

## TUTELA PROVISÓRIA NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 965 SÃO PAULO

### VOTO:

#### O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de requerimento de tutela provisória incidental, apresentado pelo réu, no âmbito de embargos de declaração antecedentes a eventuais embargos infringentes cabíveis contra o acórdão condenatório proferido nestes autos. O requerente tem por objetivo suspender a incidência da inelegibilidade de que trata o art. 1º, I, e, “2”, “6” e “10”, da Lei Complementar nº 64/1990, com base no artigo 26-C da referida lei.

2. Em 08.06.2020, a Primeira Turma deste Tribunal, por maioria de votos (3 a 2), julgou procedente o pedido formulado nesta ação penal, condenando o réu à pena de 10 anos e 2 meses de reclusão, e 226 dias-multa, por crime contra o sistema financeiro nacional, lavagem de dinheiro e quadrilha. Transcrevo, a seguir, a ementa do acórdão condenatório:

*“Ementa:* DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL. APLICAÇÃO DE RECURSOS DE FINANCIAMENTO CONCEDIDO PELO BNDES EM FINALIDADE DIVERSA DA PREVISTA EM CONTRATO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. QUADRILHA.

1. PRELIMINARMENTE. As questões preliminares já haviam sido afastadas por ocasião do recebimento da denúncia: a) a peça acusatória descreveu suficientemente as condutas e apontou indícios de materialidade e autoria; b) a ação controlada foi autorizada por decisão judicial; c) são lícitas as provas relacionadas a autoridades detentoras de foro especial por prerrogativa da função encontradas fortuitamente; e d) as decisões de decretação e prorrogação de interceptação telefônica foram devidamente fundamentadas.

2. MÉRITO.

2.1. DESVIO DE VALORES DE FINANCIAMENTOS CONCEDIDOS PELO BNDES. Análise conjunta das provas dos

autos – em especial, os contratos de financiamento, as interceptações telefônicas, as movimentações financeiras, os documentos apreendidos, os resultados das vigilâncias policiais e os depoimentos colhidos em Juízo – demonstram, acima de qualquer dúvida razoável, que o acusado concorreu para o desvio de valores de financiamentos concedidos pelo BNDES.

2.2. ADEQUAÇÃO TÍPICA. Para a consumação do delito do art. 20 da Lei nº 7.492/1986, basta que parte dos valores do financiamento não seja aplicada no objeto do contrato. Se parcela dos valores é direcionada para serviços de consultoria, com a finalidade de serem posteriormente, ainda que apenas em parte, direcionados a terceiros, logicamente houve aplicação em finalidade diversa da estipulada no contrato.

2.3. LAVAGEM DE DINHEIRO. Após o desvio dos valores dos financiamentos, foram realizados depósitos na conta de pessoa jurídica para posterior saque e entrega ao acusado, caracterizando-se o delito de lavagem de dinheiro.

2.4. QUADRILHA. Existência de provas suficientes a demonstrar a participação do acusado em associação estável e permanente para a prática de crimes indeterminados.

2.5. CONCLUSÃO. Restou comprovada a participação do acusado, por duas vezes, em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução, na prática do delito previsto no art. 20 da Lei nº 7.492/1986, em concurso material com o delito previsto no art. 1º, VI, da Lei nº 9.613/1998, em sua redação original, também em continuidade delitiva, e com o crime previsto no art. 288 do Código Penal, em sua redação original.

3. APLICAÇÃO DA PENA E EFEITOS DA CONDENAÇÃO. Fixo a pena em: a) 3 anos e 6 meses pela prática, em continuidade delitiva, do delito do art. 20 da Lei nº 7.492/1986; b) 4 anos e 8 meses pela prática, em continuidade delitiva, do delito do art. 1º da Lei nº 9.613/1998; e c) 2 anos pela prática do delito do art. 288 do Código Penal. Total da pena: 10 anos e 2 meses de reclusão, e 226 dias-multa.

3.1. DANOS MATERIAIS E DANOS MORAIS COLETIVOS. Como efeito da condenação (art. 91, II, “b”, do

Código Penal), o réu deve ressarcir o dano material causado ao BNDES, no montante comprovado de R\$ 182.560,43, em valores da época (abril de 2008), a serem devidamente corrigidos até a quitação do débito, por se tratar de produto do crime. Incabível a condenação em danos morais coletivos, dada a ausência de pedido na denúncia.

3.2. INTERDIÇÃO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. Decreto a interdição ao acusado do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º da Lei 9.613/1998, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada (Lei 9.613/1998, art. 7º, II).

3.3. PERDA DO MANDATO. Considerado o regime inicial fechado fixado, decreto, com fulcro no art. 55 da Constituição e no art. 92, I, “b”, do Código Penal a perda do mandato parlamentar (AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber, j. 02.05.2017)

4. Ação penal julgada procedente”.

3. Em face dessa decisão, ainda em 2020, o apenado opôs embargos de declaração, suscitando vícios de omissão, obscuridade e contradição. O recurso foi pautado para julgamento virtual em 19.02.2021, tendo havido, porém, pedido de destaque do Ministro Alexandre de Moraes. A partir daí, a Presidência da Corte incluiu o processo na pauta física do Plenário em algumas sessões, mas o julgamento não chegou a se iniciar. O réu apresentou, então, pedido de concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração, por pretender concorrer ao cargo de deputado federal nas eleições de outubro deste ano. Em 23.09.2022, o Ministro Alexandre de Moraes retirou o pedido de destaque, o que permitiu a convocação de sessão virtual extraordinária para a continuidade da apreciação dos embargos declaratórios. No entanto, o julgamento foi suspenso por pedido de vista formulado pelo Ministro Gilmar Mendes. Nesta ocasião, por subsistir a urgência, trago à análise do colegiado o pleito de concessão de efeito suspensivo aos embargos de declaração que ainda se encontram pendentes.

## AP 965 ED-TP / SP

4. Na situação dos autos, a condenação criminal originária, proferida por esta Turma, registrou *dois votos vencidos*: os dos Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que julgavam *improcedente* o pedido, absolvendo, portanto, o réu. O art. 333, I, do Regimento Interno do STF – RISTF prevê o cabimento de embargos infringentes para a hipótese de decisão não unânime do Plenário ou da Turma que julgar procedente a ação penal. Confira-se:

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

I – que julgar procedente a ação penal;”.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já assentou que o cabimento dos embargos infringentes, fundados no art. 333, inciso I, do RISTF, exige divergência manifestada em ao menos *dois votos absolutórios em sentido próprio* – ou seja, votos absolutórios quanto ao mérito propriamente dito – quando se trate de julgamento ocorrido em uma das Turmas. Veja-se, nessa linha, a ementa do acórdão prolatado na AP 863 EI-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 19.04.2018:

“EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECISÃO CONDENATÓRIA DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF UNÂNIME EM RELAÇÃO AO MÉRITO E MAJORITÁRIA QUANTO ÀS PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. REQUISITOS. MÍNIMO DE DOIS VOTOS ABSOLUTÓRIOS EM SENTIDO PRÓPRIO. NÃO OCORRÊNCIA. INADMISSIBILIDADE.

1. Conforme assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 409 EI-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, a via dos embargos infringentes, fundados no art. 333, inciso I, do RISTF, exige divergência consubstanciada em votos absolutórios em sentido próprio, ou seja, votos absolutórios quanto ao mérito

propriamente dito do caso penal em julgamento, com o que não se confundem os que declaram a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva e favoráveis ao réu em matéria processual penal.

2. Tendo em vista o princípio da taxatividade recursal, não cabem embargos infringentes, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, fundados no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, uma vez que previstos, segundo a dicção legal, para veicular insurgência da defesa contra decisão não unânime “de segunda instância”.

**3. O cabimento de embargos infringentes em face de decisão penal condenatória proferida pelas Turmas do Supremo Tribunal Federal, exige divergência consubstanciada em ao menos dois votos absolutórios próprios.**

4. Não caracteriza divergência, apta ao manejo dos embargos infringentes, a decisão não unânime da Turma apenas quanto à extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva ou à preliminar de índole processual.

5. Hipótese dos autos em que a divergência invocada circunscreve-se às preliminares de nulidade e prescrição da pretensão punitiva.

6. Agravo desprovido”. (AP 863 EI-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 19.04.2018)

6. Essa é, exatamente, a hipótese dos autos. O Ministro Alexandre de Moraes, relator originário do feito, e o Ministro Marco Aurélio, revisor, votaram pela absolvição do réu, por entenderem que as acusações não possuíam lastro probatório. Confirmam-se trechos dos votos:

“Os indícios de materialidade e de autoria que justificaram a instauração desta ação penal não são suficientes para a condenação do réu, a qual, para fins penais, exigiria um grau de certeza não alcançado na instrução processual do presente processo. Existem circunstâncias fáticas compatíveis com a acusação a ele imputada, os denominados “indícios”. Entretanto, não há prova da sua participação nos fatos, apenas

suspeitas sérias, as quais bem justificaram o recebimento da denúncia”. (Voto do Min. Alexandre de Moraes, doc. 484, fl. 89)

