

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CAUTELAR 4.373 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AUTOR(A/S)(ES) : PAULO SALIM MALUF
ADV.(A/S) : ANTONIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E
OUTRO(A/S)
RÉU(É)(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO

AÇÃO CAUTELAR PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RECURSO PROTELATÓRIO. ORDEM DE INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. LIMINAR INDEFERIDA.

Relatório

1. Ação cautelar, com requerimento de medida liminar, ajuizada por Paulo Salim Maluf, por seu advogado, contra decisão monocrática do Ministro Edson Fachin, que, nos autos da Ação Penal n. 863, inadmitiu o recurso de embargos infringentes e determinou o início imediato de execução da pena.

2. Alega o Autor que o “entendimento da C. 1ª Turma marcou um novo posicionamento em relação à natureza jurídica do crime de lavagem de dinheiro, ao entender, por maioria, tratar-se de crime permanente, o que veio a influir no resultado do julgamento com a consequente condenação do requerente”.

Afirma que “o que se tem é uma inovação jurisprudencial da Colenda Primeira Turma, sem unanimidade, cuja matéria, sem dúvida, há de ser analisada pelo E. Plenário, a fim de sedimentar importante diretriz acerca do crime de lavagem de dinheiro, ainda mais em virtude da alteração da composição dos membros deste C. STF, desde 2011”.

Aduz que “o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal

AC 4373 MC / DF

permite a interposição de embargos infringentes sempre que houver acórdão não unânime desfavorável ao réu. Por sua vez, o art. 333, caput, e I do Regimento Interno do STF é expresso ao admitir o cabimento de embargos infringentes contra decisão não unânime de Turma que julgar procedente ação penal”.

Ressalta que “a AP 863/SP foi julgada procedente, e a decisão de procedência não foi unânime, porque o Ministro Marco Aurélio declarou a prescrição. Há perfeita subsunção à hipótese do art. 333, I, do RISTF”.

Observa que “no caso concreto, contudo, seis Ministros – o que já configura maioria – sequer analisaram o processo ainda. O direito a um novo julgamento, portanto, deve ser garantido, não só por sua imperatividade legal, mas em decorrência de garantia básica, razoável e proporcional ao duplo grau de jurisdição, de acordo com os ditames do RISTF”.

Assevera que estão presentes os requisitos para a atribuição de efeito suspensivo, “periculum in mora” e “fumus boni iuris”.

3. Este o teor dos pedidos:

“Ante o exposto, e devidamente demonstrados o fumus boni iuris e periculum in mora, requer-se liminarmente o deferimento da antecipação de tutela recursal ativa, com a consequente atribuição de efeito suspensivo ao agravo regimental que será interposto por PAULO SALIM MALUF na Ação Penal 863/SP, sobrestando-se, assim, o início da execução da pena privativa de liberdade até o julgamento definitivo do aludido agravo regimental”.

Examinada a matéria posta à apreciação, **DECIDO**.

4. Os argumentos fáticos e jurídicos utilizados na presente ação não permitem, neste momento, o deferimento da liminar.

5. Tem-se dos autos da Ação Penal n. 863 que, em 23.5.2017, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal *“por maioria, rejeitou a preliminar*

AC 4373 MC / DF

suscitada, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Revisor. Quanto à prescrição, também por maioria, a rejeitou, vencido o Revisor. No mais, impôs, de forma unânime, condenação ao réu à pena privativa da liberdade de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e a de multa de 248 dias-multa, no valor de 5 vezes o salário mínimo vigente à época do fato aumentada em 3 vezes. Impôs o regime inicial de cumprimento fechado e assentou a perda do mandato de Deputado Federal, comunicando-se a decisão à Câmara dos Deputados para o efeito do disposto no § 3º, e não 2º, do art. 55 da Constituição Federal, ficando o condenado interdito para o exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza, de diretor, membro de conselho de administração, de gerência das pessoas referidas no art. 9º da Lei 9.613/98, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade, vencido o Revisor quanto à ordem de consideração da atenuante e da agravante. Declarada a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores, objeto da lavagem em relação à qual foi o réu condenado. Tudo nos termos do voto do Relator”.

