

EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 863 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
EMBTE.(S) : PAULO SALIM MALUF
ADV.(A/S) : RICARDO TOSTO DE OLIVEIRA CARVALHO E
OUTRO(A/S)
EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Decisão

1. Trata-se de embargos infringentes opostos por **Paulo Salim Maluf**, em face de acórdão da Primeira Turma que, em 23 de maio de 2017, o condenou à **pena de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão**, em regime inicial fechado, bem como a 248 dias-multa, no valor de 5 vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos, aumentada em três vezes, **pela prática do crime de lavagem de dinheiro**.

Em face do acórdão condenatório, previamente, o embargante havia oposto embargos de declaração que foram, em 10 de outubro de 2017, rejeitados pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal.

Sustenta, pela via dos embargos infringentes, protocolados neste STF em 11.12.2017, que deve prevalecer o voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio para que *“seja declarada a nulidade do acórdão recorrido, conforme o voto vencido, tendo em vista a ausência de perícia técnica oficial sobre os documentos relativos à suposta autoria e materialidade do delito imputado”* ou *“para que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a consequente extinção da punibilidade do ora embargante quanto ao 4º fato descrito na denúncia”* (fls. 4494-5). Requer, ainda, subsidiariamente, concessão de *habeas corpus* de ofício para a redução da pena aplicada.

Decido.

AP 863 EI / SP

2. O recurso oposto é **manifestamente inadmissível**, razão pela qual deve ser rejeitado de plano, conforme determina o art. 21, §1º, do RISTF.

A admissibilidade é invocada, na petição de recurso, em socorro ao disposto no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, bem como com fundamento no art. 333, I, do Regimento Interno do STF.

Por qualquer dos fundamentos, é manifestamente incabível o recurso manejado, restando evidenciado seu caráter meramente protelatório.

I. Da inadmissibilidade manifesta, fundada no art. 609, parágrafo único, do CPP

Antes de tudo, importa considerar que no direito processual pátrio vigora o **princípio da taxatividade recursal**, o que significa, nas palavras de **Gustavo Henrique Badaró**, que *“somente podem ser utilizados os recursos expressamente previstos em lei e nos casos em que ela os admite (Manual dos recursos penais. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2017, p. 87).*

Sendo assim, *“os recursos dependem de previsão legal, de modo que o rol dos recursos e as hipóteses de cabimento configuram um elenco taxativo. Isso porque, na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica: a possibilidade de revisão das decisões judiciais há de ser prevista em lei”*. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; & FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal** - teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 35, grifei).

Nessa linha, revela-se manifestamente incabível invocar-se o disposto no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo

AP 863 EI / SP

Penal, para fundamentar o cabimento dos embargos infringentes voltados a atacar decisões proferidas em ações penais originárias, qualquer que seja o Tribunal que tenha proferido a decisão.

Com efeito, no Código de Processo Penal, essa modalidade recursal se insere topograficamente no seu Capítulo V, que trata do Processo e Julgamento dos **Recursos em Sentido Estrito e das Apelações, nos Tribunais de Apelação.**

Não fosse isso, é expresso o parágrafo único, do art. 609, do Código de Processo Penal ao circunscrever esse recurso ao ataque das decisões desfavoráveis à defesa, não unânimes, proferidas **na segunda instância:**

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

*Parágrafo único. 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.*

Essa a razão pela qual a tradicional jurisprudência dessa Suprema Corte somente admite embargos infringentes fundados nos estritos limites do que dispõe o art. 609, parágrafo único, do CPP, ou seja, voltados a atacar decisões: (i) não unânimes; (ii) em desfavor do réu; (iii) proferidas no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais; e (iv) proferidas em julgamento de apelação ou de recurso crime em sentido estrito.

Não se admite, portanto, para atacar decisões unânimes (HC 75835, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 14.10.1997); proferidas em sede de revisão criminal (HC 61176, Rel. Min. Décio Miranda, j. 23/09/1983); habeas corpus (72664, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 19.02.1998);

AP 863 EI / SP

e, no que diz respeito mais de perto ao tema ora em análise, inadmissíveis, igualmente, os embargos infringentes fundados no art. 609, parágrafo único, do CPP para atacar decisões proferidas no julgamento de ações penais de competência originárias dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Nesse sentido, cito precedente da lavra do eminente decano desta Suprema Corte, Ministro Celso de Mello:

(...) CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO PENAL ORIGINARIA - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - DESCABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARAGRAFO ÚNICO). - A norma inscrita no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal não se aplica as hipóteses de condenação criminal, ainda que não-unânime, resultante de ação penal originaria ajuizada perante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados (Lei n. 8.658/93), eis que os embargos infringentes somente são oponíveis a acórdão proferido em sede de apelação ou de recurso em sentido estrito. Precedentes: HC 71.949 e HC 71.951, Rel. Min. ILMAR GALVÃO (...) (HC 72465, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, j. 05.09.1995)

No mesmo sentido, anoto o seguinte precedente, da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, por meio do qual, assenta o descabimento de embargos infringentes **fundados no art. 609, parágrafo único, do CPP** visando à reforma de decisões não unânes proferidas em sede de ação penal originária:

Embargos infringentes criminais: descabimento da decisão condenatória não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais, salvo no Supremo Tribunal Federal: inexistência, no ordenamento brasileiro, da garantia do duplo grau de jurisdição, a qual, de resto,

AP 863 EI / SP

não satisfaria a admissão de embargos infringentes, que não são recurso ordinário: consequente legitimação da imediata prisão do condenado, independentemente de sua necessidade cautelar e não obstante o cabimento em tese de recursos extraordinários, sem efeito suspensivo (ressalva no ponto do relator). (HC 71124, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, j. 28.06.1994).

Manifestamente inadmissível, portanto, o presente recurso de embargos infringentes com base no artigo 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

II. Da inadmissibilidade manifesta, fundada no art. 333, I, do RISTF.

3. Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, em 18.09.2013, ao julgar o vigésimo sexto agravo regimental da Ação Penal 470, assentou compreensão segundo a qual ainda subsiste em nosso ordenamento jurídico a regra do art. 333, I, do RISTF que prevê o recurso de embargos infringentes oponíveis contra decisões não unânimes que julgam procedente ação penal originária.

Trata-se de precedente firmado quando a competência para o julgamento de todas ações penais originárias era do Pleno deste Supremo Tribunal Federal e o cabimento do recurso em tela dependia da existência de *quatro votos absolutórios* divergentes.

Após a mudança da competência para o julgamento da maioria das ações penais para as Turmas, o tema não restou enfrentado ainda pelo Pleno desta Suprema Corte.

Ainda que o Tribunal Pleno venha, no futuro, a se manifestar pela subsistência do referido recurso, mesmo após a modificação da competência para o julgamento das ações penais do Plenário para as Turmas, **no presente caso, são manifestamente incabíveis os embargos infringentes ora opostos, a despeito de fundados no art. 333, I, do RISTF.**

AP 863 EI / SP

Isso porque, igualmente embasado no princípio da taxatividade dos recursos, este Supremo Tribunal Federal tem dado à previsão de cabimento dos embargos infringentes instituídos em seu Regimento Interno, compreensão circunscrita às hipóteses estritamente ali assentadas.

Confira-se, por todos, Ext 1244 ED-EI-AgR, Rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2017, onde se assentou: *“Na esteira da jurisprudência consolidada por esta Suprema Corte, ‘não se mostram admissíveis embargos infringentes contra decisão majoritária do Plenário (ou das Turmas) do Supremo Tribunal Federal, se tal decisão vem a ser proferida em causa diversa daquelas enunciadas, taxativamente, em rol exaustivo (‘numerus clausus’), no art. 333 do RISTF’ (HC 88.247-AgR-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 20.11.2009)”*.

No caso, sustenta o embargante que o recurso seria cabível com base no que dispõe o art. 333, I, do RISTF:

Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:

I – que julgar **procedente** a ação penal;

(...)

Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de **quatro votos divergentes**, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

Como se vê, a previsão originária dos embargos infringentes estava atrelada ao julgamento da ação penal pelo Pleno, cuja admissibilidade demandava *quatro votos divergentes* absolutórios, requisito que, no presente caso, se pretende ver reduzido a *um voto divergente*, já que para o quórum da Turma, quatro votos favoráveis ao réu representa, desde logo, a absolvição.

Entretanto, como assinalado, a concepção unânime firmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgar o

AP 863 EI / SP

Segundo Agravo Regimental nos Embargos Infringentes na Ação Penal 409 do Ceará, assentou compreensão segundo a qual a via dos embargos infringentes em sede de Ação Penal Originária, fundada no art. 333, I, do RISTF, só se abriria ao condenado que obtivesse ao menos 4 (quatro) votos assentando a **absolvição própria**, ou seja, juízo de **improcedência da pretensão acusatória**, com o que não se confunde a decisão que decreta a prescrição da pretensão punitiva estatal pela ocorrência da prescrição.

