

AÇÃO CAUTELAR 4.173 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO: 1. Trata-se de requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República, vinculado a acordo de colaboração premiada submetido à homologação nesta Corte, de “*medidas cautelares penais, de escopo privativo ou restritivo de liberdade ou de direitos [...]*”, tendo em vista “*manobras dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá, bem como do ex-Presidente José Sarney, para embaraçar a Operação Lava Jato, crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013*” (fl. 3).

2. Em sua manifestação (fls. 2-44), o Procurador-Geral da República sustentou, em síntese:

“No dia 4 de maio de 2016, foi firmado pelo Ministério Público Federal e José Sérgio de Oliveira Machado acordo de colaboração premiada, cujos termos foram submetidos a Vossa Excelência para homologação no dia 13 de maio. No período de 4 a 11 de maio, foram colhidos depoimentos do colaborador e de seus três filhos. Um dos anexos desse acordo (e alguns termos de colaboração) descreve manobras dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá, bem como do ex-Presidente José Sarney, para embaraçar a Operação Lava Jato, crime previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013” (fl. 2 do requerimento).

A partir desse anexo, colheu-se depoimento específico do colaborador. Por sua vez, o depoimento explica e contextualiza parte das cerca de sete horas de conversas gravadas pelo colaborador com os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e com o ex-Presidente José Sarney e outros interlocutores nos dias 23 e 24 de fevereiro e 10 e 11 de março do corrente ano.

O conteúdo dessas conversas revela a existência de um plano, em plena execução, para embaraçar a Operação Lava Jato. O plano tem uma vertente tática e outra estratégica, ambas

de execução imediata. A vertente tática consiste no manejo de meios espúrios para persuadir o Poder Judiciário a, além de não desmembrar inquérito específico da Operação Lava Jato, a fim de que o investigado Sérgio Machado, que não é titular de prerrogativa de foro, não se tornasse, como se tornou, colaborador. A vertente estratégica se traduz na modificação da ordem jurídica, tanto pela via legislativa quanto por um acordo político com o próprio Supremo Tribunal Federal, com o escopo de subtrair do sistema de justiça criminal instrumentos de atuação que têm sido cruciais e decisivos para o êxito da Operação Lava Jato.

Na vertente tática, as conversas gravadas mostram os movimentos iniciais do próprio colaborador, do ex-Presidente José Sarney e dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá para designar interlocutores com vínculos pessoais de relacionamento com Vossa Excelência para interceder e tentar persuadi-lo, por meio de argumentos extrajurídicos, a não desmembrar o Inquérito 4.215/DF, em curso no Supremo Tribunal Federal, em que José Sérgio de Oliveira Machado figura como investigado ao lado do Senador Renan Calheiros.

Na vertente estratégica, as conversas gravadas expõem a trama clara e articulada dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e do ex-Presidente José Sarney a fim de mutilar o alcance dos institutos da colaboração premiada no processo penal e da leniência administrativa para pessoas jurídicas responsáveis por ato de corrupção, impedir o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado definitivo dos processos penais pelos Tribunais Superiores, e, em prazo mais longo, subtrair atribuições do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário.

As duas vertentes, como veremos, têm como motivação estancar e impedir o quanto antes os avanços da Operação Lava Jato em relação a políticos, especialmente do PMDB, do PSDB e do próprio PT, por meio de um acordo com o Supremo Tribunal Federal e da aprovação de mudanças legislativas.

Após a realização de busca e apreensão em sua residência,

e temeroso que houvesse desmembramento do Inquérito 4.215/DF em relação a sua pessoa, com envio à 13ª Vara Federal de Curitiba, José Sérgio de Oliveira Machado recorreu ao núcleo político que lhe deu sustentação para presidir a Transpetro S/A por mais de uma década: ele esteve em Brasília de 23 a 24 de fevereiro e de 10 a 11 de março de 2016 e conversou mais de uma vez com os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e com o ex-Presidente José Sarney.

A intenção primária de José Sérgio de Oliveira Machado era alertar seus interlocutores de que, submetido à competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, poderia vir a ser sujeito passivo de medidas mais incisivas. Como forma de se preservar em face de reações desfavoráveis ou disjuntivas de seus interlocutores, ele gravou as conversas, conforme narrou em depoimento:

'QUE, após a busca e apreensão ocorrida em sua residência no dia 15/12/2015, o depoente conversou com seu filho EXPEDITO sobre a possibilidade de o depoente gravar conversas com políticos; QUE isso serviria para o depoente se defender de outras versões dos fatos que pudessem surgir; QUE o depoente pediu, então, que EXPEDITO providenciasse o dispositivo para isso, o que ele fez em poucos dias; QUE seu filho EXPEDITO morava em São Paulo, mas foi a Fortaleza em razão da busca e apreensão; QUE no dia da busca estavam em casa o depoente, sua esposa e um neto; QUE o depoente procurou os Senadores RENAN CALHEIROS, ROMERO JUCÁ e o ex-presidente SARNEY e marcou, por telefone, conversas presenciais; (...) QUE nessas oportunidade relatou o que havia ocorrido em sua residência e sobre o que embasou a cautelar de Busca e Apreensão; QUE conversaram ainda sobre o receio do depoente de novas delações e o risco que isso representava para todos, porque empresas que poderiam vir a fazer delação tinham mantido relações com o depoente e feito doações de vantagens ilícitas, inclusive oficiais, para todos com recursos oriundos dos contratos da TRANSPETRO; QUE

registrou que isso representaria um enorme risco para todos, sobretudo com relação às empresas QUEIROZ GALVÃO, que ainda não havia feito delação, e CAMARGO CORRÊA, cujo prazo do acordo de leniência ainda estaria em aberto; QUE apesar de o depoente tratar diretamente com os donos de tais empresas ainda assim haveria risco em caso de delação; QUE esse risco de delação tinha sido incrementado pela alteração da jurisprudência do STF, que passara a permitir a execução provisória da pena após condenação em segunda instância; (...) QUE depois disso, o depoente retornou a BRASÍLIA nos dias 10 e 11 de março de 2016; QUE nestes dois dias conversou com os SENADORES ROMERO JUCÁ, RENAN CALHEIROS e com o ex-presidente SARNEY, primeiro com cada um e depois com o SENADOR RENAN CALHEIROS e SARNEY juntos; QUE novamente falaram sobre o que se estava pensando acerca da Operação Lava Jato e o que poderia ser feito para limitá-la; QUE também falaram sobre como evitar que o inquérito do depoente fosse desmembrado do inquérito do Senador RENAN CALHEIROS e remetido à Vara de Curitiba;’ (Termo de Colaboração nº 10).

[...]

O conteúdo das conversas mostra as duas vertentes do plano para embarçar a Operação Lava Jato. A linguagem, apesar de contextual, é clara, explícita, sem nenhuma ambiguidade.

Para além do teor das conversas, José Sérgio de Oliveira Machado foi muito claro, em seus depoimentos, sobre a obtenção desses subornos, pormenorizando anos e valores respectivos tanto na forma de doações oficiais quanto em dinheiro em espécie. Segundo Sérgio Machado, foram repassados ilicitamente, a partir de contratos da TRANSPETRO, por exemplo, para RENAN CALHEIROS, R\$ 32.200.00,00 (trinta e dois milhões e duzentos mil reais); ROMERO JUCÁ, R\$ 21.000.000,00 (vinte e um milhões de reais) e para o ex-presidente JOSÉ SARNEY, R\$ 18.500.000 (dezoito milhões e quinhentos mil reais). Anotem-se:

[...]

2.2- Dos fundamentos de fato das medidas cautelares constrictivas de liberdade

As conversas gravadas demonstram que eram fundados todos os temores de que uma parcela relevante da classe política estivesse construindo um amplo acordo não só para paralisar a Operação Lava Jato, mas também para impedir outras iniciativas do sistema de justiça criminal estatal, de moldes e resultados semelhantes, com modificação do próprio ordenamento jurídico brasileiro. Esse amplo acordo envolveria, inclusive, a seu tempo e modo, o Supremo Tribunal Federal. Trata-se de um dos mais graves atentados já vistos contra o funcionamento das instituições brasileiras.

Os Senadores Renan Calheiros, Romero Jucá e o ex-Presidente José Sarney estão, tecnicamente, em estado de flagrância, uma vez que, em conjunto com José Sérgio de Oliveira Machado, além integrarem organização criminosa, estão executando meios para embaraçar, no plano da Operação Lava Jato, a investigação criminal que envolve a organização criminosa. O plano por eles elaborado com José Sérgio de Oliveira Machado está em pleno andamento, em especial em sua vertente estratégica, conforme será demonstrado a seguir.

Além do estado de flagrância na prática do crime do art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2013, torna-se evidente que as tratativas em questão demonstram que a organização criminosa investigada na Operação Lava Jato teve um de seus segmentos incrustado no núcleo político da ala senatorial do PMDB: José Sérgio de Oliveira Machado funcionou, enquanto presidiu a Transpetro S/A, como ponta-de-lança dessa organização, na medida em que a condição para lá permanecer, como ele mesmo explicou nos depoimentos prestados, era arrecadar e repassar em fluxo constante vantagens indevidas para os políticos que apoiavam sua investidura:

[...]

Embora José Sérgio de Oliveira Machado tenha sido apeado da presidência da Transpetro S/A, as conversas

gravadas mostram que ele próprio e os demais integrantes da organização criminosa não estavam desmobilizados, mas apenas em postura defensiva, preocupados em conter danos para voltar à atuação proativa na solicitação de vantagens ilícitas tão logo fosse possível. Há, portanto, comprovado flagrante delito também no que se refere ao crime previsto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/2013.

2.2.1- A vertente tática

A diretriz de atuação para evitar o desmembramento do Inquérito consistia, de início, em enviar o advogado Eduardo Ferrão, bem como, quando retornasse de viagem, o ex-Presidente do STJ César Ásfor Rocha para tentar interceder junto a Vossa Excelência. Esses interlocutores não foram escolhidos para persuadir com argumentos jurídicos, mas para acionar vínculos pessoais: isso não só emerge com nitidez das intervenções de Renan Calheiros e José Sarney, como resulta, nas mais vivas cores, do depoimento de José Sérgio de Oliveira Machado.

A percepção do Senador Renan Calheiros e do ex-Presidente José Sarney é de que Eduardo Ferrão tem acesso privilegiado a Vossa Excelência e, no caso do ex-Ministro César Ásfor Rocha, verdadeira ascendência ou, quando menos, legitimidade para cobrar favores na moeda de troca da prestação jurisdicional. Múltiplos segmentos de conversas são explícitos com Renan Calheiros e José Sarney, além de José Sérgio de Oliveira Machado.

Nesse sentido, confirmam-se as seguintes passagens da conversa havida entre o colaborador Sérgio Machado, Renan Calheiros e José Sarney:

‘Relatório 75, Arquivo 08

00:46:32 SERGIO MACHADO - E ela foi louca, porque ela viu essa porra e achou que dava. RENAN (...) você tá num governo e começa um incêndio, você estando

ou não no meio, você tem que apagar, que tá dando em merda, não pode deixar o fogo subir... Este é o nosso caso, não podemos deixar essa porra ir pra baixo de jeito nenhum, (...). Você acha que o (SERRÃO) tem, (FERRÃO) tem força sobre ele?

00:47:01 RENAN - Acesso, né?

SERGIO MACHADO - Acesso.

RENAN - Nesse primeiro momento é o acesso.

SERGIO MACHADO - E eu não vou falar nada com o meu pessoal, porque eu não quero ninguém metido nisso... [Ruídos] (...)

[...]

SARNEY - O César não sei quando (...)

SERGIO MACHADO - O CESAR eu não sei. Eu tive informação, chega depois da semana santa.

SARNEY - Aí o RENAN me fez uma lembrança que pode substituir o CESAR. O FERRÃO é muito amigo do TEORI

RENAN - Tem que ser uma coisa confidencial, SERGIO.

SERGIO MACHADO - Claro, não, eu não to.

RENAN - Só entre nós e o FERRÃO

RENAN - Teve alguma informação?

SERGIO MACHADO - ... (Ruídos) HUM

RENAN - Teve alguma informação?

SERGIO MACHADO - Eu?

RENAN - (...) um café... [Vozes ao fundo]...

RENAN - O FERRÃO foi para São Paulo (...) Os dois são uma boa ideia. Tanto o CESAR (...)

SERGIO MACHADO - O CESAR chega dia 03,

SARNEY - (...) o FERRÃO (...) a gente reforça lá.

SERGIO MACHADO - O CESAR chega dia 03, depois da semana santa.

[...]

SARNEY - É mas nós (temos) é que tratar é do teu assunto.

[...]

00:10:00 SARNEY- Então como é (...)

SERGIO MACHADO - Não permitir o desmembramento.

SARNEY É eu tratar desse pedido com o FERRÃO. E no dia que o CESAR chegar vamos marcar uma conversa com ele.

RENAN - Imediatamente? Como é esse *timing*?

SERGIO MACHADO - Tem que ser rápido, tem que ser rápido (...)

SARNEY -Tem que ser rápido’.

Como se percebe dos trechos acima e de todo o contexto dos diálogos, não se está ali discutindo uma saída jurídica para a situação de Sérgio Machado. Trata-se, com todas as cores, de claro tráfico de influência com o objetivo de embaraçar as investigações em andamento contra a organização criminosa. Renan Calheiros e José Sarney prometem a Sérgio Machado que vão acionar o advogado Eduardo Ferrão e o ex-Ministro do STJ César Asfor Rocha para influenciar na decisão de Vossa Excelência sobre possível desmembramento do inquérito de Sérgio Machado.

Logo, os áudios demonstram de forma incontestada que está em curso um plano de embaraço da investigação por parte de integrantes do grupo e seus associados. Como sói acontecer em organizações criminosas bem estruturadas, o tráfico de influência é apenas uma das vertentes utilizadas por esses grupos.

Aliado a isso, são utilizados outros instrumentos com a finalidade de impedir e embaraçar as investigações contra essa parcela da criminalidade. Uma das formas de atuação é a manipulação do próprio aparelho estatal para atuar em favor da organização criminosa. Trata-se do caso típico de desvio de finalidade, quando um ato é praticado com roupagem de interesse público, porém em seu interior carrega um móvel escuso. Caracteriza-se como deturpação do dever-poder

atribuído a agente público que, apesar de exercê-lo nos limites aparentes de sua atribuição, direciona-o a fim não buscado pelo ordenamento.