“Não comprovadas, pelo Órgão acusador, as imputações formalizadas na denúncia, cabe, observado o princípio constitucional da não culpabilidade, assentar a absolvição, uma vez inexistir lastro probatório a confirmar o fato criminoso”. (Voto do Min. Marco Aurélio, doc. 484, fls. 114-115)

7. Conforme esclareci em meu voto proferido nos embargos de declaração, o Tribunal Superior Eleitoral tem o entendimento assente de que os embargos infringentes e de nulidade – recurso análogo aos embargos infringentes previstos no art. 333, I, do RISTF – possuem efeito suspensivo *ope legis*, afastando a causa de inelegibilidade do art. 1º, I, e, da LC nº 64 /1990. Nesse sentido, vejam-se os seguintes julgados da Corte Eleitoral:

"ELEIÇÕES 2020. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. PREFEITO ELEITO. CONDENAÇÃO CRIMINAL. DECISÃO COLEGIADA. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE PENDENTES DE JULGAMENTO. EFEITO SUSPENSIVO. OPE LEGIS. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, E, DA LC Nº 64/90. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. Este Tribunal Superior firmou o entendimento de que não incide a inelegibilidade do art. 1º, I, e, da LC nº 64/90, se pendentes de julgamento embargos infringentes e de nulidade, dada a sua natureza recursal dotada de eficácia suspensiva plena. Precedentes.

2. Os embargos infringentes e de nulidade têm natureza de retratação, o qual busca a prevalência do voto vencido favorável ao réu, o que lhes dá, ainda, um caráter ampliativo e ofensivo, pois permite a modificação do julgado caso haja alteração do entendimento daqueles magistrados que lhes foram desfavoráveis no primeiro julgamento. É nítido o intuito de aperfeiçoar e rever, sob a ótica dos vencidos, as

**decisões proferidas, a não resultar, assim, exaurida a fase ordinária.**

3. Candidato elegível, sob o manto do efeito suspensivo ope legis intrínseco aos embargos infringentes e de nulidade em ação penal.

4. Não prospera a tese segundo a qual apenas a concessão de medida cautelar prevista no art. 26-C da LC nº 64/90 tem força para sobrestar os efeitos da decisão colegiada condenatória. Se o dispositivo legal permite que a inelegibilidade seja sustada por meio de ato volitivo do magistrado (ope judicis), maior razão há em tê-la por afastada quando albergada pelo manto do efeito suspensivo pleno, traduzido por força de lei (ope legis).

5. Recurso especial desprovido”.

(Recurso Especial Eleitoral nº 060030149, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe 11.12.2020 – grifos nossos)

“ELEIÇÕES 2018. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEPUTADO ESTADUAL. DEFERIMENTO. ALÍNEA E DO INCISO I DO ART. 1º DA LC Nº 64/90. DECISÃO CONDENATÓRIA COLEGIADA. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. EFEITO SUSPENSIVO PLENO. INELEGIBILIDADE AFASTADA. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 26/TSE. DESPROVIMENTO.

1. É inviável o agravo que não ataca todos os fundamentos da decisão agravada. Súmula nº 26/TSE. 2. Este Tribunal Superior firmou o entendimento de que não incide a inelegibilidade do art. 1º, I, e, da LC nº 64/90, se pendentes de julgamento embargos infringentes e de nulidade, dada a sua natureza recursal dotada de eficácia suspensiva plena. Precedente.

3. Os embargos infringentes e de nulidade têm natureza de retratação, o qual busca a prevalência do voto vencido favorável ao réu, o que lhes dá, ainda, um caráter ampliativo e ofensivo, pois permite a modificação do julgado caso haja

alteração do entendimento daqueles magistrados que lhes foram desfavoráveis no primeiro julgamento. É nítido o intuito de aperfeiçoar e rever, sob a ótica dos vencidos, as decisões proferidas, a não resultar, assim, exaurida a fase ordinária.

**4. Candidato elegível, sob o manto do efeito suspensivo ope legis intrínseco aos embargos infringentes e de nulidade em ação penal.**

5. Não prospera a tese segundo a qual apenas a concessão de medida cautelar prevista no art. 26-C da LC nº 64/90 tem força para sobrestar os efeitos da decisão colegiada condenatória. Se o dispositivo legal permite que a inelegibilidade seja sustada por meio de ato volitivo do magistrado (ope judicis), maior razão há em tê-la por afastada quando albergada pelo manto do efeito suspensivo pleno, traduzido por força de lei (ope legis).

