposta para RODOLFO, a resposta que RODOLFO deve dar ao advogado com protocolo. RODOLFO fala que combinou com o advogado às 08:00 horas de segunda-feira. FLEXA combina de passar por fax para o escritório do RODOLFO. FLEXA pede para RODOLFO tirar a identificação do papel. FLEXA pergunta se o Moura entrou em contato com RODOLFO, ou com o amigo maior. RODOLFO nega”. (fls. 1381)

E o quinto:

“FLEXA diz que precisa conversar com RODOLFO quando ele for a Belém. FLEXA quer também mandar pegar os documentos referentes à licitação. RODOLFO fala que estão no escritório em Macapá. FLEXA pede o número do telefone do escritório e o nome da pessoa que está com os documentos, telefone dado é 242.8587, Aluísio”. (fls. 1380)

E o sexto:

“FLEXA diz que viu o documento com que os caras estão pedindo, que eles estão alegando que na desqualificação deles não foi alegado o motivo. FLEXA pergunta se RODOLFO não disse o porquê estava desqualificando a firma. RODOLFO fala que foi dito sim. FLEXA pergunta se basta mandar o jurídico. RODOLFO confirma”.

Ora, da leitura dessas interpretações de conversas travadas no meses de março e abril de 2003 pelo investigado, observa-se uma intensa movimentação de pessoas físicas representantes de pessoas jurídicas que tinham interesses econômicos na licitação que ocorreria naquele ano, mas em nenhum desses diálogos está demonstrada ou esclarecida qual seria a atuação típica e criminosa do agente.

Em outras palavras, não é possível retirar de tais diálogos a mínima convicção de que o investigado está fraudando, ou planejando fraudar uma licitação pública, mas, sim, que mantém contato com agentes

INQ 2.266 / AP

públicos, o que é justificável em razão da função que exercia à época. *Prima facie* tais atitudes são plenamente lícitas.

Não é minimamente razoável que seja imputado ao investigado a conduta de fraude a licitação apenas pelo fato de ter travado contato com agentes públicos encarregados do procedimento licitatório.

Os atos materiais tendentes à fraude não foram sequer indicados na denúncia ou em relatórios policiais, havendo tão somente uma inventiva tese conspiratória construída com base em diálogos que não demonstram, em si, nenhuma ilegalidade.

Para que houvesse indícios mínimos de autoria e de materialidade, seria necessária a demonstração de que tenha havido combinação ou outro expediente ilícito a frustrar a livre concorrência.

Ainda que haja frustração lícita da livre concorrência, esta, *per si*, não configura crime, no máximo autoriza a Administração Pública a renovar o procedimento licitatório.

A jurisprudência das Cortes de apelação e do Superior Tribunal de Justiça tem considerado configurado o delito “quando ambos os concorrentes têm conhecimento prévio e mútuo das propostas” (HC 2004.0201008340/ES, Rel. Desembargador Benedito Gonçalves, TRF 2ª Região); quando “há criação e registro de empresas fantasmas, com o fim de participar de certames licitatórios e manipular licitações (TRF 1ª Região, AC 20033400018754-6/DF, Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes); “quando vários empresários do ramo de vigilância se reúnem, em quadrilha, para eliminar a possibilidade de competição (STJ, HC 76687, Rel. Ministra Laurita Vaz) e também quando for o caso de “escolha de modalidade diversa da exigida pela legislação e da falta de publicidade do certame (STJ, AGA 983730, Rel. Ministro Napoleão Maia e STJ, HC 84320/SC, Rel. Ministro Og Fernandes).

Em todos os casos citados é possível verificar-se a identificação e a atribuição de atos específicos aos indigitados, o que não é possível verificar neste caso concreto.

Assim, embora haja descrição genérica de fatos criminosos, o Ministério Público não se desincumbiu da obrigação de especificar a

INQ 2.266 / AP

conduta do denunciado, não sendo possível, conforme jurisprudência majoritária desta Corte, receber-se denúncia-crime que não especifica a atuação do denunciado, limitando-se a imputar-lhe conduta genérica. Conforme HC 96100 / SP, Rel. Min. Cármen Lúcia:

“A jurisprudência deste Supremo Tribunal tem se firmado no sentido de que a denúncia deve conter, ainda que minimamente, a descrição individualizada da conduta supostamente praticada por cada um dos denunciados nos delitos societários, sendo certo que o atendimento, ou não, do art. 41 do Código de Processo Penal, há que ser analisado caso a caso”.