Tem-se na ementa do julgado:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ATUAL DEPUTADO FEDERAL. DENÚNCIA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO LAUDO PERICIAL. IMPROCEDÊNCIA. NATUREZA DA PROVA DA MATERIALIDADE DOCUMENTAL E NÃO PERICIAL. AUSÊNCIA DE OPINIÃO TÉCNICA ESPECIALIZADA. PARCIAL EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. MODALIDADE OCULTAR. NATUREZA PERMANENTE DO CRIME RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO QUE NÃO TERIA OCORRIDO AINDA QUE O CRIME FOSSE INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE RETROATIVIDADE ‘IN MALAM PARTEM’ DA LEI PENAL. ATOS DE LAVAGEM PRATICADOS QUANDO JÁ ESTAVA EM VIGOR A LEI 9.613/98 A DESPEITO DE O CRIME ANTECEDENTE TER SIDO PRATICADO ANTERIORMENTE. MATERIALIDADE,

AC 4373 MC / DF

**AUTORIA, TIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA PROVADAS.
CONDENAÇÃO DECRETADA.**

1. *Materialidade delitiva provada pelos documentos juntados aos autos, os quais são compilados, descritos e organizados em outro documento que não ostenta a característica de prova pericial, por não conter opinião técnica especializada. Preliminar de nulidade da pretensa prova pericial improcedente.*

2. *Extinção da punibilidade pela incidência da prescrição da pretensão punitiva quanto ao primeiro, segundo, terceiro e quinto fatos descritos na denúncia, tendo em vista a conjugação das regras previstas nos arts. 107, inciso IV, 109, inciso I e II e 115, todos do Código Penal, em razão de o acusado ter mais de 70 (setenta) anos de idade.*

3. *O crime de lavagem de bens, direitos ou valores, quando praticado na modalidade típica de 'ocultar', é permanente, protraindo-se sua execução até que os objetos materiais do branqueamento se tornem conhecidos, razão pela qual o início da contagem do prazo prescricional tem por termo inicial o dia da cessação da permanência, nos termos do art. 111, III, do Código Penal.*

4. *No caso concreto, quanto ao quarto fato descrito na denúncia, a despeito da natureza permanente do crime, foram detectadas movimentações financeiras relativas aos valores ocultados até 03 de maio de 2006, o que afasta a alegação de prescrição ainda que a natureza do crime fosse instantânea de efeitos permanentes.*

5. *Embora não estivesse em vigor a Lei 9.613/98 quando o crime antecedente (corrupção passiva) foi praticado, os atos de lavagem ocorreram durante sua vigência, razão pela qual não há falar em retroatividade da lei penal em desfavor do réu. A Lei 9.613/98 aplica-se aos atos de lavagem praticados durante sua vigência, ainda que o crime antecedente tenha ocorrido antes de sua entrada em vigor.*

6. *Demonstrada a materialidade do crime antecedente de corrupção passiva, bem como a procedência dos valores lavados, além da materialidade, a autoria, a tipicidade objetiva e subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, não havendo causas de exclusão da ilicitude e culpabilidade, a condenação é medida que se impõe".*

AC 4373 MC / DF

6. Contra essa decisão foram interpostos embargos de declaração, rejeitados, por maioria, em 10.10.2017, vencido o Ministro Marco Aurélio:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL. ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. INCONFORMISMO. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRETENSÃO ARGUMENTATIVA E PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PRECLUSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, o que não ocorre no presente caso.

2. O embargante busca indevidamente a rediscussão da matéria, com objetivo de obter excepcionais efeitos infringentes. Mero inconformismo que não encontra amparo em sede de aclaratórios. Precedentes .

3. O instituto processual da preclusão é fundamental para a concretização dos princípios da duração razoável do processo e da inafastabilidade da apreciação jurisdicional. No caso, pretende o embargante inovar os argumentos defensivos e produzir prova quando, a toda evidência, a fase instrutória já se encontra encerrada.