6. Agravo regimental desprovido.

(Recurso Ordinário nº 060132806, Rel. Min. Tarcisio Vieira de Carvalho Neto, DJe 30.10.2018 – grifos nossos)

“ELEIÇÕES 2016. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATURA AO CARGO DE PREFEITO. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. JULGAMENTO COLEGIADO CONDENATÓRIO SUSPENSO NA DATA DA ELEIÇÃO PELA INTERPOSIÇÃO DE RECURSO DOTADO DE EFEITO SUSPENSIVO AUTOMÁTICO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A INCIDÊNCIA DA INELEGIBILIDADE PREVISTA NO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEA E DA LC 64/90. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS HÁBEIS PARA MODIFICAR A DECISÃO AGRAVADA, QUE PROVEU O RECURSO E DEFERIU O REGISTRO DE CANDIDATURA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS.

1. In casu, foram opostos Embargos Infringentes e de Nulidade ao acórdão condenatório proferido no Recurso Criminal 640-93, antes das eleições realizadas em 2.10.2016.

**2. Conforme as jurisprudências do STF e do STJ, os**

**Embargos Infringentes e de Nulidade são dotados de eficácia suspensiva que impede o exaurimento das instâncias ordinárias.** Precedentes: STF: HC 81.901/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe 1º.2.2013; STJ: HC 375.922/MG, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 16.12.2016, HC 359.377/MG, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 12.8.2016, HC 110.121/RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe 16.2.2009.

3. Tem-se, no caso dos autos, que o agravado era elegível na data do pleito, pois a decisão colegiada condenatória encontrava-se suspensa, uma vez que pendente de julgamento recurso com eficácia suspensiva plena.

4. O fato superveniente apto a atrair a inelegibilidade (desprovemento dos Embargos Infringentes e de Nulidade em 22.11.2016) somente ocorreu quando a eleição já se encontrava consumada.

5. Alicerçada a decisão agravada em fundamentos idôneos, merecem ser desprovidos os Agravos Internos, tendo em vista a ausência de argumentos hábeis para modificar o decisum.

6. Agravos Regimentais desprovidos.

(Recurso Especial Eleitoral nº 48.466, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 10.08.2017 – grifos nossos)

8. Na hipótese, portanto, de haver dois votos absolutórios quanto ao mérito do caso penal em julgamento, a condenação criminal originária proferida por Turma do STF fica submetida a recurso dotado de efeito suspensivo automático (*ope legis*): os embargos infringentes. E assim é porque tal recurso permite a devolução, ao Plenário do STF, da apreciação do mérito da ação penal, na parte em que houve divergência interna no âmbito da Turma, podendo levar, inclusive, a resultado diametralmente oposto. Exatamente por esse perfil do recurso de embargos infringentes é que se entende que ele desempenha, na hipótese em que cabível, o papel de viabilizar o duplo grau de jurisdição em ações de competência originária do STF, em função análoga ao recurso de apelação em processos de competência do primeiro grau de jurisdição.

## AP 965 ED-TP / SP

9. No presente caso, na medida em que a condenação tenha sido proferida por maioria de 3 votos contra 2, não há como afastar o direito subjetivo do réu à interposição do recurso de embargos infringentes. Sem antecipar juízo definitivo de admissibilidade dos eventuais embargos infringentes que venham a ser opostos nestes autos, vislumbro, *em tese*, o seu cabimento, o que é suficiente para impedir, por ora, que o acórdão condenatório produza os seus regulares efeitos.

10. Note-se que tal direito subjetivo à oposição dos embargos infringentes, para ser exercido, exige que o julgamento do mérito da ação penal pela Turma competente seja concluído, inclusive, se for o caso, com sua eventual integração pelo julgamento de embargos de declaração. No caso, o réu opôs embargos declaratórios em 20.11.2020, isto é, há quase 2 (dois) anos. O recurso, porém, ainda está pendente de julgamento neste Tribunal, em razão de pedido de vista. Nessas circunstâncias, embora cabíveis, *em tese*, os embargos infringentes, a defesa se encontra impedida de apresentá-los por *fator alheio à sua vontade*.

11. Finalmente, entendo que há inequívoco perigo na demora, caracterizado pela proximidade do pleito eleitoral, em que o réu pretende concorrer ao cargo de deputado federal.

12. Ante o exposto, voto pelo **deferimento da tutela provisória** para, em conformidade com a jurisprudência do TSE, suspender, em caráter cautelar, a incidência da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, "2", "6" e "10", da Lei Complementar nº 64/1990.

É como voto.