Assim, à míngua de mínima comprovação dos fatos imputados ao denunciado, atos estes que estão descritos de forma abstrata e genérica, não é razoável entender pela existência de justa causa para esta ação penal, ainda que se admitisse a validade da prova produzida por escutas telefônicas.

DELITO PREVISTO NO ART. 288 DO CÓDIGO PENAL

Em todas as investigações de grande porte na história recente deste país, sempre se atribuiu às pessoas acusadas de cometerem ilícitos contra a Administração Pública o fato de pertencerem a quadrilhas organizadas, ou complexas organizações criminosas, deitando sobre elas as consequências do delito previsto no art. 288 do Código Penal e das atuações conceituadas pela Lei 9.034/95, que trata das organizações criminosas.

Não raro, e até com frequência, abre-se mão da positividade e do dogmatismo necessário em prol de uma atuação política que constrói teses mirabolantes sobre fatos cuja observação e análise não conduzem às consequências apontadas.

Em época recente, e também nos dias que correm, vemos o conceito de criminalidade organizada estender-se para os mais simples fatos,

INQ 2.266 / AP

como se todo delito existente no país fizesse parte de uma engrenagem movida de forma complexa e tendente ao esgarçamento das relações de segurança. Dito de outro modo, a justificativa do necessário embate contra a criminalidade organizada, de grande porte e coesa, dotada de um aparato complexo e místico, vem funcionando como justificativa para a agressão a direitos fundamentais do cidadão, não raro distorcendo fatos e fornecendo interpretações falaciosas, inventivas e mentirosas, em detrimento da verdade.

No dizer de CEZAR BITENCOURT:

“ Enfim, todo esse estardalhaço na mídia e nos meios políticos serve apenas como 'discurso legitimador' do abandono progressivo das garantias fundamentais do direito penal da culpabilidade, com a desproteção de bens jurídicos individuais determinados, a renúncia dos princípios da proporcionalidade, da presunção da inocência, do devido processo legal etc., e a adoção da responsabilidade objetiva, de crimes de perigo abstrato, esquecendo, como afirma Luigi Ferrajoli, que 'a pena não serve unicamente para prevenir os injustos crimes, mas para prevenir os injustos castigos”.

Segue o autor, ainda lembrando, que:

“(…) na linha da lei e da ordem, sustentando-se a validade de um Direito Penal funcional, adota-se um moderno utilitarismo penal, isto é, um utilitarismo dividido, parcial, que visa somente à 'máxima utilidade da minoria', expondo-se, conseqüentemente, às tentações de autolegitimação e retrocessos autoritários, bem ao gosto do direito penal máximo, cujos fins justificam os meios, e a sanção penal, como afirma Ferrajoli, deixa de ser pena e passa a ser taxa”. (BITENCOURT, Cezar. Tratado de Direito Penal, vol 4, p. 371)

É um equívoco incluir a imputação de formação de quadrilha em todas as acusações, e em quase todas as denúncias que envolvem crimes contra a Administração Pública, previstos no Código penal ou em leis esparsas. É um equívoco, pois o tipo demanda configuração específica,

INQ 2.266 / AP

que nem sempre está presente, mesmo quando há imputação envolvendo diversos agentes.

No presente caso, nem de longe há justa causa para o recebimento de denúncia em razão de associação de mais de três pessoas para o fim de cometerem crimes.

De uma análise da denúncia e dos diálogos que imputam condutas ao denunciado, não é possível visualizar a atuação abstrata atribuída ao denunciado, direcionada para mais de um ato que não a licitação para obras de recuperação do Porto de Santana, no Amapá.

Mesmo dando crédito ao que descreve o Ministério Público, e mesmo reconhecendo a licitude da prova oriunda das escutas telefônicas – apenas por argumentar –, não é possível observar que o denunciado está ligado a mais de duas pessoas na prática de seus pretensos atos, o que se tornaria fundamental para o reconhecimento do crime de formação de quadrilha.