Conforme restou consignado na ementa do referido julgado, da lavra do eminente decano, o Ministro Celso de Mello:

– **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, Tribunal Pleno, j.19.08.2015).

AP 863 EI / SP

Do corpo do acórdão, colho seguinte trecho que bem resume a questão, cujos grifos não correspondem ao original:

Em suma: **reconheço a possibilidade de utilização dos embargos infringentes (RISTE, art. 333, inciso I), desde que existentes, pelo menos, 04 (quatro) votos divergentes** (e, mesmo assim, todos proferidos no mesmo sentido, vale dizer, **com conteúdo absolutório em sentido próprio**), o que evidentemente não ocorreu na espécie. Cabe registrar, neste ponto, que **a sentença penal absolutória em sentido próprio é definida** pelo magistério da doutrina **como aquela em que o Poder Judiciário**, examinando a pretensão punitiva do Estado, rejeita o pedido do autor (Ministério Público ou querelante, conforme o caso), vindo a **julgar improcedente a respectiva ação penal, definindo, desse modo, mediante resolução do mérito, a lide penal.**

Vale rememorar, por oportuno, nesse mesmo sentido, a lição de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Elementos de Direito Processual Penal”, vol. III/14-15, item n. 590, 3ª atualização, 2009, Millennium), para quem a “(...) *Sentença absolutória é aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente*”, projetando-se, por isso mesmo, “(...) *sobre o próprio ‘meritum causae’*”:

“Sentença de absolvição é a que absolve o réu da causa (‘absolutio ab causa’), ‘id est’, que declara infundada a acusação e sem procedência a pretensão punitiva .” (grifei)

Também perfilha igual entendimento o douto FERNANDO CAPEZ (“Curso de Processo Penal”, p. 542, item n. 19.4.1, 20ª ed., 2013, Saraiva), cuja compreensão do tema define as sentenças penais absolutórias em sentido próprio como aquelas que *“não acolhem a pretensão punitiva, não impondo qualquer sanção ao acusado”* (grifei).

AP 863 EI / SP

Vê-se, daí, que não há como confundir a sentença penal absolutória em sentido próprio, de um lado, com a decisão que, em preliminar de mérito, reconhece consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, de outro.

No caso concreto, os dois eminentes Ministros (CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO) que declararam extinta a punibilidade do ora agravante somente o fizeram porque, ao julgarem procedente a ação penal, vieram a impor ao réu, ora recorrente, condenação a pena inferior a 02 (dois) anos, do que resultou, em consequência, o reconhecimento da consumação da prescrição penal.

A prescrição – que constitui instituto de direito material – qualifica-se, como se sabe, como questão preliminar de mérito, apta a obstar o exame do próprio litígio penal, vale dizer, da controvérsia instaurada em juízo (“*res in judicio deducta*”).

No caso concreto, ainda que se parta do pressuposto segundo o qual se mantém a modalidade recursal dos embargos infringentes como aptos a atacar decisão condenatória não unânime, proferida em sede de ação penal originária perante o Supremo Tribunal Federal, dada a modificação da competência do Pleno para as Turmas, reduzindo-se o número de votos divergentes como pretende o embargante (antes quatro e agora um), **o voto divergente** invocado pelo embargante **não se qualifica como absolutório próprio, tal qual exige a jurisprudência do Pleno deste Supremo Tribunal Federal**, razão pela qual **o recurso oposto**, tal como declarado pelo Plenário desta Suprema Corte em outra oportunidade, **é manifestamente incabível**.

Como se vê do extrato da ata de julgamento da presente Ação Penal, o único voto divergente invocado circunscreveu a divergência no reconhecimento da nulidade processual pela ausência de perícia, bem como ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. No mérito, o juízo condenatório foi assentado à unanimidade pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal:

AP 863 EI / SP

A Turma, por maioria, rejeitou a preliminar 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. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma, 23.5.2017.

Os termos do voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio não deixam dúvida a respeito do juízo de procedência sobre o mérito da acusação assentado por Sua Excelência, como se vê do trecho abaixo transcrito, o qual não leva grifos no original:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE E REVISOR) - Afastada a prescrição pela sempre douta maioria, **devo partir para a definição, ou não, da culpa e o que se considera a dosimetria da pena,**

AP 863 EI / SP

uma vez que não posso enquadrar a conclusão sobre a prescrição, ante o teor do artigo 386 do Código de Processo Penal, como fato a desaguar na absolvição propriamente dita do acusado.

(...)

