

08/06/2021

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : FERNANDO KASINSKI LOTTENBERG
AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA
AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA
ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS
ADV.(A/S) : MAURICIO CORREA DE BRITO

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES E FATOS. ANTERIOR ARQUIVAMENTO POR FALTA DE PROVAS.

1. Em caso de omissão do Ministério Público, a legitimidade do assistente da acusação para recorrer, inclusive extraordinariamente, é ampla, salvo contra decisão concessiva de *habeas corpus* (súmulas 208 e 210 do STF).

2. Portanto, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da decisão do Tribunal de Justiça que, revertendo a sentença condenatória, anula a ação penal desde o início.

3. No processo penal, a identidade de causas pressupõe a presença das mesmas partes e dos mesmos fatos investigados/imputados.

4. No caso concreto, o arquivamento promovido anteriormente, além de se referir a apenas um dos réus, compreendeu apenas uma fração dos fatos denunciados nesta ação penal.

5. Mesmo em relação aos fatos investigados na apuração anterior, deu-se o arquivamento por falta de provas, o que não impede a instauração de nova ação penal, baseada em outras provas.

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

6. Provimento do agravo regimental e, uma vez admitido, do recurso extraordinário, para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o TJ/RJ prossiga no julgamento da apelação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por maioria de votos, em dar provimento ao agravo regimental para, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli.

Brasília, 28 de maio a 07 de junho de 2021.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO – REDATOR P/ O ACÓRDÃO

18/12/2018

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA
AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA
ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pela assessora Dra. Vívian Cintra Athanazio Leal:

Em 22 de novembro de 2018, Vossa Excelência proferiu a seguinte decisão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO –
ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO –
LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA –
SEGUIMENTO – NEGATIVA.

1. A recorrente, assistente da acusação, aponta mostrar-se indevido e injusto o acolhimento, pelo Colegiado de origem, da preliminar relativa à coisa julgada. No extraordinário, formalizado com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, sustenta violados os artigos 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, incisos XXXV, XLI e XLII, 97 e 129, inciso I, da Constituição Federal. Afirma malferido o Preâmbulo da Lei Maior. Aludindo a precedentes, indica entendimento do Supremo no sentido de apenas ser o arquivamento de inquérito, por

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

atipicidade ou extinção da punibilidade, apto a formar coisa julgada material, o que não ocorre quando decorrente da falta de prova. Buscando a desconstituição da coisa julgada, assinala a ausência de identidade entre as pessoas e os fatos acontecidos em São Paulo e no Rio de Janeiro. Argumenta ter o órgão fracionário do Tribunal de Justiça desrespeitado a cláusula de reserva de plenário, uma vez que, sem o incidente de inconstitucionalidade, deixou de aplicar diversos dispositivos legais. Pleiteia a reforma do ato atacado, para que o Colegiado de origem julgue a apelação criminal.

Em contrarrazões, os recorridos, reportando-se à procuração constante do processo e ao inciso XV do artigo 34 da Lei nº 8.906/1994, arguem inexistentes poderes especiais para imputar delitos a terceiros. Frisam, salientando a ilegitimidade da recorrente, não haver o Ministério Público recorrido da absolvição. Destacam a necessidade de reexame de fatos e provas.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal apresentou parecer pelo não conhecimento do recurso, considerada a falta de prequestionamento, a imprescindibilidade de análise de fatos e provas e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por meio da petição/STF nº 45.060/2018, a recorrente, invocando o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, assevera a imprescritibilidade do crime de racismo.

Os recorridos, com a petição/STF nº 45.667/2018, reiteram a preliminar de ilegitimidade da recorrente, requerendo a certificação do trânsito em julgado do ato questionado. Quanto à prescrição, salientam necessário diferenciar prática de racismo de apologia ao racismo. Por

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

fim, ressaltam o óbice do verbete nº 279 da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo.

2. Conforme assentado em outras ocasiões, surge imprópria a assistência quando já não há mais o assistido – Órgão acusador –, ante a ausência de recurso do Ministério Público contra a decisão absolutória proferida pelo Tribunal de origem. A preliminar de ilegitimidade merece acolhida. Reporto-me às razões lançadas no julgamento do *habeas corpus* nº 102.085, Plenário, relatora ministra Cármen Lúcia, acórdão publicado no Diário da Justiça de 27 de agosto de 2010:

[...]

O que nos vem da Carta de 1988? Todos sabemos que se deu ênfase muito grande à atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Há diversos incisos no artigo 129 a versar a propositura de ações. No tocante à atividade precípua do Ministério Público – a de propor ação penal pública –, o texto legal refere-se à atuação privativa, ao contrário do que ocorre no tocante, por exemplo, ao inquérito civil, à ação civil pública e à ação de inconstitucionalidade. Então o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do artigo 5º, que revela o principal rol das garantias constitucionais dos cidadãos. Apenas versou não a propositura da ação penal pública incondicionada, mas, em substituição, ante a inércia do Ministério Público, a da privada:

“Art. 5º (...)