Tampouco há qualquer associação minimamente estável, como sentido de permanência, a qual se atribua a perenidade necessária para a caracterização do crime de formação de quadrilha.

Quem são os demais quadrilheiros? Que crimes – no plural – a quadrilha deseja cometer no futuro? De onde a permanência desta pretensa organização necessária ao cometimento do crime?

No máximo estaríamos diante de uma rotineira confusão entre o concurso eventual de pessoas, previsto no art. 29 do Código Penal, mas jamais diante dos elementos que configuram o delito do art. 288 do Código Penal.

Lembra a doutrina italiana que associação não equivale a acordo. Para que exista quadrilha, que na lei italiana denomina-se *Associazione*, deve haver algo mais que o concerto de vontades, pois é necessária a existência de um mínimo de organização, alguma estabilidade, e alguma distribuição hierárquica de funções. (ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, Milão; Giuffré, vol. 2, p. 233). Nesse mesmo sentido, Nelson Hungria, Luís Régis Prado e Cezar Bitencourt. No mesmo sentido, HC 72992-4, Rel. Min. Celso de Mello, em que esta Corte

INQ 2.266 / AP

já entendeu que a simples participação em delito plurissubjetivo não configura o crime, pois é necessário o concurso de no mínimo quatro pessoas, a finalidade de cometer crimes indeterminados, e alguma estabilidade e permanência.

No caso em tela, não logrou a denuncia demonstrar a existência sequer de permanência, organicidade e quantidade mínima de membros.

As transcrições telefônicas utilizadas como princípio de prova dão conta apenas de contatos eventuais realizados em derredor do objeto da licitação das obras do Porto de Santana, não autorizando qualquer interpretação no sentido de que havia alguma quadrilha organizada, principalmente nos termos que acarretam o crime do artigo 288.

Não há qualquer justa causa para esta ação penal, por cometimento, em tese, do delito de formação de quadrilha.

No mesmo sentido, já decidi no HC 89310/SP, em que fui relator para o acórdão:

“HABEAS CORPUS . QUADRILHA OU BANDO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE DE EXAME MESMO DEPOIS DE JULGADA A AÇÃO PENAL. ORDEM DEFERIDA. 1. A sobrevinda de acórdão condenatório julgando procedente a denúncia cuja inépcia é questionada no *habeas corpus* afasta o interesse de exame do *writ*, sendo plenamente possível o reconhecimento da inviabilidade da inicial acusatória e o trancamento da respectiva ação penal, mesmo considerando-se a posterior confirmação levada a efeito pelo Superior Tribunal de Justiça no exame de recurso especial. 2. Não se pode ter como sugestivo do crime de quadrilha a mera menção ao nome do impetrante por outros acusados, segundo captada em interceptações telefônicas, sem qualquer base concreta que demonstre, minimamente, a eventual prática delitiva. 3. Denúncias genéricas, que não descrevem os fatos na sua conformação, não se coadunam com os postulados básicos do Estado de Direito. 4. Não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo. Daí a necessidade de rigor e prudência por parte daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações

INQ 2.266 / AP

penais e daqueles que podem decidir sobre o seu curso. 5. Ordem deferida para determinar o trancamento da ação penal instaurada em face do paciente”.

Ante o exposto, tendo em vista o pedido da douta representante da Procuradoria-geral da República em Plenário e a total ausência de justa causa para esta ação penal, seja pela invalidade dos elementos probatórios, seja pela falta de comprovação mínima de materialidade e autoria, **REJEITO A DENÚNCIA.**



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 2.266

PROCED. : AMAPÁ

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INVEST.(A/S) : F DE S F R

ADV.(A/S) : EDUARDO A. L. FERRÃO

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, determinou o arquivamento do inquérito. Votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Ausente, justificadamente, a Senhora Ministra Ellen Gracie. Falou, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República. Assomou a tribuna o Dr. Marcelo Leal, que se absteve de sustentar diante da decisão proferida. Plenário, 26.05.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário