

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.080.522 PARANÁ

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
RECTE.(S) : PAULO TARCISO OKAMOTTO
ADV.(A/S) : FERNANDO AUGUSTO HENRIQUES FERNANDES
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário (e.doc. 1, fls. 404-450) interposto em face de acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, assim ementado (e.doc. 1, fls. 385-398):

“OPERAÇÃO LAVA-JATO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DE RELATOR NO STJ, POR SUPOSTA INEXISTÊNCIA DE PREVENÇÃO. REJEIÇÃO. CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL PELA VIA DO *HABEAS CORPUS*. EXCEPCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA: NECESSIDADE DA INSTRUÇÃO. RECURSO EM *HABEAS CORPUS* DESPROVIDO.

I - Preliminar de incompetência de relatoria no STJ por inexistência de prevenção. A multiplicidade de ações, com imputações separadas, não afasta a existência de conexão, desde que constatados os requisitos de interligação entre os sujeitos e organizações envolvidas, além da vinculação probatória. Relatoria para a operação Lava-Jato já decidida no âmbito desta Corte. Conexão demonstrada no caso. Preliminar rejeitada.

II - Havendo elementos mínimos de materialidade e autoria, é necessário prosseguir na instrução da ação penal para se concluir, ao final, pela atipicidade ou não da conduta, sendo inviável o trancamento do processo criminal pela via excepcional do *Habeas Corpus*.

Recurso desprovido.”

(RHC 80.087/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 26/05/2017)

Não foram opostos embargos de declaração.

No recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, III, “a”, do permissivo constitucional, sintetiza o recorrente:

“Nestas razões, demonstrar-se-á que (i) houve grave afronta ao princípio do juiz natural (artigo 5º, inciso LIII, da CRFB), uma vez que o ordinário foi indevidamente distribuído por dependência com prevenção do Ministro FELIX FISCHER; (ii) foi absolutamente desconsiderado o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inciso LVII, da CRFB) e aplicado o inexistente princípio *in dubio pro societate* (v. e-STJ fl. 396) e, ainda, violou-se o artigo 216, §1º, da CRFB, que determina o interesse público sobre o patrimônio cultural brasileiro.”

Preliminarmente, a defesa postula a distribuição do recurso por prevenção ao eminente Min. Dias Toffoli, em razão de suposta modificação de Relatoria ocorrida com base no art. 38, II, RISTF.

Sob a ótica do art. 216 da Constituição Federal, argumenta-se que os acervos presidenciais privados integram o patrimônio cultural brasileiro, de modo que, ainda na visão da defesa, o custeio de despesas de armazenagem não configuraria vantagem indevida. Nessa dimensão, compreende ausente a elementar típica do crime de corrupção e, por consequência, do delito de lavagem de dinheiro a ele associado.

Em suma, destaca que *“não procede a alegação de que os bens teriam sido ‘armazenados em benefício de LULA’, isso porque, apesar de serem bens do ex-Presidente LULA, tais bens ‘integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público’ (art. 3º, caput, da Lei 8.394/91)”*. A esse respeito, prossegue a defesa:

“Para o MPF, a vantagem indevida teria sido tão somente a preservação do acervo e isso, como se viu, não é vantagem indevida e tampouco se deu em favor de LULA, já que os bens “integram o patrimônio cultural brasileiro e são declarados de interesse público” (art. 3º, caput, da Lei 8.394/91).

Disso, decorre que a imputação do crime de lavagem de capitais ao RECORRENTE não subsiste, pois falta-lhe o

elemento objetivo da infração penal antecedente.”

Nessa perspectiva, aponta a *“necessidade de se determinar quais são os limites do interesse público sobre o patrimônio cultural composto por bens de acervo presidencial”*, bem como a definição de *“quais são os parâmetros para as doações de terceiros com o fim de preservar e manter tais acervos”*.

Em relação à articulada violação ao princípio do juiz natural, argumenta o recorrente a incompetência do Rel. Min. Felix Fischer, em razão da *“inexistência de dependência que justificasse a distribuição por prevenção”*. Reitera que *“não se trata de sucessão de relatores pelo aspecto regimental enfrentado no CC 145.705/DF, mas de uma distribuição originária por dependência inexistente.”*

Por fim, aduz a defesa que o emprego do princípio *in dubio pro societate* na fase de admissão da denúncia não encontra previsão normativa e contraria o princípio da presunção de inocência.

Por tais razões, postula o recorrente o trancamento da Ação Penal 5046512-94.2016.404.7000, forte na articulada atipicidade dos fatos que lhe são imputados.

A Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça admitiu o recurso extraordinário.

Em petição superveniente, a defesa requer, liminarmente, a concessão de efeito suspensivo ao recurso extraordinário, forte na designação de data de julgamento dos recursos de apelação (dia 24.1.2018).

É o relatório. Decido.

2. A irresignação não merece seguimento.

2.1. Inicialmente, em relação à articulada prevenção do eminente Min. Dias Toffoli, reporto-me ao por mim decidido, em 3.10.2017, sem recurso da defesa, no HC 143587, remédio impetrado em favor do mesmo paciente e em que idêntica matéria preliminar foi veiculada.

2.2. Quanto à alegação de não ser indevida a vantagem consistente no pagamento por manutenção de acervo presidencial privado, aduzo que a questão não foi, sob a ótica constitucional, objeto de debate e decisão no acórdão recorrido, o que faz incidir os verbetes sumulares 282

RE 1080522 / PR

e 356 desta Corte. Nesse sentido:

“O Juízo de origem não analisou a questão constitucional veiculada, não tendo sido esgotados todos os mecanismos ordinários de discussão, INEXISTINDO, portanto, o NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO, que pressupõe o debate e a decisão prévios sobre o tema jurígeno constitucional versado no recurso.” (ARE 1050303 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 10/11/2017)

Além disso, o enfrentamento dessa controvérsia exigiria o prévio cotejo da Lei 8.394/91, que dispõe sobre *“a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes da República e dá outras providências”* e do Decreto 4.344/02.