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada" – está em bom vernáculo, em bom português – “no prazo legal;”

Foi ou não intentada? Foi, mas, ante o contexto, manifestou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela absolvição. Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. Essa transformação ocorrerá, vingando a óptica majoritária, a partir do momento em que não se conte mais, na fase recursal, na angularidade processual, com a participação do titular da ação, o Ministério Público.

Por isso, Presidente, tenho que a Carta de 1988 não recepcionou o artigo 598 do Código de Processo Penal, que é uma norma bem anterior àquela, apontada como cidadã. A rigor, nunca entendi muito essa figura do assistente quanto ao Estado acusador, porque se se tem como premissa que a ação é pública e incondicionada, direciona-se à atividade de um órgão equidistante, de um órgão que atuará com independência maior, não estando sujeito às paixões a que o cidadão e a iniciativa privada estão.

Peço vênias à Relatora e àqueles que a acompanharam para entender não caber o que apontei como corrida de revezamento, a transmutação da ação penal pública em ação penal privada. No caso de haver a regência sob o ângulo, sob a natureza da ação penal pública, somente é possível surgir uma ação penal privada, como está

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

autorizado pela Carta de 1988, se ocorrer a inércia do Ministério Público e, no caso, não existir.

[...]

3. Ante o quadro, acolho a preliminar de ilegitimidade da recorrente e nego seguimento ao extraordinário.

4. Publiquem.

A agravante reitera as razões do extraordinário, afirmando ter legitimidade para recorrer, em que pese a ausência de formalização de recurso pelo Ministério Público. Indicando precedentes do Supremo, salienta haver Vossa Excelência ficado vencido na apreciação do *habeas corpus* nº 102.085.

O Ministério Público Federal, em 28 de novembro de 2018, deu-se por ciente do pronunciamento atacado, reportando-se ao parecer anteriormente apresentado.

Em contraminuta, os agravados apontam o acerto do ato impugnado. Destacando o caráter protelatório do recurso, requerem a decretação do trânsito em julgado da decisão relativa à apelação.

O processo é eletrônico e está concluso.

É o relatório.

18/12/2018

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por advogado regularmente credenciado, foi protocolada no prazo legal.

Não prosperam as alegações da agravante. Conforme assentado no ato questionado, surge imprópria a assistência quando já não há mais o assistido – Órgão acusador –, ante a ausência de recurso do Ministério Público contra o pronunciamento do Tribunal de origem que implicou a anulação do processo-crime, desde a denúncia, com determinação de arquivamento, considerado o acolhimento da preliminar de coisa julgada. Reitero a impossibilidade de transmudar a ação penal pública em ação penal privada. A ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em ação penal privada – somente é viável concebê-la, como está autorizado pela Constituição Federal, caso verificada a inércia do Ministério Público na propositura, o que não ocorreu no caso.

Conheço do agravo interno e o desprovejo.

É como voto.

18/12/2018

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Na Lista 4, quanto ao item 2. Aqui, com todas as vênias, acho que a posição do Ministro Marco Aurélio é a de que o assistente de acusação não pode recorrer, se o Ministério Público não o fizer.

Neste caso, que envolve a Federação Israelita do Rio, penso que a jurisprudência do Tribunal é de reconhecer a legitimidade para o assistente técnico recorrer.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Mas, aí, quanto à ação penal pública, que é da exclusividade do Ministério Público. Passamos a ter corrida de revezamento, substituindo o assistente ao Ministério Público.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu estou aplicando a Súmula 210, que tem a seguinte dicção: o assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Pode. Também acho, mas não neste caso, em que o Ministério Público não atua. Há de participar da relação processual assistindo. Ele estará assistindo a quem, se o Ministério Público concordou com a absolvição?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Não, mas o Ministério Público era parte!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Sim, mas o acusado foi...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)
- O Ministério Público não recorreu.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Não recorreu.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - O

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

assistente de acusação recorreu.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- O Ministério Público concordou.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Ou seja, ele simplesmente...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A partir do momento que ele é admitido; ele pode só não pode atuar...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – E pela Constituição apenas atua no caso de inércia do Ministério Público, ou seja, a ação é penal pública, mas o Ministério Público não ingressa com ação. Nesse caso de inércia, pela Constituição Federal, pode o ofendido ou familiar do ofendido atuar.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Eu peço vista, Presidente.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN (14962/RJ) E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA

AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA

ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS (117369/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 18.12.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Cintia da Silva Gonçalves
Secretária da Turma

29/03/2021

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES E FATOS. ANTERIOR ARQUIVAMENTO POR FALTA DE PROVAS.

1. Em caso de omissão do Ministério Público, a legitimidade do assistente da acusação para recorrer, inclusive extraordinariamente, é ampla, salvo contra decisão concessiva de *habeas corpus* (súmulas 208 e 210 do STF).

2. Portanto, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da decisão do Tribunal de Justiça que, revertendo a sentença condenatória, anula a ação penal desde o início.

3. No processo penal, a identidade de causas pressupõe a presença das mesmas partes e dos mesmos fatos investigados/imputados.