Esse estratagema, além dos mais deletérios, é extremamente nocivo, porquanto se mostra bastante eficaz e é de difícil comprovação, visto que sempre executada sob o disfarce de atos verdadeiramente republicanos.

É exatamente essa estratégia que está sendo gestada pela cúpula da organização criminosa, conforme se vê a seguir

2.2.2- A vertente estratégica: o uso do Estado contra o Estado

Os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá (hoje um dos principais Ministros do governo interino), bem como o ex-Presidente José Sarney, relatam abertamente a José Sérgio de Oliveira Machado que a estratégia para embarçar e impedir o avanço da Operação Lava Jato passa por um acordo amplo, envolvendo diversos partidos políticos, em especial PMDB, PSDB e alguns integrantes do PT, como Dilma e Lula.

A ideia defendida originalmente pelos interlocutores era uma solução a ser negociada com diversos partidos para que houvesse um grande ‘pacto nacional’ entre estes, com a participação do Supremo Tribunal Federal, para encerrar a Lava Jato. Além disso, buscar-se-ia, em uma outra vertente de atuação, escudar políticos tradicionais de todas as agremiações, como os próprios RENAN CALHEIROS, ROMERO JUCÁ, o ex-presidente JOSÉ SARNEY, entre outros ‘caciques’. Nesse sentido, vejam os seguintes trechos:

[...]

Esse ‘acordão’ seria feito após a chamada ‘solução Michel’, isto é, com a iminente posse de seu correligionário de partido na interinidade da Presidência da República, os interlocutores planejam uma série de medidas que devem ser implementadas após a posse de Michel Temer.

No trecho a seguir Romero Jucá e Sérgio Machado discutem a ‘solução Michel’, que, segundo eles, seria o ideal

para 'parar tudo' e 'delimitava onde está' (referindo-se à Operação Lava Jato), fazendo um 'grande acordo nacional', inclusive 'com o Supremo, com tudo':

[...]

Romero Jucá e Sérgio Machado reclamam, ainda, que Renan Calheiros estava resistente à 'saída Michel Temer', sem perceber que, com o afastamento de Eduardo Cunha pelo STF, Renan Calheiros seria 'o próximo alvo principal' das investigações:

[...]

Com relação à participação do PSDB nesse 'acordão', ROMERO JUCÁ faz referência direta à conversa mantida com os dirigentes do Partido:

[...]

Num outro diálogo sobre o mesmo tema, Sérgio Machado pergunta a ROMERO JUCÁ sobre a adesão do PSDB, vejamos:

[...]

ROMERO JUCÁ também explicita em uma das suas conversas com Sérgio Machado que na solução via MICHEL TEMER haveria espaço para uma ampla negociação prévia em torno do novo governo, vejamos:

[...]

Pode-se inferir destes áudios que certamente fez parte dessa negociação a nomeação de ROMERO JUCÁ para pasta do Ministério do Planejamento, além da nomeação do filho de JOSÉ SARNEY, para o Ministério do Meio Ambiente, e de Fabiano Silveira, ligado a RENAN CALHEIROS, para o Ministério que substituiu a Controladoria-Geral da União, além dos cargos já mencionados para o PSDB.

O intento do Requeridos, nessas diversas conversas gravadas, é construir uma ampla base de apoio político para conseguir, pelo menos, aprovar três medidas de alteração do ordenamento jurídico em favor da organização criminosa:

(i) a proibição de acordos de colaboração premiada com investigados ou réus presos;

(ii) a proibição de execução provisória da sentença penal

condenatória mesmo após rejeição dos recursos defensivos ordinários, o que redundaria em reverter pela via legislativa o recente julgado do STF que consolidou esse entendimento, e

(iii) a alteração do regramento dos acordos de leniência.

Essas três medidas seriam implementadas no bojo de um amplo acordo político - tratar-se-ia do propalado e temido 'acordão' - que envolveria o próprio Supremo Tribunal Federal, como fica explícito em intervenções tanto do Senador Renan Calheiros quanto do Senador Romero Jucá. Esse acordo vinha e segue sendo costurado neste exato momento.

[...]

Conforme ressaltado acima, entre as medidas emergenciais visando a 'estancar' a Operação 'Lava Jato' estão três que afetam diretamente os meios de obtenção de prova contra o crime organizado, notadamente o instituto da colaboração premiada. É em torno dela que giram as medidas emergenciais a serem adotadas contra a Lava Jato, vale dizer, trata-se de medidas cujo escopo é desestimular a colaboração premiada e enfraquecer o instituto.

[...]

Poucos dias após a posse de Michel Temer, o plano delineado pelos integrantes da organização criminosa já começa a ser colocado em prática.

No dia 14 de maio de 2016 a imprensa já começou a noticiar a tentativa de alterar a legislação que rege os acordos de leniência:

[...]

Importante notar que, nos diálogos que ocorreram no dia 24 de fevereiro de 2016, entre Sérgio Machado e Renan Calheiros, na residência do Presidente do Senado, estão presentes os advogados 'Bruno' e 'Fabiano'. Este último é Fabiano Silveira, mencionado na reportagem acima, e recentemente nomeado justamente para o cargo de Ministro da Fiscalização, Transparência e Controle do governo Michel Temer.

[...]

Como se nota, uma das ações emergenciais para embaraçar as investigações da Lava Jato já está em curso, que é o enfraquecimento dos acordos de leniência, o que envolve não somente alteração legislativa, como também a colocação de pessoa da estrita confiança dos envolvidos no Ministério da Fiscalização, Transparência e Controle. A esse respeito, contudo, é fundamental destacar que os poderes que os Senadores envolvidos detém – e planejam colocar a serviço dos interesses da organização criminosa que integram – emanam da Constituição Federal e devem invariavelmente revestir-se de finalidade e móvel públicos. Qualquer ato estatal que desborde disso é viciado e, portanto, nulo.

No caso presente, a situação vai muito além de um ato eivado de desvio de poder. Não se trata apenas de congressistas que estão a utilizar o mandato em prol de interesses meramente privados.

Na realidade, o cenário é de agentes políticos que estão pondo seus mandatos populares a serviço de seus interesses particulares e da organização criminosa que integram, chegando ao cúmulo de projetar e planejar a alteração do ordenamento jurídico para impedir os órgãos que integram o sistema de justiça criminal de cumprir o seu mister.

Trata-se de atos estatais que visam a sabotar o próprio Estado, na sua vertente de repressão ao crime organizado. É chocante, nesse sentido, ouvir o Senador e hoje Ministro Romero Jucá admitir, a certa altura, que é crucial ‘cortar as asas’ da Justiça e do Ministério Público, aduzindo que a solução para isso seria a Assembleia Constituinte que ele e seu grupo político estão planejando – ou melhor: urdindo – para 2018 ‘*aí é na constituinte*’. Anote-se:

[...]

Fica claro, portanto, que os integrantes da organização criminosa planejam valer-se de todos os meios ao seu alcance para se blindar da investigação, tramando, inclusive, para o pasmo de qualquer cidadão, uma nova constituinte, com o escopo, entre outros objetivos, de diminuir e limitar as

atribuições do Ministério Público e do Poder Judiciário. [...].

[...]

As provas trazidas à tona com a presente colaboração revelam o ápice dessa prática. Valer-se do poder constituinte originário para se proteger da persecução criminal estatal decerto representa uma das mais graves modalidades de desvio de finalidade já vista na história do Brasil. Uma assembleia constituinte, emanação do poder constituinte originário, é manifestação de poder político de extrema excepcionalidade, correspondendo à ruptura com a ordem constitucional anterior, como no caso de revoluções ou golpes de estado.

