

EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 863 SÃO PAULO

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin (Relator): Registro, inicialmente, que os embargos de declaração não constituem meio hábil para reforma do julgado, sendo cabíveis somente quando houver no acórdão omissão, contradição ou obscuridade, conforme dispõe o art. 619 do CPP, o que não ocorre no presente caso.

O embargante intenta, na verdade, como será adiante esmiuçado, reabrir a discussão da causa, promover reanálise de fatos e provas e atacar, por meio da presente via indevida, os fundamentos do acórdão condenatório visando a reforma do julgado, o que não se comporta na via estreita dos aclaratórios.

Em que pese suscitar, numa peça inicial de 98 (noventa e oito) páginas, a ocorrência de omissão, contradição e obscuridade, o embargante não logrou êxito em demonstrar quaisquer desses defeitos no acórdão embargado.

A decisão hostilizada não incorreu em omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todas as questões postas em debate, nos limites necessários ao deslinde do feito.

Ademais, a par das supostas contradições apontadas pelo embargante, consigno que **a contradição que autoriza a oposição do recurso declaratório deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e a sua conclusão**, o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido:

“Embargos de declaração no recurso ordinário em habeas corpus. Contradição e omissão no acórdão embargado. Não ocorrência. Pretendido rejuízo da causa. Impossibilidade na presente via recursal. Precedentes. Rejeição dos embargos. 1. Nenhuma das hipóteses autorizadoras da oposição do recurso declaratório (RISTF, art. 337) está configurada no caso dos autos. 2. Não há que se falar em contradição do acórdão, já que essa deve ser interna à decisão, verificada entre os fundamentos do julgado e sua conclusão, o que não

ocorreu no caso em tela. 3. O aresto recorrido não incorreu em omissão, tendo o órgão julgador decidido, fundamentadamente, todas as questões postas em julgamento, nos limites necessários ao deslinde do feito. 4. Ao tratar das questões postas à apreciação da Corte, o acórdão abordou os temas de forma clara e objetiva, com arrimo em precedentes específicos da Corte. 5. Os embargos de declaração não se prestam para promover o rejuízo de causa decidida, legitimamente, nos termos da jurisprudência da Corte. 6. Embargos de declaração rejeitados.” (RHC 138752 ED, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 13/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-143 DIVULG 29-06-2017 PUBLIC 30-06-2017, grifei).

Na mesma esteira, cito precedente de minha lavra:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO FINANCEIRO. PRECATÓRIOS. REMANEJAMENTO DE RECURSOS PÚBLICOS. CONTRADIÇÃO INTERNA. INEXISTÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO AUTÔNOMA. 1. O entendimento iterativo do Plenário desta Corte é no sentido de que a contradição hábil a autorizar o acolhimento da pretensão declaratória é a intrínseca, verificada entre as partes ou proposições da decisão. Nesse sentido, todos os segmentos da decisão convergem à denegação da ordem do mandado de segurança impetrado pela parte ora Embargante. Precedentes. 2. A questão referente à data da publicação de acórdão de precedente invocado consiste em inovação processual, insuscetível de análise no presente momento processual. 3. Embargos de declaração rejeitados, com imposição de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, §2º, do CPC.” (MS 33761 ED, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-017 DIVULG 31-01-2017 PUBLIC 01-02-2017, grifei).

Segundo balizamento doutrinário, a contradição é uma “incoerência entre uma afirmação anterior e outra posterior, referentes aos mesmo tema e no

mesmo contexto, gerando a impossibilidade de compreensão do julgado. (...) É preciso existir confronto entre afirmações interiores ao julgado. Nessa linha: ‘A contradição que enseja embargos de declaração é a contradição do acórdão consigo próprio, nunca com a prova dos autos’ (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 981, grifei).

Da mesma forma, a decisão não é obscura, pois a ela não faltam clareza nem certeza quanto ao que foi decidido.

Destarte, sem razão o embargante. Vejamos.

1. Sobre os supostos fatos novos

1.1. O embargante aponta para a necessidade de apreciação de fatos novos supervenientes ao julgamento da ação penal.

Afirma que há documento novo, emitido pelo Deutsche Bank Internacional na Ilha de Jersey em julho do ano corrente, no qual constaria que as movimentações financeiras relacionadas ao 4º Fato da denúncia, as quais seriam posteriores ao bloqueio administrativo efetuado pela mencionada instituição bancária, não foram promovidas ou autorizadas pelo embargante, mas sim efetuadas unilateralmente pelo referido banco, à revelia de Paulo Salim Maluf, para pagamento de seus próprios advogados no processo de concordata da Eucatex S.A.

Antes de adentrar aos pormenores da documentação ora acostada pelo embargante, faz-se mister traçar uma breve cronologia da sequência processual dos autos em mesa.

A denúncia foi apresentada em 19.12.2006, ainda em primeiro grau de jurisdição, antes da diplomação do embargante para assumir o mandato de Deputado Federal. Com o envio dos autos a esta Suprema Corte, em 28.04.2008 foi determinada a notificação do réu. Devidamente notificado, o embargante apresentou resposta em 19.06.2008. Como houve a juntada de novos documentos pelo *Parquet* federal, o réu foi intimado para apresentar aditamento à defesa preliminar, cuja irresignação foi protocolada em 30.06.2009. Em 29.09.2011, o Pleno deste STF recebeu

AP 863 ED / SP

parcialmente a exordial acusatória. Citado, o embargante apresentou defesa em 07.02.2014. Diante da inexistência de testemunhas de defesa e de acusação, o réu foi interrogado em 26.08.2015. Após a fase das diligências finais, o processo teve sua instrução encerrada em 08.06.2016.

Portanto, entre a primeira manifestação do réu nos autos e o encerramento da fase instrutória, transcorreu o período de 08 (oito) anos. Nesse ínterim, além de negar, a todo momento, a imputação das condutas descritas na denúncia, insistentemente negava a titularidade de qualquer conta ou valores no exterior. Em outras palavras, em 08 (oito) anos de instrução processual, restringiu-se a negar a autoria dos fatos que culminaram com sua condenação e deixou de produzir prova que refutasse o conteúdo dos documentos acostados desde o início pela acusação.

Embora a marcha da instrução processual tenha se alongado por anos, somente agora, já em sede de embargos de declaração, o réu pretende ver examinados supostos documentos novos que, pelo teor, poderiam ter sido produzidos anteriormente, de modo a possibilitar o devido contraditório e seu sopesamento em relação ao restante do acervo probatório.

Tal proceder revela evidente incompatibilidade com a presente fase processual, forte no instituto da preclusão. Frise-se que a preclusão é instituto indispensável à concretização dos princípios constitucionais da razoável duração do processo e da inafastabilidade da jurisdição, uma vez que não só os indivíduos, mas também a sociedade, cujos interesses são curados pelo Ministério Público, são titulares do direito a um julgamento final das demandas trazidas à apreciação do Poder Judiciário.

Não fosse o instituto da preclusão, fases processuais pretéritas poderiam, eternamente, ser reabertas, num tramitar processual infinito.

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

AP 863 ED / SP

Nem mesmo se pode considerar o embargante réu indefeso, já que assistido por notórios advogados de escol. Nada justifica, portanto, a retomada da instrução neste momento processual.

Ademais, a premissa acusatória que amparou a condenação do embargante esteve presente desde a exordial acusatória, sendo, portanto, de livre alcance do réu e sua da defesa enfrentá-la desde o início.

Conforme consignei no meu voto:

“A despeito de todo arcabouço fático-probatório minuciosamente exposto ao longo deste voto, há que se registrar que nenhuma contraprova, que desconstitua ou justifique a ocorrência das práticas demonstradas, foi produzida.

O réu cingiu-se em simplesmente negar a autoria dos fatos que indubitavelmente recaem sobre si.”

Foi somente depois do início do julgamento em 09.03.2017, quando concluí a prolação de meu voto em sessão na Primeira Turma, é que o réu buscou modificar a abordagem defensiva. Na retomada do julgamento, em 23.05.2017, fiz questão de registrar o exame, ainda que a destempo, das teses inovadas pela defesa, de forma a, já naquela oportunidade, rechaçar referidos argumentos:

“Eu também recebi memorial onde este tema vem de ser ferido. E principiaria, Senhor Presidente, dizendo que este tema sobre o eventual bloqueio das contas administrativas já estava na denúncia, e este exame, especialmente no que concerne às contas referidas no fato 4, eu procurei examinar o mais exaustivamente possível no voto que proferi. É, de alguma forma, uma inovação argumentativa que se traz já no curso do julgamento, e procurei evidenciar que, efetivamente, houve movimentação naquela conta específica até maio de 2006. Por esta razão, que está documentada nos autos, chego à conclusão de que, em relação a esse fato, incorria a prescrição da pretensão punitiva. Portanto, compreendendo o esforço da

defesa, que é seguramente legítimo, e ainda entendendo que, assim que a defesa assumiu, houve também um prazo - embora não alongado, mas adicionado - para que pudesse, na sustentação oral originária, trazer seus argumentos, eu considero que, nessa altura, seria começar o debate sobre o voto. Eu mantenho o voto tal como proferido, pedindo todas as vênias ao ilustre Advogado.”

No mais, ao contrário do que sustenta a defesa nos embargos de declaração, o conteúdo do documento emitido pelo Deutsche Bank Internacional, após decisão judicial na Ilha de Jersey, é questionável diante do largo conjunto de provas que consta dos autos.

Registro que referida declaração dependeria de rigorosa instrução e contraditório. Até mesmo a conclusão a que chega a defesa acerca do teor do documento necessitaria de profunda dilação probatória.

Note-se que, em dado trecho, a instituição financeira afirma que nenhum dos movimentos que constam dos extratos apresentados pela defesa foram de qualquer forma determinados pelo réu ou qualquer instituição vinculada a ele. Ocorre que, ao longo do acórdão condenatório, foi justamente demonstrado como o embargante realizava as operações financeiras por meio de interpostas pessoas, fazendo uso, inclusive, de pessoas jurídicas que pertenciam a *laranjas*, tais como seus filhos e esposa. Logo, tal afirmação de que o embargante não autorizou as movimentações não só não desconstituiu, como segue na linha do raciocínio que embasou a condenação.

Outrossim, causa estranheza a afirmação do banco no sentido de que, em relação a todos os movimentos posteriores a 29.09.2005, as operações estavam relacionadas ao pagamento de honorários de advogados da própria instituição financeira, pois consta, por exemplo, um movimento de transferência de valor da conta da Kildare Finance Ltd. para o fundo de investimento Foundland, no valor de US\$10.000,00 (dez mil dólares), consoante apenso 142, tela 46.

Além disso, a análise dos documentos contantes da tela 42 do apenso 135, dá a entender que o escritório Pinheiro Neto além de representar os

AP 863 ED / SP

interesses do banco, representava igualmente os interesses da Kildare Finance Ltd., *offshore* da família Maluf, no processo de concordata da Eucatex S.A.

Ainda, aparentemente, dos documentos constantes das telas 39, 40, 65, 66, 67 e 102 do apenso 135, depreende-se que o referido escritório de advocacia teria sido contratado pelo banco e pela Kildare Finance Ltd., com intermediação de Hani Kalouti (gerente dos fundos da família Maluf e corréu pelos mesmos fatos nos autos desmembrados que tramitam em primeiro grau) para inscrever no processo de concordata da Eucatex S.A., crédito decorrente de nota promissória emitida pela Eucatex S.A. em favor da Kildare Finance Ltd.

Dito isso, referido documento que afirma não ter o embargante autorizado qualquer dos movimentos registrados nos extratos por ele agora apresentados à instituição financeira, bem como que tudo foi feito pelo banco à sua revelia, no mínimo se põe em contradição com outros documentos dos autos, de modo que aceitar a conclusão que dele extrai a defesa na presente fase como se verdade absoluta fosse, além de consistir em malferimento às regras próprias da preclusão processual, soaria temerário.

Nesse mesmo diapasão, salientou o eminente Ministro Luiz Fux em seu voto:

“Além disso, as movimentações citadas pelo Relator, ocorridas em 2006, nas contas do réu PAULO MALUF, não podem ser completamente dissociadas de seu benefício patrimonial. Ainda que houvesse decisão judicial da Justiça Brasileira de bloqueio de suas contas, evidencia-se que os pagamentos ocorridos ao escritório de advocacia se referem expressamente à concordata da EUCATEX, a revelar interesse direto do réu.”

Ainda, o recorrente juntou declaração juramentada (*affidavit*) elaborada por advogado atuante da Ilha de Jersey, na qual esse afirma que um bloqueio administrativo numa instituição bancária é similar a um

bloqueio judicial e, dessa feita, não teria como o embargante ter realizado as movimentações financeiras relacionadas a ele.

Mais uma vez, tal documento poderia ter sido produzido anteriormente, assim como deveria ser analisado em instrução com amplo contraditório, dado que **a mencionada declaração não é prova do conteúdo em si e precisaria ser contrastada com as demais provas dos autos**, o que representaria necessária, e nessa fase descabida, reabertura de instrução processual.

Acerca da juntada extemporânea de documentos em sede de embargos declaratórios, já se posicionou essa Corte:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DESERÇÃO. PROVA FORMAL DE INTIMAÇÃO DA EMBARGADA PARA EFETIVAÇÃO DO PREPARO. JUNTADA EXTEMPORÂNEA. EMBARGOS REJEITADOS. 1 - Documento já existente, que não era ignorado pela parte nem era de difícil obtenção para ser apresentado em tempo hábil, antes do julgamento da lide, não pode ser acolhido como fato novo, capaz de alterar o julgamento do recurso. 2 - Os embargos de declaração objetivam esclarecimentos sobre obscuridade, dúvida ou contradição observadas no acórdão, bem como reclamar o pronunciamento acerca de algum ponto sobre o qual o Tribunal devia pronunciar-se e não o fez. Se não se pretendeu sanar tais deficiência, mas, sim, apresentar documento que não fora produzido no momento oportuno, o recurso não pode ser acolhido. Embargos de declaração rejeitados. (RE 179501 ED-ED, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 09/04/1996, DJ 30-08-1996 PP-30610 EMENT VOL-01839-03 PP-00568, grifei)

Sendo assim, imperioso assentar a inviabilidade de reabertura da instrução processual após o julgamento proferido por esta Egrégia Primeira Turma, bem como que, caso consiga efetivamente demonstra que se trata de prova nova, nada obsta que, preenchidos os demais

requisitos legais, a irresignação do embargante seja devidamente analisada em revisão criminal.

1.2. Como se não bastasse, o embargante argumenta que somente podem ser consideradas, para efeitos de condenação, as movimentações financeiras posteriores a 29.09.2005, tendo em vista que as anteriores estariam cobertas pelo manto prescricional da pretensão punitiva em razão da pena concretamente fixada. Assim, como havia bloqueio administrativo pelo banco desde 1999, não poderia o réu ter efetuado as operações contidas no extratos bancários registrados após 29.09.2005.

Em que pese o embargante alegar que o acórdão hostilizado teria reconhecido como incontestável a existência de bloqueio das contas pelo banco em 1999, verifico que tal afirmação não constou nesse formato, como pretende o recorrente.

Observo que, diferentemente do que leva a crer o embargante, o voto condutor aponta que, **em meado de 1999, o Deutsche Bank Internacional iniciou uma série de questionamentos**, que perduraram por anos, acerca da licitude dos valores depositados nas contas e fundos pertencentes à família Maluf. Em dado momento, somente foi possível apurar que, como constou do acórdão, em 02.05.2000, houve registro de uma reunião entre o corpo diretivo do Deutsche Bank Internacional e o escritório de advocacia Wittmer para tratar sobre os bens da família Maluf e que, na oportunidade, foi informado que as contas *"continuariam congeladas"*. Ou seja, **não se tem notícia da data exata do bloqueio administrativo, muito menos se, em algum momento posterior, houve descongelamento pelo banco.**

Note-se que tal discorrer, como constou do acórdão condenatório, foi apontado para demonstrar a vinculação de Paulo Salim Maluf às contas e fundos abertos no Deutsche Bank Internacional na Ilha de Jersey, tendo em vista a negativa de autoria sustentada ao longo de todo o processo pelo réu.

Por brevidade, reporto-me ao trecho relevante para o deslinde do ponto em comento:

“Observa-se, ainda, que o Deutsche Bank Internacional, receoso sobre a origem dos valores movimentados nas contas da Durant Internacional Corporation, da Kildare Finance Ltd. e da Macdoel Investments Ltd., determinou o congelamento dos recursos depositados e passou a recusar a função de administrar os fundos de investimentos oriundos de tais contas. Sobre essa situação específica, **perceba-se a sequência fática.**

Segundo se extrai dos autos, em 04.08.1999, a Sra. Joan Finch, Diretora do Deutsche Bank Internacional, enviou um fax a Hani Kalouti pedindo esclarecimentos acerca da origem dos recursos investidos e apontando que está cumprindo alguns procedimentos obrigatórios da legislação contra lavagem de dinheiro. Chama atenção o seguinte trecho do documento:

‘Uma revisão das contas das quatro empresas, sendo Sun Diamond (fechada atualmente), Durant, Macdoel e Kildare, mostra um considerável fluxo de fundos que claramente foi além do que se considera normal para um procedimento de custódia seguro. É prática normal de banco conhecer suficientemente os negócios financeiros de clientes, a fim de entender as transações que ultrapassam suas contas. A lista de pagamentos anexa indica que cerca de US\$200m foram recebidos e US\$80m pagos nesta base, de e para terceiros. Anexamos também um resumo dos totais pagos.

Juntamente com o fax são enviadas planilhas detalhadas de saques e créditos das mencionadas contas, contendo valores expressivos, tais como: (i) da Kildare Finance Ltd., a soma de débitos no valor de US\$ 66.125.439,00 e de créditos no valor de US\$ 1.664.661,00; (ii) da Sun Diamond Ltd., a soma de créditos no valor de US\$ 65.371.725,00; (iii) da Durant Internacional Corporation, a soma de créditos no valores de US\$ 135.289.551,49; (iv) e da Macdoel Investments Ltd., a soma de débitos no valor de US\$ 7.722.446,00 e de créditos no valores de US\$ 5.580.000,00’ (original e respectivas traduções no Apenso 134, telas 101/112).

Posteriormente, em 13.08.1999, a Sra Joan Finch enviou fax

para o escritório de advocacia Brunshwig Wittmer, aos cuidados de Jacques Wittmer, solicitando esclarecimentos sobre os fundos financeiros da família Maluf (original e respectiva tradução no Apenso 134, telas 113/116). Convém registrar que o referido escritório de advocacia foi contratado para dirimir eventuais litígios internacionais a envolver as contas bancárias e os fundos de investimentos das empresas relacionadas à família Maluf (conforme informação do Apenso 122, tela 284).

Em 27.08.1999, Flávio Maluf e Hani Kalouti enviaram um fax à Sra. Joan Finch respondendo aos questionamentos do Deutsche Bank Internacional. Junto a essa resposta, foram remetidas planilhas com a movimentação financeira da Macdoel Investments Ltd., da Kildare Finance Ltd., da Durant Internacional Corporation e da Sun Diamond Ltd., com comentários ao lado das operações financeiras (fax original e tradução no apenso 122, telas 303/311). Convém salientar trecho da resposta na qual consta expressamente o envolvimento de Paulo Maluf:

(...) Os pagamentos a terceiros representam: 1) distribuição de negócios fiduciários a um beneficiário principal pago ou por ordem deste beneficiário; ou 2) abatimento de empréstimo em um empréstimo (expresso como uma linha de crédito) feito para um beneficiário principal. O beneficiário principal em questão em todos os casos é Flávio Maluf.

Os pagamentos de terceiros representam: 1) dinheiro colocado nos negócios fiduciários por Paulo Maluf ou Flávio Maluf, ou 2) reembolso de empréstimo para Flávio Maluf. (grifei).

Na sequência, em 07.01.2000, Avril Kerr, funcionário do Deutsche Bank Internacional, remeteu um fax para a Sra. Joan Finch, funcionária da mesma instituição bancária, informando-lhe sobre a estrutura dos fundos de investimentos de propriedade da família Maluf e quanto foi investido em cada um deles até 11.01.2000. Chama a atenção o vultoso numerário registrado (fax original e tradução no Apenso 122, telas 312/319), cuja informação reproduzo a seguir:

Oryx Fund: US\$ 18.600.000,00

Latin American Infrastructure Fund: US\$ 32.115.000,00

Mercosurian Challenge Fund (DBMOF - Deutsche Bank Multiple Opportunities Funds): US\$ 30.800.000,00

Latinvest Fund (DBMOF - Deutsche Bank Multiple Opportunities Funds): US\$ 47.474.195,10

Amazon Horizon Fund: US\$12.750.000,00

Brazil Value Fund: US\$ 20.047.000,00

Foundland Investments Fund: US\$ 10.500.000,00.

Diante de tais elementos, em 15.03.2000, o Diretor de Conformidade do Deutsche Bank International, D. A. Endacott, enviou fax ao escritório de advocacia Brunschwig Wittmer, aos cuidados do Sr. Jacques Wittmer, apontando que as informações que lhes foram passadas por Flávio Maluf e Hani Kalouti não elucidavam as dúvidas do Banco Deutsche Bank Internacional (original e respectiva tradução no Apenso 134, telas 135/138). Como se não bastasse, no mesmo documento, informou que o Deutsche Bank Internacional já estava ciente de que o acusado Paulo Salim Maluf havia sido condenado no Brasil pelo cometimento de improbidade administrativa. Ao final, remeteu uma planilha com valores recebidos pela Sun Diamond Ltd., Durant Internacional Corporation, Macdoel Investmentes Ltd. e Kildare Finance Ltd., solicitando, novamente, a identificação da origem de cada um dos depósitos (original e respectiva tradução no Apenso 134, telas 139/158).

Em 02.05.2000, consta o registro de uma reunião entre o corpo diretivo do Deutsche Bank Internacional e o escritório de advocacia Wittmer para tratar sobre os bens da família Maluf. Segundo ata dessa reunião, a direção do mencionado Banco enfatizou que a permanência das contas da família Maluf na instituição estaria diretamente sujeita a declaração da origem dos depósitos realizados. Foi informado, ainda, que as contas da família Maluf **continuariam congeladas** até que o Banco recebesse tais esclarecimentos (consoante ata original da reunião e respectiva tradução no Apenso 134, telas 159/164).

Houve nova tentativa do escritório Wittmer, em 09.06.2000, por meio de fax enviado por Paul Gally Hurt e

Marcus Staff aos cuidados do Sr. David Endacott do Deutsche Bank Internacional, com o objetivo de esclarecer as dúvidas da instituição em relação às transações financeiras da família Maluf (fax original e tradução no apenso 122, telas 330/385).

Como as contas permaneciam paralisadas, em 18.01.2001, o Sr. Marcus Staff do escritório Wittmer enviou novo fax ao Deutsche Bank Internacional, dessa vez aos cuidados do Sr. Charles Millard-Beer e com cópia para Sra. Joan Finch, em mais uma tentativa frustrada de solucionar o impasse sobre o gerenciamento dos fundos da família Maluf (fax original e tradução no apenso 122, telas 321/323).”

Com efeito, intensifica-se a fragilidade da tese de que as contas no Deutsche Bank Internacional foram bloqueadas em 1999 e assim permaneceram ininterruptamente pelos anos seguintes em razão das diversas movimentações já colacionadas no acórdão condenatório que revelam inúmeras transferências bancárias da conta da Durant Internacional Corporation e da Kildare Finance Ltd que não se confundem com qualquer pagamento de taxa administrativa ou de honorários advocatícios. Em outras palavras, revelam movimentos que não só foram efetuados no interesse do embargante como, fazendo uso de pessoas intermediárias, a mando dele. Cito, de forma exemplificativa, os trechos abaixo:

“III.2.1. Sobre a DURANT INTERNACIONAL CORPORATION

(...)

III.2.1.c. Da conta N20745, do Banco Deutsche Morgan Grenfell CI, localizado na Ilha de Jersey, em nome da Durant Internacional Corporation

(...)

Ainda, há registro de transferência dessa conta da Durant Internacional Corporation para a conta da Kildare Finance Ltd. em 19.04.2002, no valor de US\$ 254.022,08, segundo extrato no apenso 136, tela 72.

(...)

III.2.2. Sobre a KILDARE FINANCE LTD.

(...)

III.2.2.c. Relação com outras contas

Embora não verse diretamente sobre as contas elencadas nos fatos da denúncia, entendo relevante consignar que, em 15.12.2000, Hani Kalouti solicitou a transferência de US\$ 900.000,00 da conta da Kildare Finance Ltd. no Banco DBI para a conta de referência "Red Bird" nas Ilhas Cayman. Nesse mesmo fax, Hani deixou claro que o beneficiário da conta que receberia a transferência era Flávio Maluf (fax original e respectiva tradução no Apenso 134, telas 280/281).

(...)

Em 19.04.2002, a conta da Kildare Finance Ltd. efetuou as seguintes transferências para os fundos de investimento: (i) Latininvest Fund, US\$ 15.000,00; (ii) Brazil Value Fund, US\$ 15.000,00; (iii) Oryx Fund, US\$ 10.000,00; (iv) Latinamerican Infrastructure Fund, US\$ 10.000,00; (v) Mercosurian Challenge Fund, US\$ 10.000,00; e (vi) Foundland Fund, US\$ 10.000,00 (conforme extrato no Apenso 136, tela 268).

Em 09.01.2003, a conta da Kildare Finance Ltd. realizou novas transferências para os fundos de investimento: (i) Latininvest Fund, US\$ 10.000,00; (ii) Brazil Value Fund, US\$ 5.000,00; (iii) Oryx Fund, US\$ 4.000,00; (iv) Latinamerican Infrastructure Fund, US\$ 9.000,00; (v) Mercosurian Challenge Fund, US\$ 8.000,00; e (vi) Foundland Fund, US\$ 22.000,00 (consoante extrato no Apenso 136, tela 259).

Já em 04.11.2003, a conta da Kildare Finance Ltd. efetuou as seguintes transferências para os fundos de investimento: (i) Latininvest Fund, US\$ 10.250,00; (ii) Brazil Value Fund, US\$ 6.250,00; (iii) Oryx Fund, US\$ 10.000,00; (iv) Latinamerican Infrastructure Fund, US\$ 9.500,00; (v) Mercosurian Challenge Fund, US\$ 9.250,00; e (vi) Foundland Fund, US\$ 26.500,00 (conforme extrato no Apenso 136, tela 248).

Em 14.06.2004, ocorreram mais transferências para os fundos de investimento: (i) Latininvest Fund, US\$ 5.000,00; (ii)

AP 863 ED / SP

Brazil Value Fund, US\$ 5.000,00; (iii) Oryx Fund, US\$ 5.000,00; (iv) Latinamerican Infraestrutura Fund, US\$ 5.000,00; (v) Mercosurian Challenge Fund, US\$ 5.000,00; e (vi) Foundland Fund, US\$ 11.000,00 (segundo consta do extrato no Apenso 136, tela 241).

Como se não bastasse, em 06.12.2004, foram registradas novas transferências para os fundos de investimento: (i) Latininvest Fund, US\$ 12.000,00; (ii) Brazil Value Fund, US\$ 6.000,00; (iii) Oryx Fund, US\$ 7.500,00; (iv) Latinamerican Infraestrutura Fund, US\$ 8.500,00; (v) Mercosurian Challenge Fund, US\$ 10.000,00; e (vi) Foundland Fund, US\$ 11.000,00 (conforme extrato no Apenso 136, tela 235).

Por fim, foi identificada uma transferência da conta da Kildare Finance Ltd. para o fundo de investimento Foundland Fund em 11.10.2005, no valor de \$10.000,00 (dez mil dólares), como consta do extrato no Apenso 136, tela 225."

Convém ressaltar que o rompimento temporal efetuado pelo embargante ao selecionar apenas os extratos que comprovam as movimentações posteriores a 29.09.2005 e enviá-los para exame e manifestação da instituição financeira tratou-se de medida adotada unilateralmente pelo recorrente e que, na forma como implementada, vai na contramão do que restou reconhecido pela maioria dos componentes do colegiado.

Isso porque, consoante fixado no aresto embargado, a Primeira Turma definiu que **o crime de lavagem de dinheiro é crime permanente**, servindo apenas de argumento de reforço a ideia de que, se fosse crime instantâneo de efeitos permanentes, ainda assim o 4º Fato não estaria prescrito, em razão de terem sido constatadas movimentações até o ano de 2006.

Destarte, para efeitos de exame da conduta delitiva, deve-se levar em conta todo o período desde a identificação dos primeiros atos de branqueamento, com o envio do dinheiro ilícito para a conta Chanani em janeiro de 1998, até o momento em que os valores que respaldaram a condenação do embargante foram descobertos pelas autoridades

brasileiras, ou seja, quando deixou de ser oculto. Todo esse conjunto concatenado de operações corresponde a um fato criminoso único e que, portanto, não pode ser fracionado, como o fez a defesa.

Eis o teor do voto que proferi, no excerto pertinente:

“Quanto ao quarto fato, não há prescrição a ser reconhecida, quer **pela natureza permanente do crime de lavagem de bens**, direitos ou valores quando praticado na modalidade "ocultar", quer porque, **ainda que se o considere crime instantâneo**, diversas ações foram praticadas em momentos que não estão acobertados pelo manto da prescrição.

Perceba-se que, ao contrário do que ocorre em relação aos demais fatos, a imputação delimita o período durante o qual se deu a ocultação de dinheiro no exterior por parte do acusado, apontando sua ocorrência entre os anos de 1997 e 2006, fazendo-o nos seguintes termos:

4º FATO DELITUOSO: consta, também, dos anexos documentos encaminhados por intermédio de cooperação jurídica internacional em matéria penal estabelecida entre o Estado Brasileiro e a Ilha de Jersey que, entre os anos de 1997 e 2006, PAULO SALIM MALUF, FLAVIO MALUF, SYLVIA LUTFALLA MALUF, JACQUELINE DE LOURDES COUTINHO TORRES, LIGIA MALUF CU RI ou LIGIA LUTFALLA MALUF, LINA MALUF ALVES DA SILVA, OTAVIO MALUF e HANI B. KALOUTI, com unidade de desígnios e identidade de propósitos, livre e conscientemente ocultaram e dissimularam a origem, a natureza e a propriedade de valores provenientes de crimes contra a administração pública [corrupção passiva] praticados no bojo de uma bem engendrada organização criminosa, valendo-se, para a consecução de tal desiderato, da (i) conta corrente ...

Após o detalhamento das contas bancárias e movimentações, descreve a denúncia a classificação jurídica dos fatos imputados ao acusado, e aos então corréus, nos seguintes termos:

‘bem como livre e conscientemente movimentaram e transferiram tais valores com a finalidade de ocultar e

dissimular a sua utilização, incorrendo todos, por conseguinte, no artigo 1º, incisos V e VII e no artigo 1º, parágrafo primeiro, inciso II c.c. o artigo 1º, parágrafo quarto, todos da Lei nº 9.613/1998'

Verifica-se que, quanto a esse conjunto de fatos, há expressa inclusão na denúncia de condutas que perduraram até o ano de 2006.

Desde logo, pedindo vênias às compreensões em sentido contrário, assento compreensão de que o crime de lavagem de bens, direitos ou valores praticado na modalidade de **ocultação, tem natureza de crime permanente.**

Sendo assim, o prazo prescricional tem sua contagem iniciada, no termos do art. 111, III, do Código Penal, "do dia em que cessou a permanência", ou, mais precisamente, como constou do voto do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, a quem sucedi na relatoria desse feito, do "...dia 11 de maio de 2006, em que o órgão acusador tomou conhecimento, por meio de comunicação oficial proveniente do Departamento de Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, da volumosa documentação enviada ao Brasil pelas autoridades de Jersey (fls. 101-102)" (fls. 2.627).

Entendo, portanto, conforme assentado pelo Pleno deste Supremo Tribunal Federal ao receber a denúncia, ao menos quanto ao quarto conjunto de fatos, segundo a qual a contagem do prazo prescricional somente se iniciou no dia em que a existência dos valores ilícitos ocultos em contas situadas fora do país tornou-se conhecida por parte das autoridades brasileiras, possibilitando-se a persecução penal, tal direção deve ser mantida também neste momento processual em que se faz análise aprofundada do tema.

Como se sabe, ao contrário dos delitos instantâneos, cuja ação ocorre num momento específico e bem delimitado, nos crimes permanentes, como bem salientado por **Paulo César Busato**, a ação segue em curso enquanto dura a permanência, razão pela qual todo esse tempo é considerado tempo do crime, devendo ser computado como momento exato aquele em que cessa a permanência, inclusive a efeito de prescrição (art. 111, inciso III, do Código Penal).

(Direito penal parte geral. São Paulo : Atlas, 2013, p. 145).

Tratar essa modalidade delitiva como crime permanente decorre da constatação segundo a qual quem oculta a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes de crime, enquanto os mantiver oculto, ou seja, escondidos, permanece realizando a conduta correspondente a esse verbo núcleo do tipo. Ocultar, portanto, não é uma ação que se realiza apenas no momento inicial do encobrimento, mas é ação que perdura enquanto escondido estiver o objeto material do crime, máxime quando o autor detém o poder de fato sobre referido objeto.

Por essa razão, a despeito das discussões a respeito do bem jurídico tutelado pelo legislador com a tipificação do crime de lavagem, como a atividade delitiva violadora do bem jurídico tutelado se prolonga no tempo, impende reconhecer que este, o bem jurídico, permanece sendo violado enquanto não cessa a atividade delitiva.

A característica básica dos delitos permanentes, portanto, está na circunstância de que a execução desses crimes não se dá num momento definido e específico. A execução dos crimes permanentes ocorre num alongar temporal. Quem oculta e mantém ocultada alguma coisa, permanece ocultando-a até que conhecida a coisa se torne.

A caracterização de crimes cujo verbo núcleo do tipo é ocultar como permanente não é exclusividade do delito de lavagem de dinheiro.

O direito penal pátrio tipifica a ocultação de uma série de objetos materiais, em circunstâncias várias, com a conseqüente majoritária classificação doutrinária dessas condutas como modalidades permanentes de violação dos respectivos bens jurídicos.

Tome-se, por exemplo, o delito de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal, o qual vem assim tipificado, sem grifos no original:

*Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou **ocultar**, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou*

influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Conforme doutrinariamente aceito, o crime de receptação é instantâneo (cujo resultado se dá de maneira instantânea, não se prolongando no tempo), **salvo na modalidade 'ocultar'**, que é permanente (delito de consumação prolongada). A ocultação tem a peculiaridade de significar o disfarce para algo não ser visto, sem haver a destruição. Por isso, enquanto o agente estiver escondendo a coisa que sabe ser produto de crime, consuma-se a infração penal (NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 15 ed. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 1004).

Da mesma forma, o art. 211 do Código Penal prevê, dentre os verbos núcleos do crime de ocultação de cadáver, justamente o "ocultar", nos seguintes termos, sem grifos no original:

*Art. 211 - Destruir, subtrair ou **ocultar** cadáver ou parte dele:*

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Tradicionalmente a doutrina e a jurisprudência, inclusive desta Suprema Corte, considera ser permanente o delito do art. 211 do Código Penal quando praticado com a ação típica correspondente ao verbo **ocultar**.

Nesse sentido, sem grifos no original:

*HABEAS-CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA MENOR, COM QUATRO ANOS DE IDADE, E OCULTAÇÃO DE CADÁVER. ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DO CRIME DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA E INCOMPATIBILIDADE ENTRE QUALIFICADORAS E AGRAVANTES. 1. Retirar o cadáver do local onde deveria permanecer e conduzi-lo para outro em que não será normalmente reconhecido caracteriza, em tese, **crime de ocultação de cadáver**. A conduta visou evitar que o homicídio fosse descoberto e, de forma manifesta, destruir a prova do delito. **Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não simplesmente remover, sendo irrelevante o tempo em que o cadáver esteve escondido. Crime consumado, que pode ser apenado em concurso***

com o de homicídio. 2. Sentença de pronúncia que atende às exigências mínimas do artigo 408 do CPP e suficientemente fundamentada. A pronúncia, sentença processual que é, deve conter apenas sucinto juízo de probabilidade, pois, se for além, incidirá em excesso de fundamentação, o que pode prejudicar a defesa do paciente. 3. Os crimes imputados e as qualificadoras constam da denúncia e seus aditamentos. Na pronúncia o Juiz não deve excluir as qualificadoras, salvo as manifestamente improcedentes, levando em conta que não é de rigor nem recomendável cuidar de circunstâncias agravantes ou atenuantes, que permanecerão no libelo crime acusatório a fim de serem submetidas ao soberano Tribunal do Júri. 4. Habeas-corpus conhecido, mas indeferido. (HC 76.678, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, j. 29.06.1998).

Do corpo do voto condutor, da lavra do saudoso Ministro Maurício Corrêa, colhe-se o seguinte trecho, por elucidativo:

Trata-se de crime permanente que subsiste até o instante em que o cadáver é descoberto, pois ocultar é esconder, e não, simplesmente, remover, como pretendem os impetrantes, sendo irrelevante para a incidência do tipo o tempo em que o cadáver esteve escondido sob o veículo estacionado em via pública...

A mesma consideração deve ser transposta para o delito de lavagem, na modalidade de ocultação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime. Afinal, é a natureza da ação praticada, que se prolonga no tempo ou não, correspondente ao verbo do qual o legislador se valeu para descrever o crime, que define a natureza instantânea ou permanente do delito.

O crime de lavagem de dinheiro na modalidade ocultar, portanto, é igualmente permanente e subsiste até o instante em que os valores provenientes dos crimes antecedentes sejam descobertos.

Nessa direção, são precisas as considerações do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, no voto condutor do acórdão que recebeu a denúncia:

‘Acrescento, ainda, que não vislumbro nenhuma violação

ao princípio constitucional que proíbe a retroação da lei penal. É que a lavagem de capitais, ao contrário do alegado por alguns dos acusados, configura crime de natureza permanente.

Com efeito, enquanto os bens ou valores encontrarem-se escondidos ou camuflados por obra do agente, a consumação do delito projeta-se no tempo, pois remanesce íntegra a agressão ao objeto jurídico protegido pelo legislador, em especial a administração da justiça.

Esse é o entendimento de parcela significativa dos doutrinadores, com destaque para MÁRCIA MOUGENOT BONFIM e EDILSON BONFIM, MARCO ANTÔNIO DE BARROS, RODOLFO TIGRE MAIA e GUILHERME DE SOUZA NUCCI, para quem o delito de lavagem de capitais:

é crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa; material (depende da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para o Estado ou para a sociedade, consistente em perdas no campo tributário, financeiro, econômico etc.); de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente; comissivo (os verbos indicam ações; permanente (a consumação se prolonga no tempo, enquanto os bens, valores e direitos estiverem camuflados); unissubjetivos (pode ser cometido por uma só pessoa); plurissubsistente (praticado em vários atos).

Nesse sentido, a analogia com o tipo ocultar da receptação do art. 180 do Código Penal, construída por MARCELO BLATOUNI MENDRONI, parece muito feliz. Confira-se:

(...) valemo-nos do caso da receptação dolosa (artigo 180, caput, do Código Penal), que, assim como a lavagem de dinheiro, deve ser originária ou proveniente de outro crime contra o patrimônio. (...) A jurisprudência nacional já sedimentou a interpretação em relação à natureza de crime permanente da ocultação. (...) a partir desta analogia, inatacável o fato de que, assim como o ocultar da receptação caracteriza-se pela permanência delituosa, o ocultar da lei de lavagem de dinheiro também prima pela sua manutenção ou sustentação no decurso do tempo, vale dizer, admite a ocorrência de estar ou manter ocultando. (fls. 2.592/2.594).

De qualquer forma, ainda que assim não fosse, não estaria prescrito o crime narrado no quarto fato mesmo que se considerasse instantânea, de efeitos permanentes, a ação de ocultar os bens, direitos e valores.

Isso porque, mesmo parte da doutrina que entende consumir-se o delito de lavagem apenas no momento em que ocorre o encobrimento dos valores, compreendendo a permanência do escamoteamento mera consequência do ato inicial, reconhece que, se houver por parte do agente novas movimentações financeiras, estas últimas são atos subsequentes de uma mesma lavagem que se iniciou com o mascaramento inicial.

Nessa linha, Gustavo Henrique Badaró e Pierpaolo Cruz Bottini, após sustentarem a natureza instantânea do crime de lavagem, mesmo quando praticado na modalidade de ocultação, e, por essa razão, compreenderem que não são colhidos pela lei nova as ocultações ocorridas antes de sua vigência, mesmo que os valores permaneçam ocultos quando da entrada em vigor da lei nova mais grave, explicitam, sem grifos no original, que:

*"... a identificação do ato inicial de ocultação com a consumação instantânea da lavagem de dinheiro não assegura a atipicidade de qualquer operação sobre bens escamoteados antes da vigência do novo texto legal. Ainda que à época dos fatos a ocultação desses bens não constituísse lavagem de dinheiro, porque as infrações penais que a eles deram origem não estavam elencados na lei como antecedentes, **cada nova movimentação destes mesmos recursos com intuito de aprofundar a dissimulação será um novo ato típico, sobre o qual incidem as regras vigentes. Cada conduta positiva de mascaramento afeta com mais intensidade a administração da Justiça, pois distancia ainda mais os bens de sua origem e dificulta seu rastreamento. A lesão à administração da Justiça se renova a cada transação, caracterizada, como mencionado, sempre como uma nova consumação de lavagem de dinheiro que absorve a anterior pela identidade de valores/bens, e por se situar na mesma linha de desdobramento. E para cada nova***

consumação, como novo delito que absorve o anterior, valem as regras em vigor no momento de sua realização, ainda que mais duras que as anteriores. (**Lavagem de dinheiro**. 3 ed. São Paulo : RT, 2016, p. 137).

No caso, quanto ao quarto fato narrado, a despeito de a ocultação dos valores provenientes de crime contra a administração pública ter-se iniciado em 15.01.1998, conforme se extrai dos extratos acostados ao Apenso 125, telas 260/262, e se prolongado até o dia 11 de maio de 2006, data em que o Ministério Público tomou conhecimento dos fatos, ainda que se tome apenas o ato inicial de execução como o momento consumativo único, pela consideração de sua natureza instantânea, não se pode desconsiderar que, pelo menos até 03.05.2006, inúmeras movimentações desses valores foram levadas a efeito, tal como descritas na denúncia, em atividade de reforço **comissivo** (e não meramente omissivo) à violação do bem jurídico tutelado pelo tipo de lavagem de dinheiro. Essas movimentações serão explicitadas em tópico posterior, mas para o efeito de demonstrar a não ocorrência da prescrição quanto ao quarto fato, ainda que considerado instantâneo o crime de lavagem de dinheiro, colho trecho da denúncia que descreve as últimas movimentações detectadas, a partir dos recursos da KILDARE FINANCE LTD. no Deutsche Bank Internacional, redirecionados à empresa Eucatex:

Em 21/01/2005 foi paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 3.051,61 (três mil e cinqüenta e um dólares e sessenta e um centavos) (cf. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 229). Em 24/01/2005 foi paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 2.037,27 (dois mil e trinta e sete dólares e vinte e sete centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 229). Em 04/02/2005 foi paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 1.750,77 (mil setecentos e cinqüenta dólares e setenta e sete centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 228). Em 12/04/2005 foi paga, ao Lloyds Bank, taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 1.338,85 (mil trezentos e trinta e oito dólares e oitenta e cinco centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01,

p. 225). Em 03/06/2005 foi paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 625,30 (seiscentos e vinte e cinco Dólares e trinta centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 224). Em 28/06/2005 foi paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 1.382,22 (mil trezentos e oitenta e dois dólares e vinte e dois centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 224). Em 26/10/2005 é paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 2.863,51 (dois mil, oitocentos e sessenta e três dólares e cinquenta e um centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 220). Em 04/11/2005 são pagos US\$ 1.287,52 (um mil duzentos e oitenta e sete dólares e cinquenta e dois centavos) ao escritório de advocacia Pinheiro Neto, referentes à concordata da EUCATEX (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 219). Em 31/01/2006 são pagas as taxas referentes à concordata da EUCATEX, quais sejam: US\$ 1.328,03, US\$ 709,66 e US\$ 526,86 (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 217). E mais: em 03/05/2006 são pagas as taxas referentes à concordata da EUCATEX, quais sejam: US\$ 8.665,49, US\$ 8.660,75 e US\$ 636,78 (cf. doc. JERSEY CD 190, v. 01, p. 213). Em 07/12/2006 é paga taxa referente à concordata da EUCATEX, no valor de US\$ 2.796,40. O saldo da Kildare Finance Ltd em 30/06/2006 é US\$ 322.563,60 (trezentos e vinte e dois mil e sessenta e três Dólares e sessenta centavos) (cf. doc. JERSEY - CD 190, v. 01, p. 250) (fls. 60, do volume 1).

Sendo assim, considerando que há fatos imputados ao acusado que teriam ocorrido, pelo menos até o dia 03 de maio de 2006, imperioso considerar que não se consumou a prescrição, tendo em vista a interrupção ocorrida em 29.09.2011, quando do recebimento da denúncia (art. 117, I, do Código Penal).

Esclareço que tomo o dia 03 de maio de 2006 como última data em que houve movimentação provada nos autos, embora a descrição da denúncia mencione um ato realizado em 07.12.2006, por tratar-se, essa última, de erro material, já que a data correta da descrição ali mencionada é 07.12.2005, conforme se vê do documento contido na tela 223 do apenso 136.”

Ademais, ainda que se considerasse como crime instantâneo de efeitos permanentes, o que, com já mencionado, funcionou apenas como argumento de reforço, do trecho acima se extrai que se há novas movimentações futuras, há novo ato de ocultação e, por conseguinte, a prescrição começa a correr a partir desse novo ato. Isso significa que os documentos apresentados pelo embargante, caso pudessem ser usados como prova nessa fase e se fosse indiscutível seu conteúdo, só afastaria a tese subsidiária do voto, mas não a principal. **Pela tese principal, quem oculta permanece ocultando até que a coisa se torne conhecida.**

Cumpra colacionar, nessa toada, os votos proferidos pelos demais membros que me acompanharam nesse tópico:

“O verbo “ocultar” é indicativo de permanência, em razão de a lesão ao bem jurídico tutelado ocorrer a cada momento, enquanto permanecer oculto o que se pretendeu ocultar, ou seja, enquanto durar a permanência. Assim, enquanto o dinheiro, objeto material do crime, estiver oculto, considera-se que o crime está sendo consumado. De modo que, apenas quando cessar a atividade criminosa, a prescrição começará a correr, nos termos do art. 111, III, do Código Penal.” (Voto do Min. Luís Roberto Barroso, grifei)

“11. Sem embargo das respeitadas posições em contrário e enaltecendo os judiciosos argumentos dos pareceristas e da defesa técnica, concludo que prescrição não se consumou com relação a esse quarto conjunto de fatos por duas razões, muito bem analisadas pelo eminente Relator: (i) a cessação do estado de permanência do delito – verbo nuclear ocultação – ocorreu em 2006, data em que descobertos, por fiscalização estatal, os recursos no exterior (artigo 111, III, do CP). Só a partir desse evento – a descoberta dos recursos - o que era oculto deixou de ser oculto, portanto, só a partir daí a inércia, predicado da prescrição, iniciou seu fluxo; (ii) parte dos valores ocultos foram movimentados ao menos até maio de 2006, vale dizer, a par da ocultação, houve circulação dos valores, ou seja,

concomitantemente à ocultação, houve violação comissiva – circulação - do tipo penal de lavagem.” (Voto da Min.^a Rosa Weber, grifei)

“Alega que transferir o início do curso da prescrição para o momento da descoberta dos recursos pelas autoridades fiscalizadoras equivaleria a criar hipótese de crime imprescritível. Não há de se cogitar de crime imprescritível, mas sim de permanência da prática delitiva, tendo em vista as características do crime de lavagem e as sucessivas operações realizadas para o fim de evitar a descoberta da origem criminosa dos recursos disponíveis em contas mantidas em segredo no exterior. A doutrina define como crimes permanentes aqueles cuja consumação se prolonga no tempo, por vontade do autor.” (Voto do Min. Luiz Fux, grifei)

O fato de ter havido, em dado momento, bloqueio administrativo dos valores não retirou a propriedade desse montante de seus reais proprietários que não informaram às autoridades brasileiras, como a Receita Federal e o Banco Central, ano a ano, a existência desses valores, como estavam legalmente obrigados. Logo, a omissão se renovou anualmente, ainda que as movimentações posteriores ao bloqueio eventualmente não pudessem ser imputadas ao embargante.

Sobre esse ponto, asseverei no voto que proferi:

“No apenso 124, telas 95, 171/172, resta comprovado que nem Paulo Salim Maluf, nem os demais denunciados que estão respondendo perante o primeiro grau de jurisdição, declararam às autoridades fazendárias qualquer titularização de fundos de investimento no exterior, nem mesmo de empresas offshore, assim como não mencionaram compras e vendas de artigos de joalheria e obras de arte no estrangeiro.”

1.3. Quanto à alegação de que, ainda que se entenda o delito de lavagem de dinheiro como um crime permanente, as autoridades

AP 863 ED / SP

brasileiras tomaram conhecimento sobre a existência dessas contas e valores da Ilha de Jersey já em 1999, sendo que em 2001 foi ajuizada uma ação cautelar de sequestro desses valores pelo *Parquet* paulista, sem razão do embargante.

Princípio consignando que, como se extrai da inicial da Ação Cautelar de Sequestro 0024832-07.2001.8.26.0053 e dos documentos que a acompanharam (apenso 142, telas 167/197), não há, em nenhum momento, menção qualquer sobre as contas e fundos que acarretaram a condenação do embargante no feito em mesa.

Naquela oportunidade, segundo se extrai da referida inicial cautelar, o Ministério Público de São Paulo tomou conhecimento junto às autoridades da Ilha de Jersey sobre a existência de valores pertencentes à família Maluf que estariam lá depositados, mas que não se confundem com as contas e fundos descritos no 4º Fato da denúncia.

Pelo contrário, da referida inicial é possível verificar que o *Parquet* estadual tratou de outras contas bancárias, bem como mencionou ter notícia da existência de **possíveis** valores no Deutsche Morgan Grenfell (que é o Deutsche Bank Internacional), mas **dos quais não só não tinha certeza como almejava, com a referida ação, buscar maiores informações**. Da mencionada peça, chamo atenção para o seguinte trecho:

“Como se vê, a partir do ofício transcrito, foram espancadas todas as dúvidas sobre a existência das contas. As empresas RED RUBY e BLUE DIAMOND, *offshores* pertencentes a PAULO SALIM MALUF, seriam proprietárias dos valores, que foram depositados no CITIBANK SWITZERLAND e depois transferidos para o CITIBANK NA de Jersey em 09/01/1997. Há, ainda, notícia **ainda não confirmada** no sentido de que atualmente todos os valores, vinculados a um trust, encontram-se bloqueados no DEUTSCHE MORGAN GRENFELL, instituição financeira também localizada em Jersey.

(...)

As mensagens eletrônicas enviadas e recebidas pelas

autoridade policiais e ministeriais de Jersey e as autoridades de inteligência financeira e ministeriais brasileiras, bem como os ofícios anexos (todos traduzidos por tradutores juramentados) encaminhados pelo *Law Officers Department*, pelo *Bundesamt für Polizeiwesen* e pela Procuradoria Geral de Genebra, demonstram a contento a existência de contas em instituições bancárias no exterior em favor das empresas RED RUBY e BLUE DIAMOND, ambas pertencentes a PAULO SALIM MALUF, cujos beneficiários seriam, além do próprio ex-prefeito, os Srs. FLÁVIO MALUF, SYLVIA LUTFALLA MALUF, LIGIA MALUF CURI, LINA MALUF ALVES DA SILVA, OTAVIO MALUF e JACQUELINE DE LOURDES COUTINHO TORRES MALUF.”

Logo, quando da propositura da referida ação cautelar, as autoridades brasileiras ainda não tinham conhecimento sequer da real existência de valores de propriedade do embargante no Deutsche Bank Internacional, quanto mais de quais eram as contas bancárias e os fundos de investimento.

Aliás, foi justamente em decorrência da decisão judicial proferida em sede de liminar na referida ação cautelar que restou expedida a carta rogatória à Ilha de Jersey, a fim de que as autoridades lá sediadas repassassem ao Brasil detalhes de todos os valores que lá estavam e que pertenciam à família Maluf (apenso 142, telas 199/201).

Foi assim que, somente de 11 de maio de 2006, como restou consignado no acórdão que recebeu a denúncia, que as autoridades brasileiras tomaram ciência de que havia valores depositados no Deutsche Bank Internacional, bem como descrição de quais eram as contas e fundos vinculados à família Maluf.

Ganha força a constatação de que os valores que embasaram a inicial da Ação Cautelar de Sequestro 0024832-07.2001.8.26.0053 não se confundem com aqueles que corroboraram a condenação no presente feito o fato de que, mesmo depois da liminar de bloqueio judicial lá concedida em 22.11.2001, foram registradas movimentações financeiras nas contas e fundos descritos no 4º Fato da denúncia. Como registrou o

AP 863 ED / SP

Min. Luiz Fux em seu voto, quando da condenação:

“Embora não admitindo a autoria ou materialidade do delito, a defesa menciona ao menos duas movimentações, ocorridas em 05/06/2002 e 14/05/2004. Argumenta, porém, que as autoridades brasileiras já teriam conhecimento da existência das contas bancárias no exterior desde 2001, quando formularam Ação Cautelar de Sequestro dos bens mantidos junto aos bancos Citibank e Deutsche Bank em Jersey. Constatase, por esta linha cronológica, que as operações voltadas à ocultação da origem ilícita tiveram continuidade inclusive depois do referido pedido de sequestro, mencionado pela defesa. Além disso, extrai-se da denúncia - e está devidamente documentado nos autos (doc. Jersey - CD-Pasta Digitalizada, v. 02) - que o réu movimentou, da conta da KILDARE para a conta do fundo BRAZIL VALUE, o montante de US\$ 32 mil dólares americanos, entre 14/04/2002 e 06/02/2004; em 19/04/2004, a conta da KILDARE recebeu da conta da DURANT o montante de US\$ 254.022,08; entre 19/04/2002 e 06/12/2004, a KILDARE aplicou US\$ 34.250,00 no Fundo MERCOSURIAN; em 16/09/2004, a KILDARE pagou US\$ 15.626,00 a escritório de advocacia, referentes à concordata da EUCATEX. Todas essas contas, de que o réu era beneficiário (através de seus filhos e genro), eram mantidas junto ao mesmo banco - Deutsche Bank de Jersey. Colhe-se da denúncia toda uma série de operações realizadas a partir da conta da KILDARE nos anos de 2002, 2003 e 2004 (fls. 59; fls. 66/70), a evidenciar que o início das investigações da prática criminosa não interromperam o delito de lavagem de dinheiro.” (grifei)

Por fim, como fiz constar do voto que proferi, o pleito de bloqueio judicial em ação cautelar de sequestro das contas relacionadas às *offshores* Durant Internacional Corporation e Kildare Finance Ltd na Ilha de Jersey somente ocorreu em 2009:

“Ainda, esclareço que na inicial da ação civil pública relativa aos

fatos ora em comento (apenso 139, telas 162/280), consta a informação de que em 27.03.2009, a Municipalidade de São Paulo propôs duas demandas na Ilha de Jersey: uma de natureza cautelar, a fim de bloquear o valor de US\$ 22.000.000,00 em ações vinculadas à empresa offshore Kildare, e uma demanda principal em face da Durant Internacional Corporation e da Kildare com o objetivo de repatriar o valor que foi desviado (dado informado no apenso 139, telas 168/169)."

Ao fim e ao cabo, de tudo que foi acima exposto e enfrentado, percebe-se que a pretensão do embargante é, a bem da verdade, apresentar manifesta inovação argumentativa e probatória, o que é inviável, à luz do instituto da preclusão, bem como descabido em sede de embargos de declaração.

Sobre o tema, é pacífica a jurisprudência da Corte:

Ementa: Processual penal. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Continuidade delitiva. Inovação de argumentos em embargos declaratórios. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que "o exame acerca da continuidade delitiva importa em revolvimento de matéria fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus" (HC 101.733, Red. p/ o acórdão o Min. Edson Fachin). Precedentes. 2. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que "os embargos de declaração devem apontar omissão ou contradição na decisão impugnada e não inovar matéria até então estranha à discussão dos autos" (AI 840.588-AgR, Rel^a. Min^a. Ellen Gracie). 3. Agravo regimental desprovido. (RHC 135146 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 02/06/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-133 DIVULG 19-06-2017 PUBLIC 20-06-2017, grifei)

Ementa: PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE

DECLARAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DA DECISÃO RECORRIDA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.

1. Não merecem acolhimento embargos declaratórios que, a pretexto de sanar omissões da decisão embargada, traduzem, na verdade, o inconformismo do embargante com a conclusão adotada. Precedentes. 2. Embargos declaratórios rejeitados. (AP 512 AgR-ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 10/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 02-05-2014 PUBLIC 05-05-2014)

Antes o exposto, inexistindo qualquer ilegalidade flagrante ou manifesta teratologia na decisão atacada, não há que se falar em concessão de *habeas corpus* de ofício.

2. Dos vícios propriamente relacionados aos aclaratórios

2.1. O embargante afirma que o acórdão condenatório está eivado de obscuridade, uma vez que o mesmo valor que teria sido recebido pelo embargante, descrito no 4º Fato, teria também sido maquiado com a conversão em ativo lícito em 1998, conforme narrado no 5º Fato, de modo que não poderia, ao mesmo tempo, continuar sendo objeto de lavagem após esse marco temporal.

Em que pese a irrisignação do recorrente, colho do acórdão condenatório que a matéria foi devidamente enfrentada pela Corte, de modo que a argumentação ora apresentada revela mero inconformismo com a conclusão adotada, o que não encontra amparo para debate em embargos declaratórios.

Colho do voto que proferi:

“Por outro lado, embora o quarto fato e o quinto tenham sido praticados por meio das mesmas contas e fundos de investimento, como se percebe do que exposto no relatório, são fatos distintos que não se confundem.

A narrativa do quarto fato se refere a atos de ocultação e dissimulação de valores provenientes do crime de corrupção

passiva por meio operações em contas e fundos de investimentos situados na Ilha de Jersey. Já no quinto fato, imputa-se ao acusado a prática da conversão de ativos ilícitos em ativos aparentemente lícitos de US\$ 92.258.077,29 (noventa e dois milhões, duzentos e cinquenta e oito mil, setenta e sete dólares norte-americanos e vinte e nove centavos) em debêntures conversíveis em ações da pessoa jurídica EUCATEX S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO.

São fatos distintos e praticados em momentos distintos, razão pela qual não procede a alegação da defesa quando pretende que o quarto fato siga a sorte do quinto.”

Em igual sentido, assentou o Ministro Luís Roberto Barroso em seu voto:

“32. O 4º fato delitivo não se confunde totalmente com o 5º fato delitivo como quer fazer crer a Defesa. Embora guardem alguma semelhança, as condutas são distintas. 33. O 4º fato delitivo envolve as seguintes condutas: PAULO MALUF, entre 1997 e 2006, teria se utilizado de 12 contas nas Ilhas Jersey, identificadas às fls. 3.849/3.849v, para ocultar e dissimular origem, natureza e propriedade dos recursos ilícitos e movimentado e transferido tais recursos, com o fim de ocultar e dissimular sua utilização. 34. Por sua vez, o 5º fato delitivo abarca dois conjuntos de condutas: PAULO MALUF, entre 29.07.1997 e 30.07.1998, na qualidade de representante e beneficiário da pessoa jurídica KILDARE FINANCE LTD, registrada nas Ilhas Virgens Britânicas em 21.11.1996, nº 206924, e dos fundos de investimento LATINVEST FUND, MERCOSURIAN CHALLENGE FUND e BRAZIL VALUE FUND, todos do Banco Deutsche Bank International, localizados na Ilha Jersey, teria: (i) convertido ativos ilícitos em lícitos, por meio da aquisição de debêntures conversíveis em ações da pessoa jurídica EUCATEX S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO, em um valor de US\$ 92.258.077,29, com o fim de dissimular a sua utilização. No mesmo período, (ii) teria

ocultado e dissimulado a origem, natureza e propriedade dos recursos ilícitos, por intermédio dos fundos ORYX FUND, LATIN AMERICAN INFRAESTRUTURE FUND, MERCOSURIAN CHALLENGE FUND, LATINVEST FUND, BRAZIL VALUE FUND, AMAZON HORIZON FUND e FOUNDLAND INVESTMENT FUND. 35. A segunda parte do 5º fato pode até se confundir parcialmente com o 4º fato, uma vez que possuem os mesmos núcleos do tipo – ocultar e dissimular (a origem de recursos ilícitos) -, e se referem às mesmas contas bancárias localizadas na Ilha de Jersey. No entanto, o 4º fato não se confunde com o 5º fato, uma vez que se prolongou até 2006, enquanto a conduta do 5º fato cessou em 30.07.1998. 36. Por essas razões, tenho que o 4º fato não se confunde com o 5º fato e a pretensão punitiva estatal permanece hígida quanto ao primeiro.” (grifei)

Destarte, inexistente a obscuridade apontada.

2.2. Igualmente, o embargante alega a ocorrência de omissão, porquanto *“as movimentações financeiras (...) só poderiam ser esclarecidas por peritos contábeis, em atendimento ao art. 158 e seguintes do Código de Processo Penal”,* bem como *“em se tratando de acusação cuja suposta prática delituosa deixou vestígios (...), a elaboração de prova pericial é uma garantia tando ao regular desfecho do caso – em respeito ao devido processo legal -, como ao acusado – em acatamento ao contraditório e a ampla defesa”.*

Novamente, intenta o recorrente ver rediscutido ponto que foi enfrentado e rechaçado pelo colegiado.

Por brevidade, colaciono os trechos relevantes do acórdão condenatório sobre o tema em questão:

“Como se sabe, a prova pericial tem lugar quando o magistrado, para a compreensão de um fato, necessita da opinião de um ou mais especialistas em determinada área do conhecimento humano. O próprio art. 159, § 7º, do CPP deixa nítido que a prova pericial está atrelada à necessidade de colaboração de detentores de conhecimento

especializado, ao dispor que, em se tratando de "...perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico".

Assim, por exemplo, para decidir sobre uma determinada *causa mortis*, se de origem criminosa ou não, como o juiz não detém conhecimentos médicos, exige a lei, com as cautelas previstas nos arts. 159 e seguintes do Código de Processo Penal, que se valha da opinião técnica de especialistas.

A prova pericial, portanto, no dizer de Eugênio Pacelli de Oliveira "... é uma prova técnica, na medida em que pretende certificar a existência de fatos cuja certeza, segundo a lei, somente seria possível a partir de conhecimentos específicos" (Curso de processo penal. 3 ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 418).

O "Parecer Técnico" encartado no apenso 120, a despeito de se auto qualificar de "técnico", não ostenta a característica de prova pericial. Trata-se, simplesmente, da descrição e compilação dos documentos acostados nos outros 140 volumes apensos aos autos principais.

A atividade nele desenvolvida, embora útil, por servir de compilação de inúmeros documentos, não envolve conhecimento técnico propriamente especializado. Trata-se de atividade que pode ser realizada pelas partes diretamente, bem como pelo juízo, sem a necessidade de um conhecimento científico especializado.

A materialidade delitiva está provada pelos documentos contidos nos autos e não pela descrição e compilação no parecer. Não há, rigorosamente, qualquer opinião técnica especializada nele contida que possa influir na compreensão sobre a existência ou não da atividade criminosa." (Voto por mim proferido. Grifei)

"Desnecessário, para fins de comprovação da materialidade do delito de lavagem de capitais no caso concreto, prova pericial aos moldes exigidos pelos artigos 158 e seguintes do CPP. O "Parecer Técnico" que subsidia a acusação

sequer é uma perícia propriamente dita, pois apenas condensa, em forma de documento (artigo 232 do CPP), elementos de prova preexistentes nos próprios autos. Prescindível, no caso, o auxílio de expert, na medida em que os dados consolidados no citado “Parecer Técnico” permitem realizar a subsunção de fatos às normas, atividade intrinsecamente jurisdicional, independentemente de qualquer conhecimento técnico especializado.” (Voto da Min.^a Rosa Weber, grifei)

“3. Ademais, não há dúvida acerca de ponto pertinente da controvérsia a reclamar a produção da prova pericial. Seria o caso de perícia se, por exemplo, dos dados bancários obtidos, não restasse claro o caminho do dinheiro em razão de manobras contábeis. Nesta hipótese, seria necessário conhecimento técnico específico sobre o assunto para esclarecer os fatos, e, portanto, a realização de uma perícia.

4. Na presente ação penal, os dados bancários juntados nos apensos demonstram claramente a materialidade do crime de lavagem de dinheiro, prescindindo-se de qualquer outro esclarecimento técnico a seu respeito.

5. Assim, a produção da prova pericial é absolutamente desnecessária, devendo ser indeferida com base no art. 400, §1º, do CPP. Diligências desnecessárias atrasam a persecução penal e violam o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CF) . Essa é a razão de ser do dispositivo citado.” (Voto do Min. Luís Roberto Barroso, grifei)

“Em primeiro lugar, a própria defesa reconhece que há um laudo pericial oficial, do Instituto Nacional de Criminalística, elaborado neste processo (apenso 124). Além disso, foi juntado aos autos o material produzido na AP 477, voltada à análise dos crimes antecedentes, contra a administração pública, de cujo conteúdo também se destaca laudo pericial do INC (apenso 140). Em segundo lugar, ao longo de toda a ação penal, a defesa teve oportunidade de se manifestar quanto ao conteúdo do

referido Parecer Técnico elaborado no âmbito do MPF, de modo que eventual necessidade de elaboração de outro Laudo ou complementação do Parecer poderia ter sido solicitada a qualquer momento e não o foi. Assim, cuida-se de matéria preclusa.

(...)

Por fim, é relevante observar que “perícia” e “exame de corpo de delito” são conceitos distintos. Aquela é gênero da qual este é espécie. O “exame de corpo de delito” somente é exigido quando o crime deixa vestígios materiais - que constituem o “corpo do delito”, como por exemplo: o corpo da vítima lesionada ou assassinada, a obra plagiada, o documento com assinatura falsa, a coisa danificada, a droga transportada. Daí porque, conforme assinala TOURINHO, *“De todas as perícias que podem ser feitas, ressalta uma de excepcional importância, o exame de corpo de delito. [...] Esse exame pode ser direto ou indireto. Diz-se direto quando os próprios peritos examinam os vestígios deixados pelo crime, isto é, o corpo do delito, e respondem ao questionário que lhe formulam a autoridade e as partes. Às vezes, por razões várias, os peritos não podem proceder ao exame, porquanto os vestígios desaparecem. Nesse caso, em face da absoluta impossibilidade de ser feito o exame direto, permite-se que a prova testemunhal possa suprir-lhe a falta”* (TOURINHO FILHO, 2014, p. 602/603).

(...)

Portanto, o exame de corpo de delito somente é exigível nos delitos que deixam vestígios. Para os demais, a prova documental e testemunhal é suficiente para a demonstração da materialidade e autoria delitivas. A análise de documentos bancários fornecidos por instituições financeiras, indiciários de prática do crime de lavagem de dinheiro, quando realizada por profissional especializado na matéria (contábil, financeira, fiscal), não constitui exame de corpo de delito, mas sim perícia. Com efeito, os registros de operações bancárias são meras provas documentais dessas operações, que conferem segurança à atividade financeira. Portanto, não se cuida de vestígio

material da ação criminoso do agente - distinguindo-se, portanto, do “corpo de delito”, que se identifica, por exemplo, quando é encontrado o objeto danificado ou falsificado pelo autor do crime, ou a pessoa por ele lesionada/assassinada, ou a coisa cuja posse ou porte seja proibido.

(...)

Conclui-se que os documentos fornecidos por instituições bancárias, que comprovam a existência de contas e movimentações de recursos de titularidade do réu, de suas empresas ou de seus familiares, não se confundem com os denominados “vestígios materiais” deixados pelo agir criminoso do acusado. Cuida-se de informações cujo registro é exigido por lei e que fazem parte da rotina de todos os operadores do Sistema Financeiro Nacional. Da mesma maneira, informações prestadas pela Receita Federal, em caso de suspeita de crime de sonegação fiscal, não são submetidas a exame de corpo de delito. Tais documentos contribuem para a descoberta de práticas criminosas e, facultativamente, podem ser submetidos às denominadas “outras perícias”, distintas do denominado “exame de corpo de delito”, e também voltadas ao esclarecimento do juízo. Daí decorre a validade da análise da materialidade do delito, com esteio nos documentos juntados aos autos, mediante compartilhamento de autoridades estrangeiras e instituições financeiras, que constituem o conjunto probatório dos autos, inclusive independentemente de perícia.” (Voto do Min. Luiz Fux, grifei)

Portanto, inexistente a omissão ventilada.

2.3. No que diz respeito à dosimetria, o embargante sustenta omissões, contradições e obscuridades, igualmente inexistentes, razão pela qual também quanto a esse tópico é de se rejeitar os embargos opostos, na medida que se pretende, em verdade, a reforma do julgado.

2.3.1. Nessa linha, não há falar em contradição pela fixação da pena-base acima do patamar mínimo legal, sob a alegação de que houve

AP 863 ED / SP

avaliação negativa de circunstâncias que constituem elementares do crime antecedente, o que caracterizaria *bis in idem*.

Trata-se, em verdade, de irresignação com o mérito do que fora decidido e não, propriamente, de contradição que justificaria o manejo dos aclaratórios.

Com efeito, do voto que proferi, constou que:

“A culpabilidade do acusado é acentuada. O juízo de reprovação que recai sobre sua conduta é particularmente intenso, na medida em que se trata de quem exerce há longa data representação popular, obtida por meio da confiança depositada pelos eleitores em sua atuação. A transgressão da lei por parte de quem usualmente é depositário da confiança popular para o exercício do poder, enseja juízo de reprovação muito mais intenso do que seria cabível em se tratando de um cidadão comum. Do ponto de vista da reprovabilidade, igualmente merece destaque negativo, no que diz respeito à capacidade de compreensão da ilicitude do fato, a circunstância de ser o acusado homem de longa vida pública, acostumado com regras jurídicas, às quais, com vantagem em relação aos demais cidadãos, tem a capacidade acentuada de conhecer e compreender a necessidade de observá-las.”

Na mesma linha, a Ministra Rosa Weber fez constar de seu judicioso voto que:

“A lavagem ocorreu num contexto singular, encabeçada por um agente político infiltrado em altos postos de administração pública, e planejada a partir de um esquema de grande corrupção. Ao envolver recursos públicos na lavagem, a reprovabilidade é mais acentuada.

(...)

O fato de o acusado ter praticado o crime enquanto ocupava posição de destaque na estrutura de Poder reflete maior juízo de censura. Fazer da representação pública uma espécie de parceria público-privada com grupos criminosos

atrai uma culpabilidade inquietante.”

Como se vê, as premissas do julgado não se contradizem razão por que não se depreende vício sanável pela via dos embargos de declaração.

Afinal, insurge-se o embargante pelo fato de, no voto condutor, ter sido levado em consideração o fato de que o embargante *"ter exercido mandato eletivo, bem como dos valores objeto da lavagem de capitais serem de origem pública como vetoriais negativos estabelecidos pelo art. 59 para acrescer a pena base consideravelmente acima do mínimo legal"*. Segundo o embargante, *"os elementos descritos são elementos do tipo previsto no art. 317, CP, qual seja corrupção passiva, que é tido como crime antecedente da lavagem de dinheiro apurada na presente ação penal, e, portanto, pressuposto para existência da lavagem"*.

A despeito de se tratar de mera irresignação, o que não propicia o acolhimento dos embargos, não procede a alegação.