4. No caso concreto, o arquivamento promovido anteriormente, além de se referir a apenas um dos réus, compreendeu apenas uma fração dos fatos denunciados

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

nesta ação penal.

5. Mesmo em relação aos fatos investigados na apuração anterior, deu-se o arquivamento por falta de provas, o que não impede a instauração de nova ação penal, baseada em outras provas.

6. Provimento do agravo regimental e, uma vez admitido, do recurso extraordinário, para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o TJ/RJ prossiga no julgamento da apelação.

1. Trata-se de agravo regimental interposto pela Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro contra decisão monocrática proferida pelo Ministro Marco Aurélio, que negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pela agravante, sob o fundamento de ilegitimidade recursal.

2. Pedi vista dos autos para melhor exame da matéria. Devolvo os autos para continuidade do julgamento. Início por uma recapitulação do processo.

3. Em 22 de novembro de 2005, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ) ofereceu denúncia contra Adalmir Caparros Fagá e Almir Caparros Fagá, imputando-lhes a prática do crime de racismo, previsto no art. 20, § 2º, da Lei nº 7716/1989. De acordo com a denúncia, os acusados (ora agravados) editaram e expuseram à venda os livros *Minha Luta*, de Adolf Hitler, e *Os Protocolos dos Sábios de Sião*, apócrifo, que contêm mensagens preconceituosas e discriminatórias contra os judeus (e-STJ, fls. 3-5).

4. A denúncia foi recebida em 24 de janeiro de 2006 (e-STJ,

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

fls. 62-63). Com a anuência do MP/RJ, a Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro, ora agravante, foi admitida como assistente de acusação (e-STJ, fls. 99-100).

5. Em alegações finais, o MP/RJ requereu a absolvição dos réus (e-STJ, fls. 709-715), ao passo que a agravante pleiteou a sua condenação (e-STJ, fls. 720-738).

6. Os agravados foram condenados, em 18 de dezembro de 2009, a penas de 2 (dois) anos de reclusão (e-STJ, fls. 785-806). Contra a sentença condenatória foi interposto recurso de apelação somente pelos agravados (e-STJ, fls. 830-840).

7. Em 21 de outubro de 2010, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro anulou o processo desde a denúncia, por entender caracterizada a coisa julgada, sob o fundamento de que as condutas imputadas aos agravados teriam sido consideradas atípicas e arquivadas em inquérito anteriormente instaurado no Poder Judiciário do Estado de São Paulo (e-STJ, fls. 929-937).

8. Após a rejeição de embargos de declaração opostos contra o acórdão que anulou o processo (e-STJ, fls. 1289-1294), a Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro interpôs recurso extraordinário (e-STJ, fls. 1333-1398) e recurso especial (e-STJ, fls. 1402-1455).

9. No Superior Tribunal de Justiça, o recurso especial teve seguimento negado (e-STJ, fls. 2123-2132).

10. Já neste Supremo Tribunal Federal, o Ministro Marco Aurélio, Relator, reconheceu a ilegitimidade da agravante para, na condição de assistente de acusação, interpor recurso extraordinário diante da omissão do Ministério Público e, por essa razão, negou seguimento ao recurso.

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

11. Divirjo desse entendimento. Dispõe o art. 598 do CPP que *“Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo”*.

12. Sedimentando a interpretação desse dispositivo, o enunciado 210 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que *“o assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Cód. de Proc. Penal”* (grifei).

13. Destaco que, entre os precedentes que levaram à formulação do enunciado, há casos de absolvição pelo Tribunal de segundo grau (RE 47218, Rel. Ribeiro da Costa, Segunda Turma, j. 29.10.1963). Não se vê razão para impedir que a legitimidade recursal exista, também, nos casos em que a decisão recorrida anulou a ação penal, revertendo a sentença condenatória. A exceção fica por conta, apenas, das hipóteses de concessão de ordem de *habeas corpus*, nos termos do enunciado 208 da Súmula de Jurisprudência do STF (*“O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de habeas corpus”*).

14. Portanto, consoante jurisprudência tranquila do STF, é legítima a interposição de recurso extraordinário pelo assistente de acusação, em caso de omissão do Ministério Público, salvo quando se tratar de concessão de ordem de *habeas corpus*. Destaco que a subsistência desse entendimento após o advento da Constituição de 1988 foi afirmada por este Supremo Tribunal Federal, em julgado assim ementado:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: "O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal".

3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.

4. Ordem denegada.

(HC 102085, Rel. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 10.06.2010)

15. Podem ser citados diversos outros julgados recentes que confirmam essa compreensão acerca da legitimidade ampla do assistente da acusação para recorrer, inclusive extraordinariamente – confirmam-se, por exemplo, HC 97261, Rel. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 12.04.2011; RHC 107714, Rel. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 10.05.2011; RE 594104 AgR-AgR-ED-EDv-AgR, Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 01.07.2015; HC 139229 AgR-segundo, Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 20.04.2018.

16. Dou provimento ao agravo regimental, admitindo o recurso extraordinário. Passo, de imediato, ao seu exame.

17. Na peça recursal, a Federação Israelita do Estado do Rio de Janeiro sustenta que, ao anular a ação penal, sob o fundamento de

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

inobservância da coisa julgada, o TJ/RJ teria violado os arts. 3º, IV; 4º, VIII; 5º, XXXV, XLI e XLII; 97; e 129, I, todos da Constituição da República. Defende que o acórdão recorrido violou o entendimento consolidado deste STF, no sentido de que o arquivamento de inquérito policial por falta de provas de cometimento do delito não faz coisa julgada.

18. Com razão a recorrente. Inicialmente, no que diz respeito à caracterização da repercussão geral, estará presente sempre que o recurso impugnar acórdão que contrarie jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (CPC, art. 1035, § 3º).

19. A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que a) a existência de coisa julgada pressupõe identidade de partes e de fatos imputados/investigados (cf., *v. g.*, HC 82980, Rel. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 17.03.2009); e b) o arquivamento de inquérito policial por falta de provas de cometimento de delito não faz coisa julgada (de acordo com o enunciado 524 da Súmula de Jurisprudência do STF, “*arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas*” – grifei).

19. A primeira questão que se coloca no presente recurso extraordinário é a de se saber se houve efetivamente formação de coisa julgada sobre a causa objeto da presente ação penal, em razão do arquivamento realizado pela Justiça do Estado de São Paulo.

20. A respeito da identidade de causas, o art. 337, § 2º, do CPC prevê que “*uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido*”. Ocorre que, no processo penal, o pedido é sempre o mesmo, de imposição da sanção prevista no tipo. Relevante, portanto, é apenas a identidade de partes e de causa de pedir – a qual, no processo penal, equivale ao fato investigado/imputado.

21. No que tange às *partes*, verifica-se que, dos denunciados na

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

presente ação penal, somente foi investigado no inquérito instaurado em São Paulo o agravado Adalmir Caparros Fagá (e-STJ, fls. 316-322). Somente por essa razão já seria inviável o reconhecimento da existência de coisa julgada em relação ao agravado Almir Caparrós Fagá.

22. Já no que se refere ao *fato investigado/imputado*, no inquérito paulista se examinou a “*edição e comercialização do livro ‘Os Protocolos dos Sábios de Sião’, respectivamente por Centauro Editora e Distribuidora de Livros Ltda. e Book Lovers – Amalivros Livraria Ltda.*” (e-STJ, fl. 319).

23. Por sua vez, a denúncia que inaugurou a presente ação penal narra as seguintes condutas (e-STJ, fls. 2-5):

“No dia 25 de maio de 2005, durante o período vespertino, no Rio-Centro, Rio de Janeiro, durante a realização da Bienal do Livro, foram expostos à venda os livros ‘Minha Luta’, de Adolpf Hitler, e “Protocolos dos Sábios de Sião” (apócrifo), que contêm mensagens discriminatórias e preconceituosas com relação aos judeus. Os acusados ADALMIR CAPARROS FAGÁ e ALMIR CAPARROS FAGÁ, na qualidade de sócios-gerentes da ‘CENTAURO EDITORA E DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA.’, editaram e distribuíram as referidas obras, vendendo ao público os textos com mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias. Assim agindo, os acusados incitam a discriminação, vindo a semear em seus leitores o sentimento de preconceito contra pessoas de origem judaica.

(...)

Além de editarem, distribuírem e comercializarem esse livro apócrifo, os acusados ADALMIR CAPARROS FAGÁ e ALMIR CAPARROS FAGÁ mantinham uma mensagem discriminatória no site da Editora Centauro (www.centauro.com.br), endossando o conteúdo preconceituoso contido no próprio texto do livro. De acordo com a mensagem veiculada na internet, ‘nenhuma obra despertou mais atenção no mundo no Século XX do que Os

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

Protocolos dos Sábios de Sião'. Grandes jornais, críticos e escritores discutem esse livro que contém o mais terrível e cínico plano subversivo da história, o plano dos judeus para dominar o mundo.”

24. Conforme entendimento do STF, “a ofensa à coisa julgada exige a identidade de causa, caracterizada pela identidade do fato, sendo que esta não se verifica no caso de alteração de um dos elementos que o constitui (tempo, lugar, conduta imputada ao agente)” – HC 82980, Rel. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 17.03.2009, grifei.

25. A denúncia oferecida nesta ação penal não se limita, como o inquérito paulista, a narrar a conduta de editar e publicar o livro *Protocolo dos Sábios de Sião*. Ela também se refere à edição e publicação do livro de cabeceira no nazismo, *Minha Vida*, de Adolf Hitler, além da exposição à venda desses dois livros na Bienal do Rio de Janeiro e, ainda, à publicação de mensagem racista no *site* da editora.

26. O inquérito paulista e a presente ação penal, portanto, tratam, em seu núcleo, de fatos distintos, ocorridos em momentos e locais diferentes. Apenas uma fração dos fatos investigados em São Paulo – a edição e publicação do *Protocolo dos Sábios de Sião* – repete-se na presente ação penal.

27. De todo modo, mesmo em relação a essa fração em que existe identidade de causas, o fundamento utilizado pelo Ministério Público para promover o arquivamento do inquérito na justiça paulista foi a ausência de prova quanto à existência de dolo dos investigados. Confira-se o trecho pertinente da promoção de arquivamento (e-STJ, fls. 321-322):

“Como se verifica através das declarações dos envolvidos, não houve por parte da livraria ou da editora qualquer intenção de praticar, induzir ou incitar a discriminação racial. O

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

representante da primeira desconhecia o conteúdo do livro e o representante da segunda assegurou que o objetivo era apenas apresentar o texto.

Ante a ausência de dolo, elemento subjetivo do tipo e indispensável para a caracterização do crime, promovo o arquivamento dos autos sem prejuízo do disposto no art. 18 do Código de Processo Penal.”

28. Note-se que a promoção de arquivamento não se refere à atipicidade em tese, mas à ausência de comprovação, a partir das declarações colhidas dos investigados, da existência de intenção discriminatória (dolo). Tanto assim que o membro do Ministério Público faz expressa menção ao art. 18 do CPP, segundo o qual *“depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”* (grifei).

29. Portanto, tendo o arquivamento se baseado na ausência de prova quanto à caracterização do dolo, nada impede a instauração de nova ação penal, presentes novos elementos a indicar a presença do elemento subjetivo do tipo.

30. Em conclusão, não restou caracterizada a coisa julgada apontada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. A apelação interposta pelos ora agravados, contudo, contém outros argumentos, que devem ser apreciados por aquela Corte, a fim de que não haja supressão de instância e seja respeitado o duplo grau de jurisdição.

31. Diante do exposto, **dou provimento ao agravo regimental e, conhecendo do recurso extraordinário, dou-lhe provimento** para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação.

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

32. É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN (14962/RJ) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : FERNANDO KASINSKI LOTTENBERG (74098/SP)

AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA

AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA

ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS (117369/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 18.12.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo; e do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, que dele divergia para dar provimento ao agravo, conhecer do recurso extraordinário e desde logo dar-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, Sessão Virtual de 19.3.2021 a 26.3.2021.

08/06/2021

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO
AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : FERNANDO KASINSKI LOTTENBERG
AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA
AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA
ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS
ADV.(A/S) : MAURICIO CORREA DE BRITO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Peço vênica para divergir do Relator.

No tocante à legitimidade recursal do assistente de acusação, acompanho o voto do Ministro **Roberto Barroso**, porquanto a jurisprudência da Corte é uníssona no sentido da possibilidade de interposição de recurso extraordinário nessa hipótese.

Com efeito, destaco o seguinte julgado proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO. 1. **A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu**

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: 'O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal'. 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória. 4. Ordem denegada” (HC nº 102.085, Rel. Min. **Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJ de 27/8/10).**

Todavia, quanto à matéria de fundo, uma vez admitido o recurso, voto pelo retorno dos autos ao Relator, para se manifestar sobre o mérito.

Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental, afastando-se a preliminar de ilegitimidade e, por consequência, pelo retorno dos autos ao Relator para que aprecie a matéria de fundo oportunamente.

08/06/2021

PRIMEIRA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659 RIO DE JANEIRO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES: Trata-se de Agravo Regimental interposto pela FEDERAÇÃO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (FIERJ), assistente de acusação nos autos de origem, em face da decisão monocrática que, acolhendo a preliminar de ilegitimidade da ora recorrente, negou seguimento ao Recurso Extraordinário.

A decisão impugnada, datada de 22 de novembro de 2018, possui o seguinte teor (eDoc. 46):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO – LEGITIMIDADE – AUSÊNCIA – SEGUIMENTO – NEGATIVA.

1. A recorrente, assistente da acusação, aponta mostrar-se indevido e injusto o acolhimento, pelo Colegiado de origem, da preliminar relativa à coisa julgada. No extraordinário, formalizado com fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional, sustenta violados os artigos 3º, inciso IV, 4º, inciso VIII, 5º, incisos XXXV, XLI e XLII, 97 e 129, inciso I, da Constituição Federal. Afirma malferido o Preâmbulo da Lei Maior. Aludindo a precedentes, indica entendimento do Supremo no sentido de apenas ser o arquivamento de inquérito, por atipicidade ou extinção da punibilidade, apto a formar coisa julgada material, o que não ocorre quando decorrente da falta de prova. Buscando a desconstituição da coisa julgada, assinala a ausência de identidade entre as pessoas e os fatos acontecidos em São Paulo e no Rio de Janeiro. Argumenta ter o órgão fracionário do Tribunal de Justiça desrespeitado a cláusula de reserva de plenário, uma vez que, sem o incidente de inconstitucionalidade, deixou de aplicar diversos dispositivos legais. Pleiteia a reforma do ato atacado, para que o

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

Colegiado de origem julgue a apelação criminal.

Em contrarrazões, os recorridos, reportando-se à procuração constante do processo e ao inciso XV do artigo 34 da Lei nº 8.906/1994, arguem inexistentes poderes especiais para imputar delitos a terceiros. Frisam, salientando a ilegitimidade da recorrente, não haver o Ministério Público recorrido da absolvição. Destacam a necessidade de reexame de fatos e provas.

Instado a manifestar-se, o Ministério Público Federal apresentou parecer pelo não conhecimento do recurso, considerada a falta de prequestionamento, a imprescindibilidade de análise de fatos e provas e a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Por meio da petição/STF nº 45.060/2018, a recorrente, invocando o inciso XLII do artigo 5º da Constituição Federal, assevera a imprescritibilidade do crime de racismo.

Os recorridos, com a petição/STF nº 45.667/2018, reiteram a preliminar de ilegitimidade da recorrente, requerendo a certificação do trânsito em julgado do ato questionado. Quanto à prescrição, salientam necessário diferenciar prática de racismo de apologia ao racismo. Por fim, ressaltam o óbice do verbete nº 279 da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo.

2. Conforme assentado em outras ocasiões, surge imprópria a assistência quando já não há mais o assistido Órgão acusador, ante a ausência de recurso do Ministério Público contra a decisão absolutória proferida pelo Tribunal de origem. A preliminar de ilegitimidade merece acolhida. Reporto-me às razões lançadas no julgamento do *habeas corpus* nº 102.085, Plenário, relatora ministra Cármen Lúcia, acórdão publicado no Diário da Justiça de 27 de agosto de 2010:

[...]

O que nos vem da Carta de 1988? Todos sabemos que se deu ênfase muito grande à atuação do Ministério Público na defesa da sociedade. Há diversos incisos no artigo 129 a versar a propositura de ações. No tocante à atividade precípua do Ministério Público – a de propor

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

ação penal pública –, o texto legal refere-se à atuação privativa, ao contrário do que ocorre no tocante, por exemplo, ao inquérito civil, à ação civil pública e à ação de inconstitucionalidade. Então o próprio constituinte abriu exceção única à regra da promoção privada em substituição à ação penal pública do Estado acusador. Fê-lo, de forma exauriente, mediante o preceito do inciso, já muito referido, LIX, do artigo 5º, que revela o principal rol das garantias constitucionais dos cidadãos. Apenas versou não a propositura da ação penal pública incondicionada, mas, em substituição, ante a inércia do Ministério Público, a da privada:

‘Art. 5º (...)

LIX será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada’ – está em bom vernáculo, em bom português – ‘no prazo legal;’

Foi ou não intentada? Foi, mas, ante o contexto, manifestou-se o Ministério Público, em alegações finais, pela absolvição. Será que, diante desses dois dispositivos, é possível ter-se a transmutação da ação penal pública que existiu em ação penal privada? A resposta, para mim, é desenganadamente negativa. Uma ação que nasce pública incondicionada não pode, na fase recursal, transformar-se em uma ação penal privada. Essa transformação ocorrerá, vingando a óptica majoritária, a partir do momento em que não se conte mais, na fase recursal, na angularidade processual, com a participação do titular da ação, o Ministério Público.

Por isso, Presidente, tenho que a Carta de 1988 não recepcionou o artigo 598 do Código de Processo Penal, que é uma norma bem anterior àquela, apontada como cidadã. A rigor, nunca entendi muito essa figura do assistente quanto ao Estado acusador, porque se se tem como premissa que a ação é pública e incondicionada, direciona-se à atividade de um órgão equidistante, de um

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

órgão que atuará com independência maior, não estando sujeito às paixões a que o cidadão e a iniciativa privada estão.

Peço vênia à Relatora e àqueles que a acompanharam para entender não caber o que aponte como corrida de revezamento, a transmutação da ação penal pública em ação penal privada. No caso de haver a regência sob o ângulo, sob a natureza da ação penal pública, somente é possível surgir uma ação penal privada, como está autorizado pela Carta de 1988, se ocorrer a inércia do Ministério Público e, no caso, não existir.

[...]

3. Ante o quadro, acolho a preliminar de ilegitimidade da recorrente e nego seguimento ao extraordinário.

4. Publique-se.”

Consta dos autos que os réus ALMIR CAPARROS FAGÁ e ADALMIR CAPARROS FAGÁ, sócios da Editora Centauro, foram denunciados, em 22/11/2005, pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP/RJ), como incurso nas penas do art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89 (e-STJ, fls. 3/5). Segundo a exordial acusatória, *“No dia 20 de maio de 2.005, durante o período vespertino, no Rio-Centro, Rio de Janeiro, durante a realização da Bienal do Livro foram expostos à venda os livros ‘Minha Luta’, de Adolph Hitler, e ‘Protocolos dos Sábios de Sião’ (apócrifo), que contêm mensagens discriminatórias e preconceituosas com relação aos judeus. Os acusados ADALMIR CAPARROS FAGA e ALMIR CAPARROS FAGA, na qualidade de sócio-gerente da ‘CENTAURO EDITORA E DISTRIBUIDORA DE LIVROS LTDA.’, editaram e distribuíram as referidas obras, vendendo ao público os textos com mensagens anti-semitas, racistas e discriminatórias. Assim agindo, os acusados incitam a discriminação, vindo a semear em seus leitores o sentimento de preconceito contra pessoas de origem judaica”* (eDoc. 1, fl. 4).

A denúncia foi recebida por decisão proferida em 24/1/2006 (e-STJ, fls. 62/63). Em seguida, em 13/2/006, a FIERJ requereu a sua admissão como assistente de acusação (e-STJ, fl. 67, anexos às fls. 68/98). O MP/RJ

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

não apresentou qualquer oposição ao pleito (e-STJ, fl. 99), tendo a assistência requerida sido admitida através de decisão datada de 22/2/2006 (e-STJ, fl. 100).

Após a regular instrução, os réus foram condenados, em primeira instância, pelo juízo da 28ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, pela prática do crime de racismo (art. 20, § 2º, da Lei 7.716/89), à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de um salário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade (e-STJ, fls. 785/806).

Em sede de apelação, por maioria de votos, a 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), em sessão realizada em 21/10/2010, acolheu a preliminar de coisa julgada e, por conseguinte, anulou o processo desde a denúncia, inclusive com o arquivamento das peças de informação em que a exordial acusatória se baseou (e-STJ, fls. 929/946).

Em seguida, a FIERJ, assistente da acusação e aqui agravante, opôs Embargos de Declaração (e-STJ, fls. 952/982), os quais foram rejeitados, por unanimidade, pelo Tribunal *a quo*, em sessão ocorrida em 16 de dezembro de 2010 (e-STJ, fls. 1.288/1.294).

A Federação interpôs então Recurso Especial (e-STJ, fls. 1402/1455) e Extraordinário (e-STJ, fls. 1333/1398), posteriormente ratificados (e-STJ, fls. 1.614 e 1.622), os quais foram admitidos na origem.

No apelo extremo, a recorrente defendeu ter havido desobediência ao Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, bem como aos arts. 3º, IV, 4º, VIII, 5º, XXXV, XLI e XLII, 97 e 129, I. Ao final, requereu o provimento do apelo para reformar o acórdão recorrido, rejeitando-se a preliminar de coisa julgada, a fim de que a Corte Estadual, uma vez superadas as preliminares, julgue, como entender de direito, o mérito da apelação criminal.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), a Sexta Turma, por maioria, não conheceu do Recurso Especial (e-STJ, fls. 2123/2132).

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

Nesta CORTE, o Ministro Relator negou seguimento ao extraordinário, afirmando ser a assistente de acusação parte ilegítima para a propositura do presente recurso (eDoc. 46).

O julgamento teve início em sessão realizada em 18/12/2018, oportunidade em que o eminente relator, Min. MARCO AURÉLIO, votou pela negativa de provimento ao Agravo Regimental, confirmando o entendimento monocrático, propondo a seguinte ementa:

“RECURSO – LEGITIMIDADE – ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO – AUSÊNCIA. Surge imprópria a assistência quando já não há mais o assistido – Órgão acusador –, ante a ausência de recurso do Ministério Público contra a decisão proferida pelo Tribunal de origem.”

O Min. ROBERTO BARROSO pediu vista dos autos (eDoc. 55) e os devolveu em 4/3/2021, ocasião em que apresentou voto divergindo do Relator, votando pelo provimento ao agravo e consequente conhecimento e provimento do RE, através de fundamentos resumidos pela seguinte ementa:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE DE PARTES E FATOS. ANTERIOR ARQUIVAMENTO POR FALTA DE PROVAS.

1. Em caso de omissão do Ministério Público, a legitimidade do assistente da acusação para recorrer, inclusive extraordinariamente, é ampla, salvo contra decisão concessiva de habeas corpus (súmulas 208 e 210 do STF).

2. Portanto, o assistente de acusação possui legitimidade para recorrer da decisão do Tribunal de Justiça que, revertendo a sentença condenatória, anula a ação penal desde o início.

3. No processo penal, a identidade de causas pressupõe a presença das mesmas partes e dos mesmos fatos

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

investigados/imputados.

4. No caso concreto, o arquivamento promovido anteriormente, além de se referir a apenas um dos réus, compreendeu apenas uma fração dos fatos denunciados nesta ação penal.

5. Mesmo em relação aos fatos investigados na apuração anterior, deu-se o arquivamento por falta de provas, o que não impede a instauração de nova ação penal, baseada em outras provas.

6. Provimento do agravo regimental e, uma vez admitido, do recurso extraordinário, para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o TJ/RJ prossiga no julgamento da apelação.”

Após a inclusão do processo em pauta para continuidade do julgamento, em sessão virtual agendada com início em 19/3/2021, pedi vista dos autos para melhor analisar a matéria debatida.

É a síntese do necessário.

Com a devida vênia ao entendimento adotado pelo eminente Relator, adianto que acompanharei a divergência inaugurada pelo Min. ROBERTO BARROSO.