No mais, acompanho Sua Excelência o Relator com esse reparo, que diria mínimo, quanto a observar-se, primeiro, a atenuante, para, havendo um certo patamar, em termos de pena, fazer-se incidir a agravante.

Sendo assim, no que diz respeito ao mérito da acusação, a decisão ora atacada foi objeto de deliberação unânime da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, razão pela qual não se abre a via dos embargos infringentes ao recorrente.

Por essa razão, de plano, como determina o art. 21, § 1º, do RISTF, **nego seguimento ao recurso de embargos infringentes opostos por Paulo Salim Maluf**, quer fundado no art. 609, parágrafo único, do CPP, quer com fundamento no art. 333, I, do RISTF.

4. O Plenário deste Supremo Tribunal Federal, ao julgar a décima primeira Questão de Ordem na Ação Penal 470, compreendeu que cabe ao relator da Ação Penal Originária analisar monocraticamente a admissibilidade dos embargos infringentes opostos em face de decisões condenatórias.

Naquela oportunidade, o eminente Ministro Joaquim Barbosa, então relator, submeteu ao Pleno questão de ordem que buscava resolver, dentre outros, o tema atinente à execução imediata da pena privativa de liberdade imposta a acusados condenados que opuseram embargos infringentes manifestamente incabíveis porque não obtiveram os *quatro votos* absolutórios exigidos pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

A Questão de Ordem, nesse ponto, foi resolvida para o

AP 863 EI / SP

fim de atribuir ao relator, monocraticamente, a análise dos requisitos de admissibilidade, como se vê do trecho da ementa a seguir transcrito:

*8. Relativamente aos embargos infringentes opostos contra as condenações que não contaram com o mínimo de 04 votos absolutórios, estabelecido no parágrafo único do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada, por maioria, a proposta de negar seguimento, de imediato, a estes recursos, tendo o Plenário **decidido que o juízo de admissibilidade deve ser realizado pelo Relator**, observados os demais requisitos formais de cabimento dos recursos. (AP 470 QO-décima primeira, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.11.2013).*

Diante disso, Sua Excelência, monocraticamente, rejeitou uma série embargos infringentes opostos por condenados que não cumpriam os requisitos de embargabilidade, assentando o caráter meramente protelatório de tais recursos, os quais, por essa razão, não impediram o imediato cumprimento da pena privativa de liberdade decretada.

Assim o fez, por exemplo, nos segundos Embargos Infringentes na AP 470, DJe 04.12.2013, quando assentou:

“Conclui-se, pois, que os embargos infringentes ora opostos são manifestamente incabíveis e protelatórios.

Por todas essas razões, com base no artigo 38 da Lei 8.038/90 e no artigo 21, §1º do RISTF, **nego seguimento** ao recurso por faltar-lhe requisito objetivo essencial de admissibilidade e por considerá-lo meramente protelatório. Determino, como consequência, a imediata certificação do trânsito em julgado da condenação e o início da execução do acórdão condenatório (artigo 21, II c/c artigo 341, ambos do RISTF, combinado com o artigo 105 da LEP).

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se imediatamente, **independentemente de publicação.** “

AP 863 EI / SP

Igual proceder foi adotado, monocraticamente, quanto aos terceiros Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 13.12.2013); quartos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 12.02.2014); oitavos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 06.12.2013); décimos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 31.01.2014); décimos quartos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 31.01.2014); décimos quintos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 13.12.2013); décimos sétimos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 04.12.2013); décimos oitavos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 04.12.2013); e décimos nonos Embargos Infringentes na AP 470 (Dje 03.02.2014).

O presente caso demanda solução idêntica. A manifesta inadmissibilidade dos **embargos infringentes** ora opostos, na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, revela seu caráter meramente protelatório, razão por que não impede o imediato cumprimento da decisão condenatória.

5. Determino, pois, o imediato início da execução do acórdão condenatório com a extração de carta de sentença, na forma da Resolução 113/2010 do CNJ.

Delego competência para os atos de execução ao Juízo das Execuções Penais do Distrito Federal. Precedentes: AP 470 QO-Décima Primeira, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 19.02.2014; AP 396 ED-ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 30.09.2013; e AP 563, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 15.09.2015.

Caberá ao juízo delegado a comunicação a esta Corte acerca do início e do fim do cumprimento da pena.

Remetam-se, com urgência, os autos da execução ao respectivo Tribunal de Justiça, para fins de distribuição.

Publique-se. Intime-se. Cumpra-se imediatamente, **independentemente de publicação.**

Brasília, 19 de dezembro de 2017.

Ministro Edson Fachin

Relator