Note-se a gravidade da trama engendrada pelos integrantes da organização criminosa: as conversas gravadas desvelam trama em curso voltada não apenas para ‘estancar’ a Lava Jato, mas também para ‘cortar as asas’ do Ministério Público e do Poder Judiciário, que significa interferir no livre funcionamento desses órgãos.

2.3- Dos fundamentos jurídicos das medidas constritivas de liberdade

[...]

As gravações ambientais das múltiplas reuniões de José Sérgio de Oliveira Machado com Renan Calheiros, Romero Jucá e José Sarney, uma das quais com Renan Calheiros e José Sarney juntos, em quatro datas diferentes no espaço de quase vinte dias, revelam risco elevadíssimo para a integridade da engrenagem atual da Operação Lava Jato. Eles revelam plena e articulada disposição para interceder em dimensão política junto a ninguém menos que o Ministro do Supremo Tribunal Federal competente para a relatoria da Operação Lava Jato.

Isso representa risco evidente para a conveniência da investigação criminal: ainda que Vossa Excelência não se comovesse com a iniciativa cujo planejamento ficou evidenciado, a qual ficou preclusa ante a celebração de acordo de colaboração premiada de José Sérgio Machado de Oliveira, o que está evidenciado é a existência de plano - não mera bravata - de intervenção política junto a uma alta autoridade do sistema

de justiça criminal, nomeadamente um Ministro do Supremo Tribunal Federal, com a finalidade de influir na condução de segmento certo e determinado da Operação Lava Jato. Com efeito, os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e o ex-Presidente José Sarney pretendiam agir junto a Vossa Excelência para prevenir e evitar o desmembramento de Inquérito em curso, em que José Sérgio de Oliveira Machado figura como investigado, a fim de que ele não ficasse sujeito à jurisdição do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba e, temeroso do que pudesse vir a acontecer, entabulasse acordo de colaboração premiada.

Observa-se, a esse respeito, que, segundo o depoimento de José Sérgio de Oliveira Machado, o Senador Renan Calheiros acionou, ao menos em uma ocasião, 'alguém da policial federal' para examinar os autos de seu Inquérito, como revela o seguinte excerto:

[...]

O trecho acima é explicado no depoimento prestado por Sérgio Machado:

'QUE, na conversa gravada de 11/3 com RENAN e SARNEY, no trecho em que RENAN CALHEIROS diz que 'hoje eu recebi o (inaudível) pra me dizer que lá na Polícia Federal eles não têm nada', o depoente não sabe quem era a pessoa cujo nome ficou inaudível nem se lembra do nome, mas se lembra de que era alguém da Polícia Federal' (Termos de Depoimento nº 10)

O risco para a investigação criminal e para a própria ordem pública deriva também, em medida mais ampla e de máxima gravidade, da revelação de tratativas em curso para aprovar pacote de medidas legislativas voltado para embarçar, ou nas palavras do Senador Romero Jucá, 'delimitar o escopo' ou 'estancar' a Operação Lava Jato.

É patente que medidas como a proibição de celebrar acordo de colaboração premiada com preso e a mitigação das exigências para a celebração de acordos de leniência pela

Administração Pública, em especial a dispensa da admissão de ilícitos e o afastamento do Ministério Público do arco de sujeitos do acordo, não atenderiam ao interesse público e poriam o ordenamento jurídico brasileiro na contramão das melhores práticas internacionais e dos melhores exemplos do direito comparado. Mas agora há dado novo aterrador: duas das mais relevantes lideranças congressionais do País estão trabalhando por essas medidas com o objetivo declarado de impedir o avanço da Operação Lava Jato em seu desfavor e no do conjunto da classe política.

Além do que precede, a revelação inequívoca de que os três interlocutores de José Sérgio de Oliveira Machado atuavam para que essas medidas fossem aprovadas mediante acordo político, que eles pretendiam que abarcasse até mesmo o Supremo Tribunal Federal, constitui uma das hipóteses mais cristalinas de atentado à ordem pública. Ninguém menos que um ex-Presidente da República e do Senado, o atual Presidente do Senado e um Senador que exerceu múltiplas funções de liderança e hoje é o Ministro chefe do atual governo Temer confirmaram reiteradamente para Sérgio Machado, investigado na Operação Lava Jato, que pretendem mutilar um dos mecanismos jurídicos mais eficazes para trazer ao conhecimento do sistema de justiça criminal a vasta engrenagem criminosa em que eles estão há muito envolvidos. Não se trata apenas de subordinar o interesse público ao interesse individual: trata-se de subordinar o mais legítimo interesse público ao mais espúrio interesse individual, de integrantes de organização criminosa objeto de investigação em curso.

Não bastasse a trama para mudar a legislação, os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e o ex-Presidente José Sarney ainda revelam o plano de incluir o Supremo Tribunal Federal, reserva necessária de sobriedade institucional, na costura política de um grande acordo espúrio para evitar o avanço do complexo investigatório.

[...]

A criação de regime disjuntivo entre o tratamento dos acordos de leniência no marco da Lei 12.846/2013 e o dos acordos de colaboração premiada no marco da Lei 12.850/2013, como está sendo planejada visa, com clareza solar, a dar aos acordos de leniência contornos do atávico *jeitinho brasileiro*: as empresas poderão celebrá-los independentemente de admitir fatos, menos ainda de seus dirigentes admitirem a responsabilidade criminal correlata, e as competências em matéria de cartel, mesmo quando houver crime, ficaram concentradas no CADE, mais uma vez subordinando-se a instância penal à administrativa.

[...]

Não faria sentido, como é intuitivo, que houvesse alguma visão de interesse público por trás de tão tamanho retrocesso. O que está por trás da trama criminoso – com a fantasia mambembe de processo legislativo – voltada para engessar o regime jurídico da colaboração premiada é apenas o interesse de parcela da classe política, que se encontra enredada na Operação Lava Jato, em especial os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e o ex-Presidente José Sarney, em evitar acordos dessa estirpe que revelem a corrupção endêmica em que incorrem continuamente por anos e anos a fio (que admitem e comentam sem reservas nas conversas gravadas).

A atualidade das condutas exige intervenção judicial drástica e imediata. As conversas datam de poucas semanas e o que se observou de lá para cá foi evidente ganho de musculatura da trama criminoso. Mais de uma vez nas conversas gravadas o Senador Romero Jucá evidencia que o *timing* para a implementação do grande acordo de estancamento da Operação Lava Jato ficaria especialmente favorecido com o início do governo de Michel Temer, que se deu há pouquíssimos dias.

A solução jurídica que a legislação processual penal oferece para a situação consiste na prisão cautelar dos dois congressistas e do ex-Presidente, este último na modalidade domiciliar: é cristalina na a incidência à espécie do disposto nos

arts. 312 e 313, I, do Código de Processo Penal.

[...]

A prova de materialidade e os indícios de autoria dos crimes previstos no art. 2º, *caput* e § 1º, na forma do § 4º, II, da Lei 12.850/2012, punido com reclusão de três a oito anos de reclusão, majorados de um sexto a dois terços, defluem com folga da gravação ambiental de José Sérgio de Oliveira Machado e dos depoimentos por ele prestado ao Ministério Público Federal. A Operação Lava Jato apura múltiplas infrações penais que envolvem organização criminosa, o que hoje é assente. Constitui, ademais, hipótese elementar - talvez a mais elementar - de embaraço a essa investigação, conduta consistente em tentar evitar a celebração de acordo de colaboração premiada.