4. Embargos de declaração rejeitados”.

7. Em 15.12.2017 a defesa interpôs embargos infringentes, aos quais o Relator, Ministro Edson Fachin, negou seguimento monocraticamente e determinou o imediato início da execução do acórdão condenatório.

8. De ser realçado, no mérito da condenação do réu Paulo Salim Maluf, que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, pela unanimidade dos votos de seus integrantes, aplicar pena privativa da liberdade de 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão e multa de 248 dias-multa, no valor de 5 vezes o salário mínimo vigente na data do fato aumentada em 3 vezes. Também por unanimidade, foi imposto o regime

AC 4373 MC / DF

inicial de cumprimento fechado, assentando-se a perda do mandato de Deputado Federal.

Nos termos do parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, os embargos infringentes somente são cabíveis quando a decisão não for unânime:

“Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

O mesmo está no inc. I do art. 333 do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal:

*“Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma.
I – que julgar procedente a ação penal”.*

9. Na espécie vertente, a ação penal foi julgada procedente por unanimidade, o que afasta a possibilidade de cabimento do recurso de embargos infringentes.

Frise-se que, quanto à preliminar de prescrição alegada e cujo resultado de julgamento foi tomado por maioria, não se trata de análise de mérito da acusação. Cuida-se, como anotado, de questão prejudicial. O mérito da ação penal é analisado com a superação daquela alegação de prescrição.

Os embargos infringentes são cabíveis quando o mérito da condenação é julgado procedente por decisão não unânime, situação diversa do que nestes autos se contém.

Nesse sentido é a jurisprudência deste Supremo Tribunal:

AC 4373 MC / DF

“EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – RECURSO ‘SECUNDUM EVENTUM LITIS’, PRIVATIVO DO RÉU – SUBSISTÊNCIA DO ART. 333, n. I, DO RISTF – NECESSIDADE DE QUE HAJA, PELO MENOS, 04 (QUATRO) ‘VOTOS DIVERGENTES’ FAVORÁVEIS AO RÉU E, ASSIM MESMO, CONVERGENTES NO SENTIDO DE SUA ABSOLVIÇÃO – INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE TAL SITUAÇÃO – DECISÃO QUE, CORRETAMENTE, NÃO CONHECE DOS EMBARGOS INFRINGENTES – PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 470-Terceiros-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 470-Décimos-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 481-EI/FA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – Os embargos infringentes do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo penal originário ainda subsistem em nosso ordenamento positivo, eis que a norma inscrita no art. 333, inciso I, do RISTF foi recebida pela vigente Constituição da República com força e eficácia de lei. Precedente: AP 470-AgR-vigésimo sexto/MG, Pleno, julgado em 18/09/2013. – Essa modalidade recursal – de que somente a Defesa pode utilizar-se contra condenações penais originárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – depende, quanto à sua admissibilidade, da existência, em favor do réu, de, pelo menos, 04 (quatro) votos vencidos de conteúdo absolutório em sentido próprio, não se revelando possível, porém, para efeito de compor esse número mínimo, a soma de votos minoritários de conteúdo diverso, como, p. ex., a soma de 03 (três) votos absolutórios com 02 (dois) votos meramente declaratórios de prescrição penal. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal. – Distinção necessária, para os fins do parágrafo único do art. 333 do RISTF, entre votos minoritários de conteúdo absolutório em sentido próprio e aqueles que meramente declaram consumada a prescrição penal. Doutrina. Jurisprudência” (AP 409 EI-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1.9.2015 – gridos

AC 4373 MC / DF

nossos).

10. No mérito da ação penal, quer-se dizer, quanto à procedência da ação penal, a decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal foi unânime, o que torna incabível o recurso de embargos infringentes.

11. Incabível o recurso utilizado, em casos como o que aqui se apresenta, dota-se ele de caráter manifestamente protelatório.

Essa circunstância transforma o uso legítimo de instrumento processual, como é o recurso, em abuso, constituindo o seu aproveitamento em desvio de finalidade processual.

A doutrina aponta, em casos tais, desrespeito aos princípios da boa fé e da lealdade processual, sendo o emprego indevido, constante e procrastinatório de recurso manifestamente incabível fórmula que visa impedir a execução da pena imposta.