Nas hipóteses em que o eventual reconhecimento de ofensa à Constituição desafiar o exame da legislação infraconstitucional, por configurar lesão reflexa ao texto constitucional, esta Corte firmou posição pelo descabimento de recurso extraordinário. Nesse sentido:

“O exame de legislação infraconstitucional é inadmissível em recurso extraordinário, por configurar ofensa reflexa à Constituição” (ARE 948996 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 29/09/2017)

“É inviável o processamento do apelo extremo quando a ofensa a dispositivo constitucional se dá de maneira reflexa ou indireta, pois requer o exame prévio da legislação infraconstitucional que serviu de fundamento para o acórdão recorrido.” (RE 922490 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 02/06/2017)

“A controvérsia, a teor do já asseverado na decisão guerreada, não alcança estatura constitucional. Não há falar em afronta aos preceitos constitucionais indicados nas razões

recursais. Compreensão diversa demandaria a análise da legislação infraconstitucional encampada na decisão da Corte de origem, bem como e reelaboração do quadro fático delineado, a tornar oblíqua e reflexa eventual ofensa à Constituição, insuscetível, como tal, de viabilizar o conhecimento do recurso extraordinário.” (AI 671865 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/03/2017)

Além disso, sopesou o STJ:

“Embora a tese do recorrente seja plausível, tenho que assiste razão ao egrégio Tribunal Regional Federal quando, ao denegar a ordem, considerou que **é necessário prosseguir na instrução da ação penal para se concluir pela atipicidade ou não da conduta, sendo inviável o trancamento do processo criminal pela via excepcional do *Habeas Corpus*.**

Isto porque, **embora seja lícito a uma empresa custear, voluntariamente, a manutenção de bens pertencentes ao acervo presidencial de um ex-Presidente da República, isso não significa, por si só, que uma empresa não possa ter custeado tal manutenção em retribuição a benefícios obtidos de maneira criminosa.**

No caso, a denúncia descreve (e **há substrato probatório mínimo**) que as despesas arcadas pela OAS com a manutenção do acervo do ex-Presidente LULA, no valor de R\$ 1.343.747,24 (um milhão, trezentos e quarenta e três mil, setecentos e quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos), foram **retribuições decorrentes de benefícios obtidos pela OAS através da prática de crimes** de cartel, fraude à licitação e corrupção realizados pelos executivos de tal empresa em detrimento da Petrobras.”

Como se vê, segundo as instâncias antecedentes, não se trata simplesmente de discutir a licitude, em tese, do custeio, por parte de empresa, da manutenção do acervo presidencial privado. Mas, em

RE 1080522 / PR

verdade, de elucidar se tal pagamento ocorreu de modo dissimulado como contrapartida a “benefícios obtidos de maneira criminosa”.

Nesse esteira, não é possível reconhecer a atipicidade da conduta sem empreender aprofundado exame de fatos e provas, ao que, a teor da Súmula 279/STF, não se presta o recurso extraordinário, mormente na pendência de esgotamento das instâncias ordinárias.

2.3. No que toca à suposta ausência de prevenção do Relator atuante no âmbito do STJ, a jurisprudência da Corte já assentou que “a discussão acerca de eventual violação do princípio do juiz natural reveste-se de índole infraconstitucional, de tal modo que, se afronta ocorresse, seria indireta, o que não atende à exigência do art. 102, III, a, da Lei Maior” (ARE nº 745.693/ES-AgR-ED, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 15/9/14).

Na mesma linha: ARE 839680 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 02/09/2016; ARE 958411 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/08/2016; AI 502665 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014 e ARE 677900 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013.

2.4. Por fim, quanto à apontada violação à presunção de inocência, de modo lateral, argumentou o Superior Tribunal de Justiça:

“Vale anotar, por fim, que ao contrário do que é exigido para a condenação (certeza quanto à prática do crime, pois do contrário aplica-se o princípio *in dubio pro reu*), para a instauração da ação penal basta haver prova da materialidade e indícios de autoria, pois vigora o princípio *in dubio pro societate*.”

No que toca ao indeferimento do pedido de extinção prematura da ação penal, tenho que tal tema encontra-se superado, visto que o recorrente restou absolvido em primeiro grau.

E, por óbvio, não há como supor que o impugnado princípio *in dubio pro societate*, cuja incidência teria sido reconhecida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, surtirá efeitos na atual fase processual noticiada pelo

RE 1080522 / PR

recorrente (pendência de julgamento de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público). Ao contrário, já que o Juízo *a quo* é expresso ao afirmar a necessidade de certeza quanto à prática criminosa para fins de condenação.

Além disso, com a devida vênia, o recorrente não se desincumbiu do ônus argumentativo de demonstrar em que medida o **prosseguimento da ação penal** em caso de não reconhecimento seguro da ausência de autoria contraria a prescrição constitucional no sentido de que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, circunstância que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

3. Ante o exposto, **nego seguimento ao recurso extraordinário**, nos termos do art. 21, §1º, RISTF, prejudicado o pedido liminar.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 15 de dezembro de 2017.

Ministro EDSON FACHIN

Relator

Documento assinado digitalmente

Impresso por: 014.500.33744 RE 1080522
Em: 01/02/2018 12:18:12