Os envolvidos são pessoas poderosas e influentes nas respectivas esferas de atuação e têm o interesse comum em evitar que a Operação Lava Jato revele, com mais clareza do que até aqui, os crimes por eles praticados. Não há dúvida de que, em liberdade, os dois seguirão dispendo de multiplicidade de meios para condicionar resultados da investigação e da aplicação da lei penal, como concreta e demonstradamente estão tentando fazer.

Vale lembrar que as conversas gravadas incluem referências específicas a indivíduos e empresas que podem estar em tratativas de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, não se podendo aqui prover mais informação em razão da necessidade de preservar o sigilo.

Esse componente demonstra aspecto adicional da gravação ambiental efetuada por José Sérgio de Oliveira Machado que ressalta sua licitude: além do aspecto elementar de ele ter sido interlocutor da conversa que gravou e de lhe ser lícito dar testemunho do que foi discutido, inclusive porque se tratava de atividade criminosa, o intento da gravação foi, essencialmente, o de provar que seu papel na engrenagem criminosa não foi o de orquestrador final, e sim o de executor material, o que haveria de repercutir em seu favor em múltiplas

etapas decisórias da persecução penal que viesse a sofrer.

2.4 - Prisão preventiva dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá

O art. 53, § 2º, da Constituição da República proíbe a prisão de congressista, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável. A regra prevista no dispositivo aparenta ser absoluta, e a exceção, limitadíssima.

Com efeito, a prisão cautelar não é cabível, na literalidade do dispositivo, em nenhuma de suas modalidades, nem mesmo com a elevada garantia do foro especial por prerrogativa de função. Por sua vez, a prisão em flagrante de congressista, além de fortuita, por depender da presença da autoridade no local e no momento do crime, somente é cabível em se tratando de crime inafiançável - a atual redação do Código de Processo Penal tornou afiançáveis, *in genere*, todos os crimes, permanecendo apenas a inafiançabilidade dos crimes hediondos e equiparados, porque de extração constitucional.

Mas, o tom absolutista do preceito proibitivo de prisão cautelar do art. 53, § 2º, da Constituição da República não se coaduna com o modo de ser do próprio sistema constitucional: se não são absolutos sequer os direitos fundamentais, não faz sentido que seja absoluta a prerrogativa parlamentar de imunidade à prisão cautelar. Essa prerrogativa, embora institucional, é de fruição estritamente individual e, lida em sua literalidade, assume, na normalidade democrática do constitucionalismo brasileiro, coloração perigosamente próxima de um privilégio odioso.

[...]

A esse respeito, se a presunção do constituinte era a de que a conduta dos congressistas seria marcada por honradez e honestidade muito acima da média nacional, a experiência mostra, de forma abundante, que eles são humanos, demasiado humanos, e, por isso, sujeitos a cometer crimes e levar perigo a bens jurídicos caros à sociedade e à ordem jurídica.

Não cabe ao Poder Judiciário, evidentemente, reescrever a Constituição da República, e sim interpretá-la, embora considerando que ela funciona nos moldes de um organismo vivo, em interação permanente com o meio social de que constitui engrenagem indissociável.

A pauta hermenêutica que o Procurador-Geral da República ora propõe para a primeira parte do § 2º do art. 53 da Constituição da República é a de que ele esteja sujeito à principiologia que passou a informar, desde a EC 35/2001, a imunidade dos congressistas ao processo penal, de modo que seja reputada cabível sua prisão cautelar, se decretada pelo Supremo Tribunal Federal a requerimento do Procurador-Geral da República, mas que, com a decretação, os autos sejam de imediato submetidos à Casa respectiva, que poderá suspender o decreto.

[...]

O próprio exemplo dos autos poderia figurar em qualquer manual jurídico: congressistas que participaram de vasta e grave engrenagem de corrupção passam a alterar o ordenamento jurídico para dele subtrair instrumento processual e evitar que investigação criminal em curso desvele, por meio desse instrumento, a extensão e a profundidade de suas condutas.

A exegese constitucional ora defendida pelo Procurador-Geral da República não pode, contudo, simplesmente fazer *tabula rasa* do preceito proibitivo da prisão cautelar de parlamentares. Se é verdade que a EC 35/2001 criou subsistema jurídico intrinsecamente incoerente, também é verdade que o constituinte reformador deixou aquele preceito em vigor, ao menos no plano formal.

[...]

Nessa ordem de ideias, deve ter-se por cabível a prisão preventiva de congressista desde que (i) haja elevada clareza probatória da prática de crime e dos pressupostos da custódia cautelar, em patamar que se aproxime aos critérios legais da prisão em flagrante (os quais incluem, vale lembrar, as

hipóteses legais de quase-flagrante e flagrante presumido, em que o ato delituoso não é visto por quem prende), e (ii) estejam preenchidos os pressupostos legais que autorizam genericamente a prisão preventiva (art. 313 do Código de Processo Penal), os quais afastam em concreto a possibilidade de concessão de fiança, haja vista o esvaziamento do conceito legislado de inafiançabilidade.

Não há contradição alguma entre admitir a prisão preventiva de congressista com esses critérios e admitir sua prisão em flagrante apenas quando se tratar de crime hoje reputado inafiançável: a decretação de prisão preventiva, porque reservada à autoridade judiciária, resulta de juízo muito mais aprofundado do que a voz de prisão em flagrante pela autoridade policial. A pauta exegética ora proposta restabelece, em verdade, a coerência do subsistema constitucional de regramento da prisão provisória de congressistas, que seguem contando com proteção jurídica especial, mas com mais garantias contra a prisão em flagrante, muito mais sujeita a abusos e arbitrariedades, que contra prisão cautelar decretada pelo Supremo Tribunal Federal e a requerimento do Procurador-Geral da República.

[...]

Destaque-se, por relevante, que a imunidade parlamentar é garantia do mandato (não da pessoa que o exerce de forma transitória) e do livre exercício da relevante função parlamentar. A hipótese em tela revela incontestemente desvio de finalidade do exercício do mandato por parte dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá, visto que os congressistas, integrantes de organização criminosa, vêm utilizando as prerrogativas e os poderes ínsitos à função com o desiderato de influenciar e embaraçar investigação que os alcança diretamente e se desenvolve sob a supervisão da mais alta corte do País.

[...]

As condutas dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e do ex-Presidente José Sarney são profundamente perturbadoras não só no plano probatório, mas também no

próprio plano da preservação das instituições. Há, na espécie, a síntese de todos os motivos que inspiraram o legislador a prever abstratamente a prisão preventiva como mecanismo de reação da ordem jurídica, cumprindo lembrar que aos crimes que eles estão praticando, organização criminosa e embaraço de investigação de organização criminosa, previstos no art. 2º, *caput* e no § 1º, na forma do § 4º, II, da Lei 12.850/2013, comina-se a elevada pena de 3 a 8 anos, majorada de 1/6 a 2/3, e multa. Trata-se, portanto, de crimes não só concretamente, como também abstratamente, muito graves.