No processo penal, esse abuso converte-se em frustração da atuação do Estado juiz, levando à impunidade do condenado pelo advento da prescrição e ao afastamento da execução da pena.

De se anotar que a ética do processo no Estado Democrático de Direito impõe à parte o respeito às decisões judiciais, para que se assegure a atuação do juiz e a execução de seus julgados, garantindo-se também à parte o direito à ampla defesa com todos os recursos inerentes à defesa, como constitucionalmente previsto (inc. LV do art. 5º. da Constituição da República).

Mas a ética constitucional impõe que a parte não transforme instrumentos legítimos de defesa em atalhos espúrios a tolher o Estado de atuar e fugir do acatamento à lei e às decisões judiciais. Recorrer é legítimo, abusar deste direito pode configurar fraude processual.

AC 4373 MC / DF

Acentuava José Olympio de Castro Filho, em sua obra sobre o abuso do direito no processo civil, que “...há que reconhecer que todos os direitos, ônus ou encargos são conferidos com uma condição e para um fim exclusivo, que é o da justa composição da lide. Isso quer dizer que o processo não é instrumento de capricho, nem serve, indiscriminadamente, à vontade individual, senão é, unicamente, instrumento posto à disposição dos indivíduos para a realização ou declaração ou constituição de um direito. ... por maior que seja o nosso amor à profissão e às instituições judiciais, que todos ardentemente desejamos ver prestigiadas e engrandecidas, procurando mesmo nunca fazer coro com os que delas se lembram para denegri-las, a perturbadora verdade é que o processo vem sendo cada dia mais instrumento fácil do abuso do direito.... acham-se os juízes e tribunais atravancados de demandas e mais demandas, que sobem em proporções avassaladoras, tornando os processos lentos e dispendiosos, de forma que nenhum Estado, por mais rico e próspero que seja, consegue satisfazer, com evidente perigo para os créditos da Justiça. ...nas palavras sempre concisas e felizes do insuperável Couture, ‘os processos específicos de execução, em seu conjunto, consistem antes em agir que em decidir. O direito entra aqui em contato com a vida, tanto assim que o seu aspecto exterior se evidencia mediante a transformação das coisas ... até esse momento (da execução) o processo desenvolveu-se como um simples debate verbal, uma simples luta de palavras; a partir deste instante, cessam as palavras e começam os fatos” (FILHO, José Olympio de Castro – *Abuso do direito no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, ps. 160 e segs.)

A necessidade de se imprimir efetividade ao processo penal e afastar fraude à execução quando o condenado insiste em postergar o cumprimento da decisão conduziu a jurisprudência deste Supremo Tribunal a firmar-se no sentido de reconhecer o trânsito em julgado da ação no momento imediato subsequente à decisão de mérito, possibilitando-se o início de execução da penal e o cumprimento da pena, incluída aquela privativa de liberdade:

*“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NA AÇÃO PENAL. EMBARGOS*

AC 4373 MC / DF

PROTELATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DA CAUSA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. Ausência de obscuridade, omissão, ambiguidade ou contradição a ser sanada pelos segundos embargos declaratórios. 2. É firme a jurisprudência no sentido de serem incabíveis os embargos de declaração quando a parte, a pretexto de esclarecer inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição, utiliza-os para buscar infringir o julgado e, assim, promover indevido reexame da causa. Precedentes. 3. Questão referente ao exercício da persecução penal pelo Ministério Público foi expressamente tratada tanto na ação penal quanto nos embargos de declaração na ação penal. 4. Matéria relativa ao mandato parlamentar do Embargante prejudicada pela apreciação prévia da questão de ordem e preclusa por não ter sido suscitada nos primeiros embargos de declaração. 5. Embargos de declaração com finalidade meramente protelatória autoriza o imediato reconhecimento do trânsito em julgado da decisão condenatória, independentemente da publicação do acórdão. 6. Segundos embargos de declaração não conhecidos e afirmada a sua natureza protelatória. 7. Reconhecimento do trânsito em julgado e determinação de execução imediata da condenação, independente da publicação do acórdão” (AP 396 ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 30.9.2013 – grifos nossos).

