

AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 863 SÃO PAULO

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

V O T O

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se de agravo regimental contra a decisão que não admitiu embargos infringentes interpostos contra a decisão da Primeira Turma do STF que julgou parcialmente procedente a ação penal.

Os embargos infringentes são fundados em dois capítulos do voto do Min. Marco Aurélio que foram favoráveis à defesa: acolhimento da preliminar de nulidade da prova pericial e da prejudicial de prescrição da pretensão punitiva em abstrato. Em ambos os pontos, Sua Excelência restou isolado.

O relator da ação penal, Min. Edson Fachin, negou seguimento aos embargos infringentes, afastando a aplicação do RISTF e do CPP. Concluiu que o recurso seria manifestamente inadmissível, tendo “*caráter meramente protelatório*”, pelo que determinou a imediata execução da condenação.

Daí a interposição do presente agravo regimental, no qual se busca o processamento dos embargos infringentes e a consequente suspensão da execução penal.

O fundamento no CPP para negar seguimento ao recurso é a inaplicabilidade dos embargos infringentes e de nulidade – previstos no art. 609, parágrafo único, do CPP – às ações penais originárias.

O CPP prevê o cabimento de embargos infringentes e de nulidade quando “*não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu*” (art. 609, parágrafo único). A jurisprudência do STF e do STJ sempre foi no sentido de que esse dispositivo pode ser interposto apenas contra

AP 863 EI-AGR / SP

“*decisão de segunda instância*”, não sendo aplicável às ações penais originárias – STF: HC 71.124, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 28.6.1994; HC 72.465, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 5.9.1995; STJ: REsp 80.032/RJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 24.9.1997; REsp 297.569, Rel. Des. Celso Limongi (convocado), Sexta Turma, julgado em 14.12.2010.

Não há boas razões para modificar tal entendimento. Portanto, com fundamento no CPP, não são cabíveis embargos infringentes em ação penal originária.

Quanto ao Regimento Interno, o fundamento para negar seguimento aos embargos infringentes é a inexistência de voto vencido pela absolvição, em sentido próprio, o qual seria exigido pelo art. 333 do RISTF.

A vigência do art. 333 do RI foi afirmada pelo Plenário – AP-AgR-vigésimo-sexto 470, Red. para acórdão Min. Roberto Barroso, julgamento em 18.9.2013. Daquela feita, a decisão recorrida era do Pleno. No entanto, este mesmo artigo trata dos embargos contra decisões tanto do Plenário quanto das Turmas. Dessa forma, não há razão para afastar sua aplicação em decisões de Turma.

Em relação a embargos infringentes contra decisões do Plenário, existe uma peculiaridade, no sentido de que são necessários ao menos quatro votos vencidos, na forma do parágrafo único do art. 333.

Para recurso de decisões de Turma, o RI exige apenas a divergência, sem menção a número mínimo de votos vencidos. Logo, a existência de um voto divergente é suficiente.

Como relator da decisão condenatória, admiti embargos infringentes contra condenação proferida pela Segunda Turma, em caso no qual o Min. Dias Toffoli votou pela absolvição – AP 929, decisão de 22.8.2016.

A questão relevante a este caso é quanto ao conteúdo da divergência. O Regimento Interno prevê o cabimento dos embargos infringentes à decisão que “*julgar procedente a ação penal*” – art. 333, I. No Mensalão, o Tribunal interpretou essa disposição, estabelecendo, por apertada

AP 863 EI-AGR / SP

maioria, que a divergência deve ser quanto à procedência da ação penal (AP-EI-décimo-quarto-AgR 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.2.2014). Ou seja, o voto divergente deve concluir pela absolvição em sentido próprio. Votos vencidos quanto a outros capítulos não dão causa aos embargos infringentes. Daquela feita, ficaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Esteve ausente o Min. Celso de Mello.

Em 2015, o Tribunal revisitou o tema e assentou que o cabimento dos embargos infringentes pressupõe votos divergentes “de conteúdo absolutório em sentido próprio” – AP-EI-AgR-segundo 409, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 19.8.2015. Nove votos acolheram a tese. Não houve divergência – estavam ausentes os Ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Muito embora tenha concorrido com a maioria em ambos os precedentes, melhor reflexão leva-me a rever minha posição. Dessa nova leitura que faço, destaco dois pontos que tenho por inadequadamente aferidos nos precedentes.

O primeiro diz respeito ao reflexo da literalidade do art. 333, I, do RISTF. Ao prever o cabimento dos embargos infringentes à decisão que “*julgar procedente a ação penal*”, o texto apartou-se da redação do art. 609, parágrafo único, do CPP, que afirma caberem embargos infringentes e de nulidade “*quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu*”.