Nessa mesma esteira, por razões também de enorme gravidade, o Supremo Tribunal Federal aceitou a prisão preventiva de Senador, nos autos da Ação Cautelar n. 4039. [...] [...]

Importante lembrar que a liminar foi confirmado por unanimidade na 2ª turma do Supremo Tribunal Federal.

Também na Ação Cautelar nº 4070/DF, que pedia o afastamento cautelar do Presidente da Câmara dos Deputados, o deferimento da medida pleiteada pelo Ministério Público mostra que, em situações excepcionais, as providências jurisdicionais devem ser igualmente excepcionais.

[...]

No tocante às situações expostas no presente requerimento, a solução não há de ser diversa: a excepcionalidade dos fatos impõe medidas também excepcionais.

3 - Medidas cautelares diversas da prisão

Como é cediço, os requeridos são pessoas muito poderosas e influentes. O uso espúrio do poder político pelos congressistas é possibilitado por dois fatores:

(i) o aspecto dinâmico de sua condição de congressistas representado pelo próprio exercício do mandato em suas diversas dimensões, inclusive a da influência sobre pessoas em posição de poder;

(ii) sua plena liberdade de movimentação espacial e de acesso a pessoas e instituições, que lhe permite manter encontros indevidos em lugares inadequados.

O Senador Renan Calheiros exerce nada menos que a presidência do Senado Federal, o que potencializa ainda mais esses fatores.

Por sua vez, o ex-presidente José Sarney, embora não exerça mandato, é figura política prestigiadíssima no Congresso e no PMDB, partido do atual governo interino, e transita com desenvoltura nos círculos políticos nacionais, muito mais, inclusive, que vários congressistas.

Não se pode negar que teve e continua tendo papel importante na articulação ora demonstrada. A razão de se requerer que sua prisão preventiva seja domiciliar está no fato de ele ser octogenário e na circunstância de que o perigo concreto que sua liberdade representa não é da estirpe da violência física a bens jurídicos.

Caso Vossa Excelência não entenda cabível decretar as prisões preventivas ora requeridas, o mínimo capaz de prover alguma tutela à condução desimpedida da Operação Lava Jato e à lisura do processo legislativo, em especial sobre os temas da colaboração premiada, da presunção de inocência até o segundo grau de jurisdição e da leniência empresarial, consiste em:

(i) afastar os Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá do exercício do mandato parlamentar e de qualquer função pública (no caso de Romero Jucá também do cargo de Ministro de Estado), com monitoramento eletrônico individual;

(ii) no tocante ao ex-Presidente José Sarney, a prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico individual;

(iii) em relação a todos, proibir de quaisquer contatos com réus e investigados na Operação Lava Jato (ou seus desmembramentos) e de ingresso em quaisquer repartições públicas, em especial o Congresso Nacional, salvo como usuários de serviço certo e determinado ou

para o exercício de direito individual”.

3. Requer, ao final, a decretação da prisão preventiva de “José Renan Vasconcelos Calheiros, Romero Jucá Filho e José de Ribamar Sarney, o terceiro na modalidade domiciliar, para a as diligências necessárias à propositura de ação penal em seu desfavor pelos fatos ventilados na colaboração premiada de José Sérgio de Oliveira Machado, podendo o Procurador-Geral da República se manifestar, fundamentadamente, ao longo do prazo, sobre a prorrogação ou a revogação da prisão conforme o estado da coleta de provas” (fl. 58). Pede, alternativamente, a imposição cumulativa das seguintes medidas cautelares alternativas à prisão:

“(i) suspensão do exercício do mandato eletivo de Renan Calheiros e Romero Jucá e de qualquer cargo ou função pública (atualmente Romero Jucá ocupa o cargo de Ministro de Estado), e, quanto ao Senador Renan Calheiros, via de consequência, da presidência do Senado;

(ii) uso de dispositivo pessoal de monitoramento eletrônico (tornozeleira);

(iii) proibição de contato de qualquer espécie, inclusive por meios remotos, com qualquer investigado ou réu na Operação Lava Jato ou em algum dos seus desmembramentos;

(iv) proibição de ingresso em quaisquer repartições públicas, em especial o Congresso Nacional, salvo como usuário de serviço certo e determinado ou para o exercício de direito individual desde que comunicado previamente a essa Corte” (fls. 58-59).

Pede, por fim, “após a efetivação das medidas cautelares ora pleiteadas, o levantamento irrestrito do sigilo dos autos” (fl. 59).

4. É importante, antes de mais nada, considerar que o presente requerimento diz respeito a pedido de prisão de parlamentares federais, Senadores da República, protegidos pela imunidade prevista no art. 53, § 2º, da Constituição:

“Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.”

Esse dispositivo constitucional, embora tenha recebido nova redação pela Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001, preserva incólume, no que diz respeito à disciplina das imunidades especificamente reconhecidas aos parlamentares federais, a regra geral segundo a qual, no âmbito das prisões cautelares, somente se admitiria a modalidade da prisão em flagrante decorrente de crime inafiançável. Assim me manifestei no julgamento de questão de ordem na AP 396, DJe 4.10.2013 e, nesse sentido, é antiga a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal, conforme se extrai do julgamento do Inquérito 510/DF, Relator o Min. Celso de Mello:

“[...] O exercício do mandato parlamentar recebeu expressiva tutela jurídica da ordem normativa formalmente consubstanciada na Constituição Federal de 1988. Dentre as prerrogativas de caráter político-institucional que inerem ao Poder Legislativo e aos que o integram, emerge, com inquestionável relevo jurídico, o instituto da imunidade parlamentar, que se projeta em duas dimensões: a primeira, de ordem material, a consagra a inviolabilidade dos membros do Congresso Nacional, por suas opiniões palavras e votos (imunidade parlamentar material), e a segunda, de caráter formal (imunidade parlamentar formal), [...] o estado de relativa incoercibilidade pessoal dos congressistas (*freedom from arrest*), que só poderão sofrer prisão provisória ou cautelar numa única e singular hipótese: situação de flagrância em crime inafiançável” (INQ 510/DF, Pleno, julgado em 1º/02/1991, DJ 19-04-1991).

A mencionada incoercibilidade pessoal dos congressistas configura-se, por conseguinte, como garantia de natureza relativa, uma vez que o texto constitucional excepciona a prisão em flagrante de crime inafiançável, como exceção à regra geral da vedação de custódias cautelares em detrimento de parlamentares.

Embora a própria realidade demonstre que também o sentido dessa norma constitucional não pode decorrer de interpretação isolada - do que conferem exemplos eloquentes diversos precedentes desta Corte (v.g. HC 89417, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 22/08/2006, DJ 15-12-2006; AC 4039-Ref, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 25/11/2005, DJe 13-02-2016) -, a imprescindibilidade da situação de flagrância permanece na Constituição da República como requisito fundamental e, por isso mesmo, merece reverência.

5. Em que pese a indevida divulgação e conseqüente repercussão dos pedidos, é com base nas premissas da legislação de regência que se analisa o presente requerimento. Segundo o Ministério Público, haveria elementos que apontam, embora de modo ainda suposto, para a participação dos Senadores José Renan Vasconcelos Calheiros, Romero Jucá Filho e do ex-Presidente da República José Sarney na prática, em tese, do delito de organização criminosa previsto no art. 2º da Lei 12.850/2013 (*"Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa"*), que remete ao conceito estatuído no art. 1º:

"Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional."