12. No caso em análise, não há como deixar de anotar que a denúncia descreveu como crime antecedente ao de lavagem de dinheiro a prática de corrupção passiva em obras públicas realizadas no Município de São Paulo na década de 90, em especial a construção da Avenida Água Espraiada.

Foi também imputado ao autor da presente ação cautelar ocultação e dissimulação da origem, natureza e propriedade de recursos ilícitos e a movimentação e transferência desses valores para ocultar e dissimular sua utilização entre 1997 e 2006, por meio de contas correntes localizadas na Ilha de Jersey.

A denúncia foi apresentada, na 2ª Vara Federal Criminal da Seção

AC 4373 MC / DF

Judiciária de São Paulo, pelo Ministério Público Federal em 19.12.2006, exatos 11 anos e 3 dias atrás, contra o autor da presente ação e outras nove pessoas pelas práticas de lavagem de dinheiro e formação de quadrilha (fls. 02/96 dos autos).

Este Supremo Tribunal Federal recebeu parcialmente a denúncia em 29.09.2011, após idas e vindas dos autos em razão do provimento de cargo de deputado federal pelo autor em algumas legislaturas.

O recebimento parcial deu-se pela passagem do tempo, que levou à prescrição de quatro das imputações criminosas imputadas.

E condenado em 23.05.2017, persiste o autor da presente ação a opor recursos buscando esquivar-se do cumprimento da pena na forma imposta por este Supremo Tribunal!

Essa descrição cronológica e a constatação das condições garantidas à defesa no curso desta mais de uma década de tramitação do processo afastam a configuração, na espécie, do alegado pelo autor quanto a haver "*fumus boni iuris*" que, em sua compreensão, ocorreria e permitiria deferimento da liminar requerida.

Bom direito não arrasta processos por décadas sem conseguir provar sequer sua existência! Mesmo num sistema processual emaranhado e dificultoso como o vigente no Brasil...

13. Quanto às alegações de questões relativas à saúde do Autor, suscitadas pela defesa, que demonstrariam o perigo da demora da decisão sobre o cumprimento da pena em regime de prisão domiciliar, é de se anotar que o exame e o juízo quanto a esta circunstância dependem de análise específica e objetiva das circunstâncias fáticas, a demandarem verificação da unidade prisional à qual encaminhado o condenado. As condições necessárias para a sua segurança física e psicológica, o

AC 4373 MC / DF

atendimento de eventuais necessidades específicas em razão de moléstias de que seja acometido devem a ser comprovadas e sobre o pleito deliberado pelo juízo ao qual delegados “os atos de execução” penal, como se tem na exposição do Ministro Relator: “*delego competência para os atos de execução ao Juízo das Execuções Penais do Distrito Federal*”.

O quadro clínico do sentenciado deverá ser objeto de perícia pelo órgão competente e intercorrências comprovadas na saúde do condenado deverão ser averiguadas segundo determinado pelo juízo competente no estabelecimento prisional, que será ouvido sobre as condições de prestar a assistência médica necessária. Essas circunstâncias são incompatíveis com a presente via processual, devendo ser adequadamente apuradas e decididas pelo juízo da execução.

14. Pelo exposto, não se comprovando os elementos que demonstrem o bom direito legalmente estatuído, indefiro a liminar.

15. Em atenção à tramitação da Ação Penal n. 863 em segredo de justiça, determino que, por enquanto, mantenha-se a mesma restrição aos documentos anexados na presente ação cautelar, até posterior reexame deste item pelo Relator, em razão dos dados neles constantes e da referência a terceiros, ressaltando-se que a desobediência à proibição de publicidade ensejará a responsabilidade penal de quem der causa, contribuir ou permitir a ruptura deste segredo, na forma da legislação vigente.

16. Com o término do recesso forense, remetam-se os autos ao Ministro Relator.

Intime-se.

Brasília, 21 de dezembro de 2017.

Ministra **CÁRMEN LÚCIA**
Relatora