Exercer mandato eletivo não pode ser considerado elementar do tipo do art. 317 do Código Penal (corrupção passiva), uma vez que tal circunstância não se confunde com ser "funcionário público", este sim elementar do tipo respectivo. Dentre os inúmeros funcionários públicos cuja conceituação para fins penais encontra correspondência na definição no art. 327 do Código Penal, adquire especial reprovabilidade a conduta criminosa de quem recebe do eleitor a confiança do voto, prometendo cuidar do interesse público. Muito mais reprovável, nessa linha, a conduta do mandatário, se comparada a de outro funcionário público qualquer, o que por evidente justifica a exacerbação.

É nesse sentido a jurisprudência desta Suprema Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CRIME DE CONCUSSÃO. ART. 316 DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. POLICIAL CIVIL. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. CULPABILIDADE. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO.

DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. À luz do disposto no art. 59 do Código Penal, é válida a exasperação da pena-base quando, em razão da aferição negativa da culpabilidade, extrai-se maior juízo de reprovabilidade do agente diante da conduta praticada.

2. **No crime de concussão, previsto no art. 316 do Código Penal, embora a condição de funcionário público integre o tipo penal, não configura *bis in idem* a elevação da pena na primeira fase da dosimetria quando, em razão da qualidade funcional ocupada pelo agente, exigir-se-ia dele maior grau de observância dos deveres e obrigações relacionados ao cargo que ocupa.**

3. Tendo em vista a condição de policial civil do agente, *“a quebra do dever legal de representar fielmente os anseios da população e de quem se esperaria uma conduta compatível com as funções por ela exercidas, ligadas, entre outros aspectos, ao controle e à repressão de atos contrários à administração e ao patrimônio público, distancia-se, em termos de culpabilidade, da regra geral de moralidade e probidade administrativa imposta a todos os funcionários públicos.”* (RHC 132.657, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 16/02/2016, Dje-039). 4. Ordem denegada. (HC 132990, Rel. p/ acórdão: Min. Edson Fachin, Primeira Turma, j. 16.08.2016, grifei)

Da mesma forma, não se pode pretender que tenha havido *bis in idem* pelo fato de ter sido considerada a origem pública dos valores lavados. Dentre as hipóteses legais de origem criminosa dos valores lavados, há recursos oriundos do patrimônio público e recursos criminosos oriundos de crimes que não tem por vítima o erário.

É intuitivo que recai juízo de reprovabilidade mais intenso sobre a conduta de quem lava recursos oriundos do patrimônio público.

Importa considerar, igualmente, que esta Suprema Corte não considera haver *bis in idem* quando o mesmo fato é considerado na dosimetria de dois crimes distintos.

Nessa linha, cito voto condutor dos terceiros embargos de declaração

AP 863 ED / SP

da Ação Penal 470, julgado em 05.09.2013:

“Aliás, apesar de elementar, é importante ressaltar que só há bis in idem quando um mesmo fato for considerado mais de uma vez na dosimetria de um mesmo crime, não havendo que se falar em dupla valoração dos mesmos fatos quando se tratar de aplicação de pena para crimes diversos, praticados em concurso material” (AP 470 EDj-terceiros, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/2013).

2.3.2. Da mesma forma, inexistente a alegada omissão, a qual, segundo o embargante, consistiria na consideração da vultuosidade dos valores envolvidos como consequência negativa apta a incrementar a pena base acima do mínimo legal.

Segundo o embargante, *"a vultuosidade dos valores envolvidos é sensivelmente distante da compreensão acerca das consequências do crime, eis que estas devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, e não somente objeto do suposto delito"*.

Também nesse tópico, observa-se mera irresignação do embargante com o resultado do julgamento que lhe foi desfavorável, o que não torna o julgado omissivo, apto a ser sanado pela via dos embargos declaratórios.

Como se vê do voto condutor, no tópico, a questão ora vertida foi enfrentada nos seguintes termos:

“Quanto às consequências, estas devem sofrer, nessa fase de aplicação da pena, maior juízo de reprovação quando vão além das consequências usuais dessa modalidade criminosa. Nesse tópico, considero que o crime praticado pelo réu viola o bem jurídico tutelado pelo tipo de forma muito mais intensa do que o usual, tendo em vista a vultuosidade dos valores envolvidos.”

Da mesma forma, a Ministra Rosa Weber fez constar de seu r. voto que:

“Por outro lado, quanto maior o montante, maior a lesão do bem jurídico e maior a lesividade da conduta, em termos de consequências do crime. Estamos a falar de esquema de lavagem que movimentou centenas de milhões de dólares.

(...)

Paralelamente, as consequências do delito, ao lado de afetarem os bens jurídicos específicos do tipo penal, expandiram-se para outras ofensas, tais como a (des)crença no sistema político brasileiro.”

Como se vê, não há omissão a ser sanada, eis que devidamente justificada a consideração negativa da vetorial "consequências" em razão da vultuosidade dos valores lavados.

Por certo, os valores são objeto material do delito de lavagem, mas dessa premissa não se extrai a conclusão que pretende o embargante. Afinal, quanto mais vultosos os valores mais intensa é a afetação do bem jurídico tutelado e, portanto, mais graves as consequências do crime, o que justifica a exasperação.

Sendo assim, nada a esclarecer, eis que inexistente a propalada omissão.

2.3.3. Segundo o embargante, haveria contradição no acórdão condenatório, configuradora de *bis in idem* na aplicação da agravante do art. 62, I, do CP, pois fora definido como autor mediato dos atos a ele imputados. Conforme alega, “em diversas passagens afirma-se que o embargante seria o real beneficiário e o titular das contas relacionada à suposta lavagem de capitais, construindo-se assim um raciocínio de autoria mediata, no qual o embargante seria o ‘homem de trás’, ‘verdadeiro responsável’ pelas transações”.

De acordo com o que acredita, ter sido qualificado como autor mediato impede a aplicação da agravante do art. 62, I, do CP, pois as razões aí estabelecidas para o agravamento da pena, quais sejam, a “promoção ou organização da cooperação” e a “direção” da atividade dos demais agentes é ínsita à própria figura da autoria mediata, o que impede

sua aplicação nessas situações.

Quando do julgamento do mérito, do voto condutor constou que:

“Diante desse contexto, entendo devidamente demonstrada a corrupção passiva implementada pelo acusado Paulo Maluf, a forma de pagamento da propina por meio da conta Chanani no Banco Safra em Nova Iorque e a vinculação da referida conta às movimentações financeiras operadas pela família Maluf a mando de seu mentor, o acusado Paulo Maluf.

A partir da mencionada conta bancária, toma corpo o início do processo de lavagem de dinheiro, com inúmeras operações financeiras subsequentes realizadas sob ordens de Paulo Maluf, o qual fez uso, principalmente, de *longa manus* a executar diretamente as transações de branqueamento dos ativos ilícitos, tais como o emprego de empresas *offshores*, estratificação do dinheiro (divisão de um montante de origem ilícita em diversas operações financeiras) por intermédio de múltiplas movimentações financeiras que pulverizam o dinheiro em contas e fundos de investimento, sucessivas remessas e créditos de mesma origem.

O acusado tentou, embora sem êxito, manter-se afastado das operações financeiras destinadas a maquiagem do dinheiro obtido de forma ilícita. Em 19.03.1997, Paulo Maluf, juntamente com Hani B. Kalouti e o advogado Jacques Wittmer, se reuniu com um representante do Deutsche Bank Multiple Opportunities Funds (DBMOF), no Hotel Plaza Athenee, em Paris. Nessa reunião, Paulo Maluf externou a intenção de, discretamente, criar fundos de investimentos que amparassem investir US\$ 75.000.000,00 na Eucatex S.A., empresa da família no Brasil.

O documento assinado por Brunschwig Wittmer, uma espécie de ata da reunião, revela que Paulo Maluf pretendia repassar valores que estavam depositados no Banco Deutsche Morgan Grenfell CI para fundos de investimento e, posteriormente, efetuar compra de debêntures da *Eucatex* que, após alguns anos, seriam convertidas em ações ordinárias da

empresa:

Wittmer demonstrou como o Grupo Offshore DMG poderia dar assistência, talvez junto com a DMG Investment Bank, de Londres, agindo como consultor e distribuidor para colocação privada internacional da Eucatex. No entanto, Maluf imediatamente informou que ele e sua família pensam que é melhor trabalhar com uma instituição doméstica, como o Banco Bozano Simonsen, um dos bancos de investimento brasileiros líder de mercado, e distanciar as atividades offshore deles. Da mesma forma, o resto da nossa discussão foi focado em como a DMG poderia dar assistência estruturando os fundos offshore e, talvez, outros veículos offshore para agir como condutor para reinvestir \$75 milhões no Brasil. De acordo com Maluf, ele e a família são proprietários de 98,5% das ações ordinárias da Eucatex, com um saldo em poder de 40 e tantos amigos e/ou (antigos) executivos sênior da empresa (...). Apesar de que algum dinheiro possa ter sido investido em fundos mútuos brasileiros (que incidentalmente formam a maioria dos investidores fora da família de ações preferenciais) a intenção da família em si é de reinvestir em algum lugar na região US\$75 milhões na Eucatex de uma forma discreta. Neste ponto antecipa-se que serão emitidas debêntures de taxa flutuante pela empresa brasileira, que poderão ser convertidas em ações ordinárias dentro de, digamos, três ou quatro anos. O retorno destas debêntures será baseado nos ganhos da empresa. Nos foi solicitado estabelecer pelo menos três fundos offshore com talvez dois deles sendo portfólio da DBMOF, nomeados Novas Oportunidades Brasileiras e Empresas Latino-Americanas Emergentes. O terceiro fundo deveria ser endereçado em outro local, com Cayman sendo visto com um local aceitável (original e tradução no apenso 122, telas 295/298).

Resta evidenciado, assim, que, embora as contas e fundos fossem abertos em nome de parentes, Paulo Maluf era o real proprietário dos valores e mentor das operações realizadas.

No depoimento de Lina Maluf, filha do réu, fica claro que os parentes eram apenas laranjas de Paulo Maluf, o qual era, de fato, o verdadeiro responsável pelas *offshores*:

JUIZ (...) Com relação aos negócios do seu pai e da sua

família, a senhora alguma vez participou, a senhora atuava nas empresas? Não?

RÉ - Nunca. nunca, nunca atuei, nunca participei de nada. Nunca trabalhei numa empresa. Nada.

(...)

JUIZ - A senhora sabe se havia algum fundo da sua família no qual a senhora eventualmente participasse? A senhora chegou a assinar algum documento relativo a isso?

RÉ - Não, senhor. Eu, os documentos que eu ... , ou papéis que eu assinava sempre me eram dados pelo meu pai, mas nunca tiver oportunidade de lê-los, uma vez que não me era permitido isso.

JUIZ - Não era permitido como? A senhora poderia explicar?

RÉ - Sim. Meu pai falava: "Você pode assinar aqui, por favor?". Eu assinava.

JUIZ - Hã, hã A senhora não perguntava: o que que é isso? Por quê? Não?

RÉ - Não .

JUIZ - Tá ótimo. A senhora sabe se algum desses papéis dizia respeito a contas ou fundos de investimento no exterior?

RÉ - Como eu não podia ler, não posso dizer pra o senhor. Não sei.

(...)

MINISTÉRIO PÚBLICO - (ininteligível). Não era permitido. Ele não permitia que a senhora lesse? Como é que é isso aí?

RÉ - Ele falava: "Assina aqui".

MINISTÉRIO PÚBLICO - E aí?

RÉ - Num ... num ... O meu pai é uma pessoa que num ... num admite questionamentos nem muitas perguntas. Ele é uma pessoa um pouco autoritária. Não dá pra você falar pra ele "eu quero saber disso ou daquilo".

MINISTÉRIO PÚBLICO - Hum.

RÉ - "Assina!". *Em confiança e respeito, eu assinava. (ininteligível)* (fls. 3.673/3.689 depoimento da filha Lina Maluf).

(...)

V. DOSIMETRIA

(...)

Considero configurada a agravante do art. 62, I, do Código Penal, que dispõe deva ser a pena agravada em relação ao agente que *promove, ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes*.

Como restou demonstrado, o acusado tinha papel primordial na trama criminosa, dirigindo a atividade dos demais agentes, chegando até a se valer do temor reverencial próprio da condição de ascendente para dirigir a atuação dos demais agentes.”

Igualmente, a eminente Ministra Rosa Weber fez constar de seu judicioso voto as seguintes considerações:

“Agregue-se que acusado participou diretamente das fases da lavagem, desde os crimes antecedentes até o gerenciamento da higienização dos recursos por via de familiares, “testas de ferros” e engenhosos expedientes bancários transnacionais. Essa onipresença na trama repercute em sua culpabilidade.”

Como se vê, não há contradição entre as premissas do acórdão. A insurgência do embargante revela mera irresignação com a aplicação da agravante do art. 62, I, “a”, do Código Penal ao caso concreto, o que considera inaplicável por entender que foi considerado autor mediato no acórdão condenatório.

A despeito disso, não há no voto condutor qualquer referência à categoria jurídica da autoria mediata. Aliás, em nada se assemelha o caso em julgamento com autoria medita. Como se vê da própria citação trazida pelo embargante na petição de embargos de declaração (fls. 4.236-4.237), ao mencionar a lição do eminente penalista **Juarez Cirino dos Santos**, “*as principais situações de autoria imediata aparecem nas hipóteses em que o instrumento atua em erro, ou sem dolo, ou conforme ao direito, ou sem capacidade de culpabilidade, ou em erro de proibição inevitável, ou sem liberdade*

AP 863 ED / SP

por força de coação ou de obediência hierárquica, ou sem intenção especial.". Em outras palavras, há autoria mediata quando o autor mediato se vale de alguém que (i) não age (ausência de conduta, por exemplo, por coação física irresistível); (ii) age sem dolo (por exemplo, por estar em erro de tipo); (iii) age sem culpabilidade (por exemplo, por não ser imputável, por estar sob erro de proibição invencível, sob ordem de superior hierárquico ou coação moral irresistível).

Em nenhum momento no acórdão condenatório considerou-se que os familiares do embargante se encontravam numa condição que os levassem à condição de meros instrumentos do embargante.

A referência ao temor reverencial confessado pela corré Lina Maluf em nada a qualifica como mero instrumento de seu pai Paulo Maluf, sabido é que agir sob temor reverencial não configura coação moral irresistível.

Sendo assim, não há qualquer contradição a sanar pela via dos embargos declaratórios, até porque a premissa da qual parte a defesa, no tópico, não se sustenta.

2.3.4. Por fim, o embargante sustenta que há obscuridade e contradição na incidência do art. 1º, §4º, da Lei 9.613/1998 na terceira fase da dosimetria da pena.

Segundo alega, a obscuridade residiria na constatação de que o mencionado dispositivo somente permitiria *"o aumento da pena no caso de constatação de profissionalismo, de estilo de vida do agente voltado ao cometimento do delito"*. Ou seja, o argumento da quantidade de movimentações financeiras, reconhecido do acórdão hostilizado, configuraria mera reiteração criminosa e não habitualidade.

Requer a remoção da causa de aumento do art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98.

Subsidiariamente, requer a descaracterização da habitualidade diante de contradição identificada, uma vez que as múltiplas movimentações financeiras foram utilizadas tanto para elevar a pena-base quanto para aplicar a majorante do art. 1º, §4º, da Lei 9.613/98, em afronta

AP 863 ED / SP

ao princípio do *non bis in idem*.

Alternativamente, caso não se verifiquem a obscuridade e a contradição apontadas, pugna pela concessão da ordem de ofício com a exclusão da referida causa de aumento de pena.

Tanto quanto nos outros tópicos, não há contradição entre as premissas do voto, nem mesmo obscuridade a serem sanadas pela via dos embargos declaratórios, mas mera irresignação com a tese adotada, o que não cumpre os pressupostos de embargabilidade da decisão hostilizada.

De fato, do voto condutor, ao considerar aplicável ao caso art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, constou a seguinte fundamentação:

“Na terceira fase da aplicação da pena, reputo presente a majorante da habitualidade prevista no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/1998.

Com efeito, as múltiplas transações financeiras realizadas desde o momento em que os valores aportam nas contas situadas nas Ilhas Jersey, bem como todas as inúmeras transferências realizadas, que perduraram por longo período indicam que o crime de lavagem de capitais, para além de uma mera reiteração de condutas, passou a se constituir numa prática usual por parte do acusado.”

Similarmente, a eminente Ministra Rosa Weber ponderou em seu sempre percuciente voto que:

“Para a consecução da lavagem o acusado utilizou-se de agentes públicos, familiares e “testas de ferro”, no Brasil e no exterior. Assim, a par de ousada e profissional, o delito projetou a ofensividade a outros ordenamentos jurídicos, em contexto de transnacionalidade, a atrair um plus de desvalor à ação delituosa. O ciclo criminoso durou ao menos entre 1997 e 2006, quer dizer, foi prolongado no tempo, em conduta pensada, estudada, refletida e segura do ponto de vista doloso.”

Como se vê, a aplicabilidade da causa de aumento prevista no art.

AP 863 ED / SP

art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, foi devidamente fundamentada, não se constatando contradição entre as premissas do julgado ou obscuridade que justifique o acolhimento dos embargos declaratórios.

Havendo multiplicidade de condutas de lavagem, como compreende a própria jurisprudência desta Suprema Corte, factível a incidência da causa de aumento do art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98.

Confira-se, nesse sentido, o que restou assentado no julgamento do Agravo Regimental no HC 134.190, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16.08.2016, no que interessa ao presente caso:

“6. Aumento da pena-base em razão da circunstância judicial ‘consequências do crime’ (art. 59 do CP). Embora constem as palavras ‘reiterada’ e ‘habitual’ nas razões do acórdão, não é a reiteração e a habitualidade que são punidas, mas, sim, as consequências delas. Já a aplicação da causa de aumento de pena do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 deu-se em razão da habitualidade. Motivações idôneas. Não ocorrência de *bis in idem*”

Do corpo do acórdão, colhe-se o seguinte trecho:

“Já a aplicação da causa de aumento de pena do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613/1998 (“A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa”) foi motivada na habitualidade da conduta e na lesão de grande monta. Veja-se:

(...)

Contudo, infere-se da leitura do artigo supracitado que basta a reiteração da conduta à configuração da habitualidade delitiva. Reiteração que ficou deliberadamente comprovada nos autos. A retirada dos argumentos relativos à lesão de grande monta não desconfiguraria a possibilidade de aplicação da majorante. Assim, ao se observar que a majorante foi aplicada no mínimo legal de 1/3 (um terço), remanescendo justificativa

para sua aplicação (reiteração), esta continuaria em idêntico patamar.”

Por outro lado, não há falar em *bis in idem*, pelo fato de que a multiplicidade de condutas teria sido considerada na primeira fase da aplicação da pena. Como se vê do trecho a seguir transcrito, na primeira fase, a multiplicidade de condutas foi considerada em referência aos múltiplos ordenamentos jurídicos violados pelo agente, tendo em vista o caminho percorrido pelo dinheiro lavado, que passou por diversos países. Confira-se o respectivo trecho do voto:

“No que diz respeito às circunstâncias do crime, considero merecedor de maior reprovação o fato de que a lavagem ocorreu num contexto de múltiplas transações financeiras e de múltipla transnacionalidade, o que interfere na ordem jurídica de mais de um Estado soberano”.

Não há *bis in idem*, portanto, na medida em que múltiplas transações transnacionais não se confunde com múltiplas transações.

2.3.5. Por fim, o embargante sustenta que a decisão vergastada incorreu em omissão ao fixar regime de cumprimento inicial da pena mais gravoso, no caso o fechado, tendo em vista a constatação de circunstância judicial desfavorável ao embargante.

Para a defesa, tal argumento não basta por si só, ainda mais diante da avançada idade do réu.

Requer a fixação de regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso.

Tanto quanto em todos os demais tópicos, a pretensão do embargante é modificar as conclusões da condenação, utilizando-se do recurso de embargos de declaração que não tem essa vocação. Não há omissão constatável, pois do voto condutor constou expressamente que:

“O regime inicial de cumprimento da pena privativa de

liberdade, em razão do contido nos arts. 33, §§ 2º e 3º, do CP, bem como em razão de as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP serem desfavoráveis, será o fechado.”

Percebe-se portanto, que não há omissão sanável pela via dos embargos declaratórios, mas tão somente irresignação com o desfecho do julgamento que foi desfavorável aos interesses do embargante.

Ademais, trata-se de provimento que está em absoluta consonância com reiteradas decisões deste Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o art. 33, § 2º, “b”, do CP estabelece que *“o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto”*.

Tratando-se de pena cujo regime inicial fechado não é obrigatório, como seria se fosse superior a oito anos, a decisão pela fixação do regime entre fechado e semiaberto se faz pelas balizas do art. 59 do Código Penal.

Rememoro que o art. 33, § 3º, do Código Penal estabelece que *“A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”*.

Como o acórdão condenatório considerou as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP desfavoráveis ao embargante, o regime inicial fechado é a consequência necessária desta constatação, como reiteradamente tem decidido esta Suprema Corte:

“PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO. Afastado o estabelecimento da pena acima de oito anos, quando se impõe o fechado, a fixação do regime de cumprimento há de ocorrer consideradas as circunstâncias judiciais – inteligência do artigo 33 do Código Penal.”
(RHC 119833, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 10.12.2013, grifei)

“4. As circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal, quando desfavoráveis, autorizam a fixação do regime prisional mais gravoso, desde que fundamentada. 5. O

habeas corpus é inadmissível como substitutivo do recurso cabível, sendo certa ainda a ausência de interposição do agravo regimental em face da decisão monocrática do Tribunal a quo. 6. Agravo regimental desprovido.” (HC 136.900 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, grifei).

“Penal. Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Crime de falsificação de papéis públicos. Regime inicial. Condenação transitada em julgado. 1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o “habeas corpus não se revela instrumento idôneo para impugnar decreto condenatório transitado em julgado” (HC 118.292-AgR, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Hipótese em que não ficou demonstrada nenhuma teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder, tendo em vista que **o regime prisional mais severo foi justificado pelas instâncias de origem com apoio nas circunstâncias judiciais desfavoráveis**. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RHC 137399 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, grifei).

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. INEXISTÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A MODIFICÁ-LA. MANUTENÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS REPUTADAS DESFAVORÁVEIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão recorrida. 2. **Se as circunstâncias judiciais são desfavoráveis, a fixação de regime inicial fechado revela-se possível em condenações por tráfico de entorpecentes, ainda que o tempo de pena seja inferior a 08 (oito) anos de reclusão**. 3. Agravo regimental desprovido.” (HC 138186 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 06/12/2016,

grifei)

Além disso, percebe-se que a avançada idade do acusado não é elemento a ser considerado por ocasião da fixação do regime inicial de cumprimento da pena. É certo que a matéria poderá ser analisada **durante o processo de execução** dadas as circunstâncias concretas relacionadas a sua capacidade de suportar pena em regime fechado com a aplicação, até por analogia, se for o caso, do disposto no art. 318 do CPP e arts. 82 e 117 da Lei de Execuções Penais:

CPP:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

Lei de Execução Penal

Art. 82. Os estabelecimentos penais destinam-se ao condenado, ao submetido à medida de segurança, ao preso provisório e ao egresso.

§ 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

Trata-se, enfim, de tema afeto à execução da pena que deverá se observado quando do efetivo cumprimento da condenação, verificadas as circunstâncias pessoais do condenado.

AP 863 ED / SP

3. Assim, as questões apresentadas foram devidamente analisadas, nada obstante a irresignação do embargante com o decreto condenatório. Pretende-se, na verdade, a indevida reapreciação das provas, reabertura da instrução probatória e reanálise jurídica dos fatos, o que é inviável em sede de embargos declaratórios.

Vê-se, portanto, que não há qualquer omissão, contradição ou obscuridade no aresto embargado. São incabíveis, pois, os presentes embargos. Nesse sentido, aponto, ainda, os seguintes precedentes: ARE 700.259-AgR-ED, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 23.10.2015; ARE 761.602-AgR-ED, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 20.10.2015; ARE 739.466-AgR-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 08.04.2015; ARE 829.303-AgR-ED, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.02.2015.

Ante o exposto, **rejeito os embargos de declaração.**

É como voto.