E ainda estariam presentes indícios suficientes do cometimento do crime previsto no art. 2º, § 2º, também da Lei 12.850/2013 (*“nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa”*).

O Procurador-Geral da República sustenta, também, que estaria presente situação de flagrância, já que os referidos crimes seriam permanentes e os atos de possíveis embaraços às investigações de organizações criminosas estariam em plena execução.

6. Todavia, ao contrário do que sustenta o Procurador-Geral da República, nem se verifica – ao menos pelos elementos apresentados – situação de flagrante de crimes inafiançáveis cometidos pelos aludidos parlamentares, nem há suficiência probatória apta, mesmo neste momento processual preliminar, a levar à conclusão de possível prática de crimes tidos como permanentes. Apesar do empenho do Ministério Público, não se extrai do conteúdo das conversas gravadas pelo próprio colaborador, tomado isoladamente, fundamentos para embasar a cautelar requerida, de modo que as evidências apresentadas não são suficientemente concretas para legitimar a medida excepcional. O Ministério Público não apontou a realização de diligências complementares, tendentes a demonstrar elementos mínimos de autoria e materialidade, a fim de justificar a medida de cunho restritivo, fundamentando o seu pedido exclusivamente no conteúdo das conversas gravadas pelo colaborador e em seu próprio depoimento.

7. Ao contrário, alguns aspectos sobressaem a afastar a tese do flagrante e da própria permanência, já que, *“nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”* (art. 303 do Código de Processo Penal): (a) o colaborador José Sérgio de Oliveira Machado declarou que os supostos pagamentos realizados aos requeridos ocorreram entre 2003 e novembro de 2014, quando se desligou definitivamente do cargo de presidente da Transpetro; (b) dentre as conversas gravadas pelo colaborador, as mais

recentes ocorreram há mais de três meses, mais precisamente em 23 e 24 de fevereiro, e 10 e 11 de março de 2016; e (c) ausência de apresentação de elementos de que as supostas tratativas para embarçar as investigações tenham concretamente ocorrido ou que os envolvidos tenham continuado a reunir-se para tomar alguma medida efetiva.

Portanto, aqui não se cuida de estrito flagrante capaz de ensejar um decreto de prisão cautelar.

8. Ainda que se tratasse de demonstrada permanência, caberia salientar, como o fiz em outras oportunidades, sobre a temática da decretação da prisão cautelar (v.g. HC 127186, Relator(a) Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe 3-8-2015 e HC 128278, Relator(a) Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 18-8-2015), que algumas premissas são fundamentais para um juízo seguro a respeito. A primeira delas é a de que se trata de medida cautelar mais grave no processo penal, que desafia o direito fundamental da presunção de inocência, razão pela qual somente *“deve ser decretada quando absolutamente necessária. Ela é uma exceção à regra da liberdade”* (HC 80282, Relator(a): Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ de 02-02-2001). Ou seja, a medida somente se legitima em situações em que ela for o único meio eficiente para preservar os valores jurídicos que a lei penal visa a proteger, segundo o art. 312 do Código de Processo Penal. Fora dessas hipóteses excepcionais, a prisão preventiva representa simplesmente uma antecipação da pena, o que tem merecido censura pela jurisprudência desta Suprema Corte, sobretudo porque antecipa a pena para acusado que sequer exerceu o seu direito constitucional de se defender (HC 122072, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 26/09/2014; HC 105556 Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 29/08/2013).

A segunda premissa importante é a de que, a teor do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva pressupõe, sim, prova da existência do crime (materialidade) e indício suficiente de autoria; todavia, por mais grave que seja o ilícito apurado e por mais robusta que seja a prova de autoria, esses pressupostos, por si sós, são

insuficientes para justificar o encarceramento preventivo. A eles deverá vir agregado, necessariamente, pelo menos mais um dos seguintes fundamentos, indicativos da razão determinante da medida cautelar: (a) a garantia da ordem pública, (b) a garantia da ordem econômica, (c) a conveniência da instrução criminal ou (d) a segurança da aplicação da lei penal. O devido processo penal, convém realçar, obedece a fórmulas que propiciam tempos próprios para cada decisão. O da prisão preventiva não é o momento de formular juízos condenatórios. Decretar ou não decretar a prisão preventiva não deve antecipar juízo de culpa ou de inocência, nem, portanto, pode ser visto como antecipação da reprimenda ou como gesto de impunidade. Juízo a tal respeito será formulado em outro momento, na apreciação de procedência ou não de eventual denúncia oferecida, após oportunizar aos acusados o direito ao contraditório e à ampla defesa. É a sentença final, portanto, e não a decisão da preventiva, o momento adequado para, se for o caso, sopesar a gravidade do delito e aplicar as penas correspondentes.

Mas há ainda uma terceira premissa: em qualquer dessas situações, além da demonstração concreta e objetiva das circunstâncias de fato indicativas de estar em risco a preservação dos valores jurídicos protegidos pelo art. 312 do Código de Processo Penal, é indispensável ficar evidenciado que o encarceramento do acusado é o único modo eficaz para afastar esse risco. Dito de outro modo: cumpre demonstrar que nenhuma das medidas alternativas indicadas no art. 319 da lei processual penal tem aptidão para, no caso concreto, atender eficazmente aos mesmos fins. É o que estabelece, de modo expresso, o art. 282, § 6º, do Código de Processo Penal: “a prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)”.

Essas premissas têm sido reiteradamente afirmadas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se pode constatar, entre inúmeros outros precedentes, do acórdão desta 2ª Turma, relatado pelo Ministro Celso de Mello, assim ementado:

“A privação cautelar da liberdade individual - cuja decretação resulta possível em virtude de expressa cláusula

inscrita no próprio texto da Constituição da República (CF, art. 5º, LXI), não conflitando, por isso mesmo, com a presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, LVII) - reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser ordenada, por tal razão, em situações de absoluta e real necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. Doutrina. Precedentes. A PRISÃO PREVENTIVA - ENQUANTO MEDIDA DE NATUREZA CAUTELAR - NÃO PODE SER UTILIZADA COMO INSTRUMENTO DE PUNIÇÃO ANTECIPADA DO INDICIADO OU DO RÉU. - A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia. A prisão cautelar - que não deve ser confundida com a prisão penal - não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se, considerada a função cautelar que lhe é inerente, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Precedentes” (HC 95290, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 01-08-2012).

9. Na espécie, o Procurador-Geral da República sustenta, com base em acordo de colaboração premiada celebrado com José Sérgio de Oliveira Machado e gravações ambientais realizadas por este, que se encontram presentes indícios suficientes do aludido delito previsto no art. 2º, § 1º, da Lei 12.850/2016 (embaraço a investigação de infração penal que envolva organização criminosa) e os requisitos para a decretação da custódia cautelar. Os fundamentos podem ser assim resumidos do

próprio requerimento ministerial:

“O conteúdo dessas conversas revela a existência de um plano, em plena execução, para embarçar a Operação Lava Jato. O plano tem uma vertente tática e outra estratégica, ambas de execução imediata. A vertente tática consiste no manejo de meios espúrios para persuadir o Poder Judiciário a, além de não desmembrar inquérito específico da Operação Lava Jato, a fim de que o investigado Sérgio Machado, que não é titular de prerrogativa de foro, não se tornasse, como se tornou, colaborador. A vertente estratégica se traduz na modificação da ordem jurídica, tanto pela via legislativa quanto por um acordo político com o próprio Supremo Tribunal Federal, com o escopo de subtrair do sistema de justiça criminal instrumentos de atuação que têm sido cruciais e decisivos para o êxito da Operação Lava Lato.

