

AG.REG. NA REVISÃO CRIMINAL 5.480 AMAZONAS

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AGTE.(S) : ACIR MARCOS GURGACZ
ADV.(A/S) : RAMIRO DE LIMA DIAS 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 (RELATOR): Trata-se de revisão criminal ajuizada por **ACIR GURGACZ** sob a alegação de violação ao princípio do juiz natural e ao texto expresso do art. 335 do RISTF, tendo em vista a inadmissão dos embargos infringentes interpostos pelo autor nos autos da Ação Penal 935, por decisão da Primeira Turma, em prejuízo à competência atribuída ao Plenário.

Segundo a narrativa, os embargos infringentes interpostos foram recebidos como embargos de declaração, tendo sido negados por decisão da Colenda Primeira Turma.

Posteriormente, houve o trânsito em julgado do acórdão condenatório proferido pelo órgão fracionário, com imposição de pena privativa de liberdade ao postulante.

O Ilustre Relator desta revisão, Ministro Edson Fachin, negou seguimento ao processo, por entender se tratar de decisão relativa a matéria processual.

Nesse sentido, o Relator registrou que *“apenas as decisões que impõem ou mantêm condenações são passíveis de revisão criminal, afastando-se, por consequência, tal possibilidade nos casos em que a decisão impugnada, correta ou incorretamente, se limita a explicitar a inadmissão de recursos.”*

Daí a interposição do presente agravo regimental.

Peço vênias ao Ministro Relator para divergir.

Na espécie, após sofrer condenação por três dos cinco Ministros da Primeira Turma desta Corte, o agravante apresentou embargos infringentes, porquanto, pela pena aplicada pelos votos vencidos, o crime estaria prescrito.

Conforme expõe o agravante, o ilustre Ministro Relator, ao invés de fazer o juízo de admissibilidade em decisão monocrática, com possibilidade de revisão pelo Tribunal Pleno, como prevê o art. 335, §1º do RISTF, levou o recurso diretamente à apreciação da colenda Primeira Turma.

A Primeira Turma afastou o cabimento dos infringentes, por considerar que os votos divergentes não teriam conteúdo absolutório próprio, tendo recebido o recurso como embargos de declaração para, em seguida, negar provimento à irresignação.

Entendo que a presente revisão criminal e os embargos infringentes que integram o mérito desta ação devem ser admitidos.

Do conhecimento da revisão criminal

O art. 621 do CPP prevê ser admissível a “*revisão de processos findos*”, enquanto que o art. 625, §1º, do CPP estabelece que “*o requerimento será instruído com a certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória e com as peças necessárias à comprovação dos fatos arguidos*”.

Idêntica previsão consta dos arts. 263 e 264 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF).

No âmbito doutrinário, Gustavo Badaró defende que o trânsito em julgado da sentença ou acórdão penal condenatório constitui verdadeira condição da ação, espécie de possibilidade jurídica do pedido. Segundo o autor (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 925, grifos no original):

“a revisão criminal só é possível se houver **sentença penal condenatória transitada em julgado**. Embora o art. 621, caput, do CPP, se refira ao ‘processo findo’, o que permitiria incluir as sentenças terminativas, a revisão criminal somente é possível no caso de sentença condenatória transitada em julgado. **O art. 625, §1º, exige que o requerimento seja instruído com a ‘certidão de haver passado em julgado a sentença condenatória’.**”

No caso em análise, observo que há condenação transitada em julgado proferida pela Primeira Turma, que impôs ao autor da ação pena privativa de liberdade.

Além disso, o requerente aduz a violação a texto expresso de lei, hipóteses de cabimento desta ação, nos termos do art. 621, I, do CPP, e art. 263, I, do RISTF.

Destaque-se que a revisão criminal pressupõe o reconhecimento da falibilidade das decisões judiciais. Nesse ponto, o reconhecimento dessa condição e de eventuais equívocos em nada diminui este Tribunal; ao contrário, reitera a confiança do jurisdicionado e dos cidadãos no cumprimento da nobre e difícil arte de julgar.

Sobre o tema, é preciso o relato que nos empresta Fernando da Costa Tourinho Filho (*Código de Processo Civil*. V. 2. 5ª ed. 1999. p. 382):

“A atividade jurisdicional, como outra de qualquer setor, está sujeita a erros. Quantas falhas não são cometidas pelos médicos? Quantos diagnósticos errados? Ah! Se as paredes dos hospitais falassem! [...]”

Certo, como já se disse, que não é pelo número de reexames que se mede o grau de justiça de uma sentença. Mas os Tribunais, constituídos de homens que há muito fizeram seu noviciado na judicatura, onde, com o passar dos tempos, adquiriram experiência e cultura, estão mais aptos a acertar e, por isso mesmo, oferecem maior penhor de garantia de realizar a Justiça tanto quanto possível e perfeita. É verdade que deslizam até mesmo os que escrevem com tinta de ouro, como afirmava, salvo engano, Vieira. Os deslizos, contudo, são menores e raros”.

Em relação à violação a texto expresso de lei, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que “*como bem diz Tornaghi, considera-se não a boa ou má interpretação da lei, e sim a afronta ao seu mandamento*”. (*Código de Processo Civil*. V. 2. 5ª ed. 1999. p. 390).

Desse modo, constatada a existência de acórdão condenatório transitado em julgado, proferido pela Primeira Turma, bem como ante a

alegação de violação a texto expreso de lei, reputo plenamente admissível a presente revisão.

Da inadmissão dos embargos infringentes e da violação expressa a texto de lei

O art. 333 do Regimento Interno do STF prevê o cabimento de embargos infringentes em caso de decisão não unânime do Plenário ou da Turma que julgar procedente ação penal.

Por sua vez, os artigos 335 e 336 do RISTF são expressos no que se refere à competência do Plenário para análise da **admissibilidade e julgamento dos embargos infringentes em sede de agravo regimental**:

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

I – que julgar procedente a ação penal;

[...]

Art. 335. Interpostos os embargos, o Relator abrirá vista ao recorrido, por quinze dias, para contrarrazões.

§ 1º Transcorrido o prazo do *caput*, o Relator do acórdão embargado apreciará a admissibilidade do recurso.

§ 2º **Da decisão que não admitir os embargos, caberá agravo, em cinco dias, para o órgão competente para o julgamento do recurso.**

§ 3º Admitidos os embargos, proceder-se-á à distribuição nos termos do art. 76.

Art. 336. Na sessão de julgamento, aplicar-se-ão, supletivamente, as normas do processo originário, observado o disposto no art. 146.

Parágrafo único. Recebidos os embargos de divergência, o Plenário julgará a matéria restante, salvo nos casos do art. 313, I e II, quando determinará a subida do recurso principal.

Ao comentar as regras acima transcritas, Daniel Marchionatti reforça que *“contra a decisão que não admite os embargos infringentes, cabe agravo*

regimental” que “*será relatado pelo mesmo relator da decisão agravada e [...] julgado pelo Plenário (art. 335, §2º)* (MARCHIONATTI, Daniel. **Processo Penal contra autoridades**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 285)

Destaque-se que a competência do Pleno para realizar o juízo definitivo de admissibilidade dos embargos infringentes decorre da própria natureza desse recurso.

Ou seja, considerando a noção de **juízo ampliado** que norteia os embargos infringentes, não há sentido em limitar a admissibilidade do recurso ao juízo de valor do próprio Ministro Relator do acórdão condenatório ou da Turma responsável pelo julgamento do processo.

Destaque-se que a definição do juízo competente para a admissibilidade ou não conhecimento do recurso está diretamente relacionado com a garantia fundamental do juízo natural, suscitando a discussão sobre a violação da própria Constituição, o que constitui a hipótese, em sede de processo penal, de **nullidade absoluta**.

De fato, conforme registrei autos do **Inq 4435**, a garantia fundamental do juiz natural, prevista pelo art. 5º, XXXVIII e LIII, da Constituição de 1988, prevê que os julgamentos devem ser realizados pela autoridade jurisdicional competente e legalmente estabelecida, sendo proibida a designação de juízos ou tribunais de exceção.

Ressalte-se que a norma prevista no art. 5º é reproduzida em praticamente todos os países de forte tradição constitucional, tratando-se de uma das principais garantias civilizatórias estabelecidas e consolidadas nos últimos séculos.

Em Portugal, Jorge de Figueiredo Dias (**Direito processual penal**, 1974, p. 322-323) defende que a ideia de juiz natural assenta-se em três postulados básicos:

“(a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; (b) ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência do fato; (c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja”.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, decidiu-se que integra o conceito de juiz natural, para os fins constitucionais, a ideia de imparcialidade, isto é, a concepção de “*neutralidade e distância em relação às partes*” “*Neutralität und Distanz des Richters gegenüber den Verfahrensbeteiligter*” (BVerfGE, 21, 139 (146); Pieroth/Schlink, *Grundrechte – Staatsrecht II*, cit., p. 277).

Ao discorrer sobre a experiência colombiana, Carlos Bernal Pulido afirma que “*O direito a um juiz natural é um direito a um juiz pré-estabelecido, com competências fixadas em lei, de maneira a possibilitar a garantia da imparcialidade*” (PULIDO, Carlos Bernal, **El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales**, p. 362).

Portanto, o juiz natural é aquele previamente definido pela Constituição e pela legislação como órgão competente e imparcial para conhecer determinada demanda, sendo a competência definida como “*a porção, quantidade, medida ou grau de jurisdição que corresponde a cada juiz ou tribunal*”, conforme definiu a Corte Constitucional da Colômbia (Sentencia C-040 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell).

Por sua vez, a fixação da competência deve obedecer a determinadas características, como: a legalidade, pois deve ser fixada por lei em sentido estrito; a imperatividade, que significa a impossibilidade de ser derogada por vontade das partes; a imodificabilidade, porque não pode ser alterada durante o curso do processo (*perpetuatio jurisdictionis*); e a indelegabilidade, já que não pode ser transferida por quem a possua para outro órgão. Além disso, trata-se de matéria de ordem pública, posto que fundada em princípios de interesse geral (PULIDO, Carlos Bernal, **El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales**, p. 362).

No caso em análise, observa-se que a admissibilidade dos embargos infringentes foi realizada por juízo diverso daquele expressamente previsto pelo RISTE, uma vez que o recurso teve seu seguimento negado por decisão da Primeira Turma do Tribunal, e não

do Relator, com possibilidade de recurso ao Plenário.

Destaque-se não cabe recurso da decisão de Turma que inadmite embargos declaratórios, salvo novos embargos declaratórios, que não é capaz de levar à discussão ao Pleno, ao contrário do que ocorre com os embargos infringentes.

Nesse sentido, entendo que assiste razão ao recorrente quando sustenta o processamento da presente revisão criminal, de modo a se decidir sobre a anulação da decisão da Primeira Turma que indevidamente conheceu dos embargos infringentes como embargos de declaração, negando o seu seguimento em desacordo com as determinações do RISTF.

Ressalte-se ainda que o Tribunal Pleno do STF decidiu, nos autos da AP 470, que as disposições do art. 333 e seguintes, do Regimento Interno do STF, foram recepcionados com força de lei pela atual Constituição, tendo em vista o disposto na Emenda Constitucional 1/69 da ordem constitucional anterior, que atribuía ao STF competência normativa originária para dispor, em regimento interno, sobre *"o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso"* (art. 120, parágrafo único, "c").

Por esse motivo, vislumbra-se a violação a expressa norma com força de lei que atribui ao Plenário a competência para a análise da admissibilidade dos embargos infringentes.

Anote-se que o fato de os embargos infringentes terem se limitado à divergência relativa à dosimetria da pena condenatória não é motivo suficiente para o não conhecimento do recurso.

Nessa linha, embora a jurisprudência desta Corte tenha se consolidado para exigir dois votos absolutórios em sentido próprio nos embargos infringentes de acórdãos condenatórios proferidos pelas Turmas (AP 863 EI-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.4.2018), por coerência com votos anteriormente proferidos, entendo que esse requisito não é imprescindível.

RvC 5480 AGR / AM

O caso em análise é inclusive elucidativo da posição anteriormente defendida, já que a prevalência da divergência em relação à dosimetria da pena é capaz de levar à prescrição da pretensão punitiva pela pena *in concreto*.

Desta forma, no caso em comento, há relevante questão relacionada ao próprio *jus puniendi* estatal que deve ser devidamente equacionada pelo Plenário.

Corroborando essa linha de raciocínio, cito o voto divergente proferido pelo saudoso Ministro Teori Zavascki nos autos da AP-EI-décimo-quarto-AgR 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.2.2014 (caso Mensalão):

“Aqui não se obteve essa divergência qualificada, a não ser na aplicação da pena. Então, a questão que surge - e nesse ponto eu vou divergir - é saber se, havendo quatro votos divergentes quanto à pena aplicada, cabem embargos infringentes ou não.

No meu entender, sim. Quando se fala em procedência da ação penal, fala-se em procedência da pretensão punitiva. A ação penal é um instrumento onde o Estado deduz uma pretensão punitiva. Integra essa pretensão, obviamente, a aplicação da pena que, portanto, é inerente a um juízo de procedência ou de improcedência. Ademais, a fixação da pena in concreto pode, em tese, importar o reconhecimento da prescrição e, portanto, da extinção da pretensão punitiva, que traduz um juízo de improcedência ou de absolvição do acusado. Aliás, o próprio Ministério Público, nesse ponto, na sua manifestação, concorda com o cabimento dos embargos infringentes. Essa é a posição do Ministério Público nesse caso.

Conforme destacado pelo Ministro Teori, a própria Procuradoria-Geral da República defendeu, em parecer exarado nos autos da AP 470 (fls. 68.348-68.384 *daqueles autos*), a possibilidade de interposição de embargos infringentes em caso de **ausência de votos absolutórios próprios**, no caso para a revisão da dosimetria da pena, *verbis*:

“PROCESSO PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. CONDENAÇÃO ORIGINÁRIA. REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. LIMITES DA DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE RESTRITA. IMPROCEDÊNCIA DAS TESES RECURSAIS. 1. Os embargos infringentes permitem a reanálise do tema dentro dos estritos limites da divergência, **não se limitando exclusivamente ao tema da condenação, mas também quanto ao resultado das penas ou conseqüências decorrentes da condenação.** [...]”

Outrossim, no julgamento do **EI-AGR na AP 863**, defendi que ao prever o cabimento dos embargos infringentes à decisão que julgar procedente a ação penal, o texto do art. 333, I, do RISTF, 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”.

Ressalto que 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.

Sobre o ponto, discorre o Professor Daniel Marchionatti:

“Ao falar em decisão ‘que julgar procedente a ação penal’, o regimento restringiu a via impugnatória aos julgamentos de mérito de ações penais. Não parece, entretanto, que daí se retire a restrição à divergência entre condenação e absolvição. O objetivo foi apartar este recurso específico de seu congêneres no CPP, que é cabível mesmo contra decisões interlocutórias. Por exemplo, se, em recurso em sentido estrito contra decisão de pronúncia, há um voto vencido

pelo provimento, cabem os embargos infringentes e de nulidade. Se o mesmo modelo fosse transposto às ações penais originárias, caberiam embargos infringentes contra qualquer decisão interlocutória desfavorável à defesa, tomada por maioria – o recebimento de denúncia, por exemplo. Por isso, para que caibam os embargos infringentes, a decisão deve ser condenatória. **Daí ao entendimento de que a divergência precisa residir na condenação há um salto sem amparo no sistema.** (MARCHIONATTI, Daniel. Processo Penal contra autoridades. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 283-284)

Portanto, tem-se que o RISTF não exige que a divergência seja quanto à procedência da ação penal, mas apenas que a decisão recorrida implemente uma condenação, de maneira a viabilizar a admissão dos embargos infringentes nos casos em que a insurgência se refira a **questões materiais e/ou processuais, inclusive divergências atinentes à dosimetria da pena.**

Acentue-se que há outras razões para admitir o processamento dos embargos infringentes interpostos pelo recorrente, em especial no que se refere à **viabilização de mecanismos de uniformização da jurisprudência desta Corte em casos de condenações penais.**

Nesse sentido, **com a promulgação da Emenda Regimental nº 49/2014**, que transferiu parte da competência para o processamento dos Inquéritos e Ações Penais do Plenário para as Turmas, passou-se a admitir o risco de jurisprudência conflitante entre os julgamentos das Turmas, inclusive com os precedentes do Plenário.

Desta feita, a admissão dos embargos infringentes nesses casos, em especial quando restringida a liberdade mediante a prolação de acórdão condenatório, ainda que se refira a questão material ou processual, privilegia a uniformidade e segurança jurídica que se espera das manifestações do Poder Judiciário e do Supremo Tribunal Federal.

Destaque-se, por último, não se vislumbrar qualquer violação ao

princípio da boa-fé objetiva em virtude do pleito subsidiário formulado pela defesa, quando da interposição dos embargos infringentes, pelo conhecimento do recurso como embargos declaratórios, ao contrário do que defendido pela PGR.

De fato, uma vez indeferido o pedido principal de conhecimento dos embargos infringentes, persiste o interesse processual no acolhimento desse pleito.

Ademais, entendo que o processamento do recurso adequado no caso em análise, após a interposição dentro das hipóteses legais, constitui matéria de ordem pública, cogente e não disponível por parte da Colenda Primeira Turma, vinculada à garantia do juiz natural, tratando-se, portanto, de **nulidade absoluta**.

Conclusão

Ante o exposto, voto pelo provimento do presente recurso, com o **processamento da revisão criminal, nos termos do RISTF, haja vista a expressa violação às normas dos arts. 333, 335 e 336 do RISTF.**

É como voto.