No entanto, a diferença entre os textos normativos não está na qualidade do voto divergente, mas na **natureza da decisão** que dá causa aos embargos infringentes. O CPP admite os embargos infringentes em qualquer decisão desfavorável à defesa em grau de recurso, mesmo sem cunho condenatório. Por exemplo, a decisão de pronúncia, a despeito de sua **natureza interlocutória**, pode dar causa aos embargos infringentes.

Por sua vez, o texto do RISTF limita o cabimento dos embargos infringentes à impugnação de decisões condenatórias. Outras decisões colegiadas não dão causa ao recurso. O principal impacto dessa diferença nas ações penais originárias é impedir o uso dos embargos em decisões

AP 863 EI-AGR / SP

majoritárias sobre o recebimento da denúncia. Lembro que, muito embora, por ocasião da edição do RISTF o recebimento de denúncia fosse ato do relator, cabia agravo ao colegiado (art. 557, parágrafo único, do CPP, em sua redação original).

Por tudo, tenho que o RISTF não está exigindo que a divergência seja quanto à procedência da ação penal, mas apenas que a decisão recorrida seja um julgamento condenatório.

O segundo ponto a ser destacado é a releitura que o STF vem fazendo do direito do condenado a um recurso, consagrado como direito humano pelo Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 2, "h") e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigo 14, § 5º).

Em questão de ordem levantada pelo Min. Roberto Barroso, seis votos concorreram no sentido de que o *"foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas"* – AP-QO 937, Rel. Min. Roberto Barroso, julgamento iniciado em 23.11.2017. Um dos fundamentos desses votos é a inexistência de direito ao recurso contra a condenação. Daquela feita, o Min. Roberto Barroso destacou a necessidade de *"harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal"* (§ 17).

Se o momento exige a maximização do princípio do duplo grau de jurisdição, não há como interpretar restritivamente o já minguado recurso previsto no ordenamento jurídico de decisões do STF em ações penais originárias.

Portanto, supero a questão da necessidade de voto divergente pela absolvição em sentido próprio.

Prossigo, analisando a tese, esposada pelo Min. Alexandre de Moraes, de que apenas as divergências quanto ao julgamento de mérito dariam causa aos embargos infringentes.

Como bem ressaltado em seu voto, a nomenclatura empregada pelo Regimento Interno parece sugerir essa tese, na medida em que o CPP usa a expressão embargos infringentes e de nulidade, sendo que os embargos

AP 863 EI-AGR / SP

de nulidade seriam relativos a questões processuais.

Afasto a tese, reiterando aquilo que afirmei quanto à opção do regimento interno em marcar que os embargos infringentes cabem apenas contra julgamento de mérito que conclui pela condenação, não contra decisões interlocutórias.

O voto que, em julgamento de mérito, acolhe uma exceção dilatória – por exemplo: falta de citação, presença de questão prejudicial absoluta, parcelamento do crédito tributário – ou peremptória – por exemplo: perempção, coisa julgada, perdão, prescrição – é um voto contrário à condenação, e é isso que basta para ensejar os embargos infringentes. Pouco importa se a questão é material ou processual.

Acrescento que traçar uma linha tendo em vista ser o ponto da divergência material ou processual não parece um critério seguro. Talvez mais adequado fosse separar as exceções em dilatórias e peremptórias, não em materiais e processuais.

A exceção peremptória parece uma razão mais forte para ensejar os embargos. No caso concreto, um dos pontos da divergência foi o acolhimento de uma exceção peremptória material – prescrição da pretensão punitiva. Se o voto vencido houvesse acolhido uma exceção peremptória processual – a alegação de coisa julgada, por exemplo –, a proposta vencida seria tão favorável ao réu quanto a extinção da punibilidade. Não vejo razão para traçar diferença entre os casos.

O raciocínio inverso vale para a exceção dilatória. No caso concreto, o outro ponto da divergência foi o acolhimento de exceção dilatória processual – nulidade de ato processual. Se o voto vencido houvesse acolhido exceção dilatória material – parcelamento em crime contra a ordem tributária, por exemplo –, a proposta vencida redundaria na suspensão do julgamento do mérito, assim como uma exceção dilatória processual.

Muito embora deixe esse raciocínio no ar para eventual aprofundamento, por ora, limito-me a afastar a diferença proposta pelo Min. Alexandre de Moraes e afirmar o cabimento dos embargos, seja a divergência em questão material ou processual.

AP 863 EI-AGR / SP

O Min. Roberto Barroso argumentou que seriam necessários dois votos vencidos para ensejar o cabimento dos embargos infringentes. Isso porque, na adoção do regimento interno, as ações penais originárias eram sempre da competência do Pleno, pelo que seriam necessários quatro votos vencidos. Votavam no Pleno apenas dez ministros, tendo em vista que o Presidente só se pronunciava sobre questões constitucionais ou em caso de empate. Transferida, por emenda regimental, a competência para as Turmas, a tese é de que deve ser feita regra de três entre o quórum e o número de votos: quatro está para dez, assim como dois está para cinco.

Contra esse argumento, destaco três pontos. Como marcou o Min. Roberto Barroso, o Tribunal estabeleceu que o artigo do regimento interno que trata dos embargos infringentes vige, porquanto não foi revogado. Esse juízo independe da compreensão dos Ministros quanto à conveniência da existência do recurso. Como defendera Sua Excelência em precedente, “*não é comum*” usar a opinião do tribunal sobre a conveniência do recurso para “*negar aos acusados em processo penal*” uma via impugnatória “*prevista em diploma normativo válido*” (AP-EI-décimos-quartos-AgR 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.2.2014, § 34). Portanto, cabe o Tribunal aceitá-lo, como direito posto.

O texto exige apenas um voto vencido para decisões das Turmas. A hipótese geral está disposta no *caput* e nos incisos do art. 333, que exigem apenas a divergência. Os quatro votos vencidos constam do parágrafo único, em texto que se acresce à hipótese geral, com incidência específica às decisões do Pleno. Portanto, se o Tribunal afirmou que estão em vigor o *caput* e o parágrafo único do art. 333, e se, no caso, incide apenas a norma do *caput*, não há ulterior construção a fazer. Feliz ou infelizmente, é o regimento interno, tal qual posto, que se contenta com a divergência única.

O segundo ponto é que a proposta da regra de três não está afinada com uma interpretação sistemática do RISTF. O texto regimental causa perplexidade, pois previu a exceção como se fosse a regra. Por ocasião de sua adoção, das cinco hipóteses de cabimento dos embargos infringentes, quatro eram da competência do Pleno (incisos I a IV). Portanto, o mais

AP 863 EI-AGR / SP

comum era a incidência do parágrafo único, a demandar quatro votos vencidos.

Mas há uma última hipótese, que desde sempre foi de competência de Turma: a decisão “*que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado*”, art. 333, V. A competência das Turmas para esses recursos estava prevista no art. 9º, II, “b”, do RISTF. Portanto, em julgamentos em competência recursal ordinária, a condenação é embargável, bastando uma divergência.

Tendo em vista essa disposição, não se pode dizer que a transferência de parte da matéria penal originária para as Turmas criou mudança substancial na regra dos embargos infringentes. Pelo contrário, as hipóteses de cabimento de embargos infringentes dos incisos I e V do art. 333 são bastante semelhantes: ambas tratam de condenação criminal em matéria submetida ou devolvida ao STF, em juízo que permite a cognição profunda.

O terceiro e último ponto que quero destacar é que faz sentido lógico exigir quórum proporcionalmente menor para impugnações a decisões das Turmas. Como bem ressaltado pelo Min. Dias Toffoli, os embargos infringentes das decisões do Pleno são uma anomalia, sem paralelo em outros sistemas recursais. São um apelo dirigido ao mesmo painel da condenação. Estão mais para uma súplica do que para um recurso.

Por sua vez, os embargos infringentes contra as decisões de Turma cumprem papel relevante e tradicional em nosso direito. Diante de uma questão controversa, permitem ampliar o colegiado de julgamento da causa.

Portanto, os embargos infringentes contra a decisão da Turma são um recurso a merecer prestígio maior do que aqueles contra decisão do Pleno. Não há sentido lógico em refazer, pela via interpretativa, a proporção de julgadores.

Por tudo, tenho que cabem os embargos infringentes contra decisão de Turma que julgar procedente a ação penal, bastando que haja um voto favorável à defesa, seja em questão processual ou material.

No caso concreto, o recorrente foi condenado pela Primeira Turma,

AP 863 EI-AGR / SP

tendo restado vencido o Min. Marco Aurélio em dois pontos. A defesa interpôs os embargos infringentes, buscando a prevalência do voto que lhe foi favorável. O recurso deve ter processamento, com base e na forma do RISTF, não do CPP.

Os embargos infringentes são recurso com efeito suspensivo e, em consequência, a execução da decisão condenatória deve ser suspensa.

Ante o exposto, peço vênua ao relator para acompanhar a divergência aberta pelo Min. Dias Toffoli e dar provimento ao agravo regimental, para admitir os embargos infringentes e suspender a execução da condenação.