Na vertente tática, as conversas gravadas mostram os movimentos iniciais do próprio colaborador, do ex-Presidente José Sarney e dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá para designar interlocutores com vínculos pessoais de relacionamento com Vossa Excelência para interceder e tentar persuadi-lo, por meio de argumentos extrajurídicos, a não desmembrar o Inquérito 4215/DF, em curso no Supremo Tribunal Federal, em que José Sérgio de Oliveira Machado figura como investigado ao lado do Senador Renan Calheiros.

Na vertente estratégica, as conversas gravadas expõem a trama clara e articulada dos Senadores Renan Calheiros e Romero Jucá e do ex-Presidente José Sarney a fim de mutilar o alcance dos institutos da colaboração premiada no processo penal e da leniência administrativa para pessoas jurídicas responsáveis por ato de corrupção, impedir o cumprimento de pena antes do trânsito em julgado definitivo dos processos penais pelos Tribunais Superiores, e, em prazo mais longo, subtrair atribuições do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário” (fls. 4-5).

Quanto aos fundamentos específicos, uma das razões invocadas no requerimento de prisão seria eventual risco à instrução criminal, decorrente de suposta interferência junto a este relator, por meio de terceiros, a fim de que o inquérito em que é investigado José Sérgio de Oliveira Machado, no Supremo Tribunal Federal, não fosse desmembrado. Contudo, sem fazer qualquer juízo sobre a tipicidade deste fato, verifica-se pela narrativa do próprio colaborador, em depoimento prestado no âmbito do acordo de colaboração premiada, que *“não teve nenhuma resposta sobre o assunto, não sabe se a conversa aconteceu”* (fl. 80 – termo de colaboração 10). Além disso, no presente requerimento, o próprio Procurador-Geral da República conclui que essa suposta iniciativa dos requeridos *“ficou preclusa ante a celebração de acordo de colaboração premiada de José Sérgio Machado de Oliveira”* (fl. 35).

Outro aspecto levantado pelo Ministério Público estaria relacionado ao *“risco para a investigação criminal e para a própria ordem pública”* decorrente também das conversas gravadas pelo referido colaborador que revelaria, segundo a acusação, *“tratativas em curso para aprovar pacote de medidas legislativas [...] como a proibição de celebrar acordo de colaboração premiada com preso e a mitigação das exigências para a celebração de acordos de leniência pela Administração Pública”* (fl. 35).

Com efeito, os elementos, por ora, apresentados não são suficientes para legitimar a medida excepcional. Não houve, aqui, a indicação de atos concretos e específicos que demonstrem a efetiva atuação para interferir nas investigações. O teor das conversas gravadas, por si só, não constituem motivo suficiente para a decretação da prisão preventiva. Indispensável seria que o Ministério Público indicasse condutas concretas aptas a formar um convencimento minimamente seguro sobre o risco alegado. No ponto, o requerimento de custódia cautelar está calcada em presunção de que os requeridos, pelo teor das conversas gravadas, poderão utilizar da força política que possuem para causar interferências nas investigações, sem contudo apresentar atos ou elementos concretos nesse sentido.

Registre-se, nessa linha, que a jurisprudência desta Suprema Corte

rechaça categoricamente fundamentos para decretação de prisão preventiva baseados em presunção (HC 130.636, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 15-12-2015; HC 126846, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 6-4-2015; HC 106691, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 6-11-2014; HC 92842, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 25-04-2008). Por oportuno, destaca-se o seguinte precedente:

“A PRISÃO CAUTELAR NÃO PODE APOIAR-SE EM JUÍZOS MERAMENTE CONJECTURAIIS. - A mera suposição, fundada em simples conjecturas, não pode autorizar a decretação da prisão cautelar de qualquer pessoa. - A decisão que ordena a privação cautelar da liberdade não se legitima quando desacompanhada de fatos concretos que lhe justifiquem a necessidade, não podendo apoiar-se, por isso mesmo, na avaliação puramente subjetiva do magistrado de que a pessoa investigada ou processada, se em liberdade, poderá delinquir ou interferir na instrução probatória ou evadir-se do distrito da culpa ou, então, prevalecer-se de sua particular condição social, funcional ou econômico-financeira para obstruir, indevidamente, a regular tramitação do processo penal de conhecimento. - Presunções arbitrárias, construídas a partir de juízos meramente conjecturais, porque formuladas à margem do sistema jurídico, não podem prevalecer sobre o princípio da liberdade, cuja precedência constitucional lhe confere posição eminente no domínio do processo penal” (HC 95290, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 01-08-2012).

10. É fato que as gravações realizadas pelo colaborador revelam diálogos que aparentemente não se mostram à altura de agentes públicos titulares dos mais elevados mandatos de representação popular. Mas não se pode deixar de relativizar a seriedade de algumas afirmações, captadas sem a ciência do interlocutor, em estrito ambiente privado. De qualquer modo, o Supremo Tribunal Federal, em reiterados pronunciamentos, tem afirmado que, por mais graves e reprováveis que sejam as condutas

AC 4173 / DF

supostamente perpetradas, isso não justifica, por si só, a decretação da prisão cautelar (HC 94468, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, DJe de 03-04-2009; RHC 123871, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 05-03-2015; HC 121006, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 21-10-2014; HC 121286, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 30-05-2014; HC 113945, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 12-11-2013; HC 115613, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe de 13-08-2014).

De igual modo, a jurisprudência do Tribunal tem orientação segura de que, em princípio, não se pode legitimar a decretação da prisão preventiva unicamente com o argumento da credibilidade das instituições públicas, *“nem a repercussão nacional de certo episódio, nem o sentimento de indignação da sociedade”* (HC 101537, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 14-11-2011). No mesmo sentido: HC 95358, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 06-08-2010; HC 84662, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, DJe de 22-10-2004).

Nesse contexto, como já tive oportunidade de destacar (HC 127186, DJe 03-08-2015), não se nega que a sociedade tem justificadas e sobradas razões para se indignar com notícias de supostas práticas de crimes, em especial quando envolvam seus representantes, e de esperar uma adequada resposta do Estado, no sentido de identificar e punir os responsáveis. Todavia, a sociedade saberá também compreender que a credibilidade das instituições, especialmente do Poder Judiciário, somente se fortalecerá na exata medida em que for capaz de manter o regime de estrito cumprimento da lei, seja na apuração e no julgamento desses graves delitos, seja na preservação dos princípios constitucionais da presunção de inocência, do direito à ampla defesa e do devido processo legal, no âmbito dos quais se insere também o da vedação de prisões provisórias fora dos estritos casos autorizados pelo legislador.

11. Diante desse quadro, uma vez ausentes os pressupostos previstos

AC 4173 / DF

no art. 312 do Código de Processo Penal, tampouco se pode, por vedação legal, aplicar outras medidas cautelares diversas da prisão, até porque, *“no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia”* (HC 93883, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 26/08/2008, DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009 EMENT VOL-02354-03 PP-00529).

12. Ante o exposto, indefiro os requerimentos formulados.

Defiro, por outro lado, o levantamento do sigilo dos autos, conforme requerido pelo Ministério Público.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 14 de junho de 2016

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Documento assinado digitalmente