A questão de fundo controvertida cinge-se à definição, em sede penal, acerca da possibilidade do assistente de acusação interpor Recurso Extraordinário quando o Ministério Público não o interpõe.

O eminente Relator entende que não, razão pela qual negou seguimento ao RE e apresentou voto pelo desprovimento do Agravo. Já o Min. ROBERTO BARROSO entende haver a legitimidade questionada, razão pela qual apresentou voto divergindo do Relator, votando pelo provimento do Agravo.

De início, vale ressaltar, conforme muito bem pontuado pelo agravante, que o entendimento externado pelo eminente Relator no bojo dos autos do HC 102.085, citado nas razões da decisão ora agravada, não representou a corrente majoritária. Naquela ocasião, a maioria dos integrantes do Plenário desta CORTE, entendendo justamente no sentido oposto do voto do Min. MARCO AURÉLIO, admitiu a legitimidade do

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

assistente de acusação para recorrer de maneira autônoma quando observado que o Ministério Público não o fez. Veja-se a ementa do julgado citado:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE DA ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO PARA RECORRER DA SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IRRELEVÂNCIA DO PARECER MINISTERIAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA PELO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO.

1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso.

2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: ‘O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal’.

3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória.

4. Ordem denegada.” (HC 102.085, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, DJe de 27/8/2010)

Nesse mesmo sentido, cito julgados do Pleno e de ambas as Turmas desta CORTE:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL DE ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

1. Os embargos de divergência são inadmissíveis quando o acórdão embargado estiver alinhado à jurisprudência desta Suprema Corte, que lhe serviu de fundamento.

2. A competência dos tribunais locais para analisar a conformidade dos veredictos populares com a prova dos autos, afirmada nos acórdãos indicados como paradigmas, não exclui o controle jurisdicional sobre esta análise e a verificação, pelo Supremo Tribunal Federal, de violação à soberania dos veredictos.

3. *In casu*, reconhecendo a existência de violação ao princípio constitucional que consagra a soberania dos veredictos do Tribunal Popular (art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal), foi dado provimento ao presente Recurso Extraordinário para cassar o acórdão do Tribunal de Justiça que determinara a realização de novo júri, restabelecendo, com isso, o veredicto condenatório anteriormente prolatado.

4. A reconsideração, em juízo de retratação, para dar provimento ao agravo regimental do assistente de acusação, interposto contra decisão do Relator que julgara prejudicados os recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público e pelo assistente, não é nula: art. 317, §2º, do RISTF. O assistente de acusação possui legitimidade para intervir no curso da ação penal pública, enquanto não passar em julgado a sentença (artigos 268 e 269 do Código de Processo Penal), alcançando a fase recursal extraordinária. Precedentes.

5. Agravo regimental desprovido.” **(grifo nosso)**

(RE 594.104 AgR-AgR-ED-EDv-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, **Tribunal Pleno**, DJe de 24/8/2015)

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crime de lesão corporal (art. 129, § 2º, incisos III e IV, do Código Penal). Condenação. Recurso de apelação agitado pelo assistente de acusação. Legitimidade. Enunciado da Súmula nº 210 desta Corte. Precedentes. 1. O julgado impugnado está em perfeita harmonia com a jurisprudência desta Suprema Corte, que assentou a legitimidade do assistente de acusação para

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

recorrer da sentença caso o Ministério Público se quede inerte (HC nº 100.243/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 25/10/10). 2. Recurso não provido.”

(RHC 107.714, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, **Primeira Turma**, DJe de 1º/8/2011)

“HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA RECORRER. EXISTÊNCIA. REVISÃO CRIMINAL. JULGAMENTO. PARTICIPAÇÃO DE DESEMBARGADOR QUE ATUOU NA APRECIÇÃO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

I - O art. 598 do Código de Processo Penal confere legitimidade ao assistente de acusação para recorrer da sentença caso o Ministério Público se quede inerte.

II - NOS TERMOS DO ART. 625 DO CPP, DEVE SER DESIGNADO RELATOR DA REVISÃO CRIMINAL DESEMBARGADOR QUE NÃO TENHA PROFERIDO DECISÃO EM QUALQUER FASE DO PROCESSO.

III - NA HIPÓTESE DOS AUTOS, DESEMBARGADOR QUE ATUOU NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO FOI DESIGNADO RELATOR PARA O ACÓRDÃO DA REVISÃO CRIMINAL, UMA VEZ QUE PROFERIU O PRIMEIRO VOTO VENCEDOR. TAL SITUAÇÃO NÃO VIOLA A REFERIDA REGRA.

IV - O HABEAS CORPUS NÃO SE PRESTA AO REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DA CAUSA, O QUE TORNA INVIÁVEL O EXAME DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE.

V - Ordem denegada.” (grifo nosso)

HC 100.243, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 25/10/2010

“HABEAS CORPUS – SENTENÇA ABSOLUTÓRIA

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

PROFERIDA NO ÂMBITO DE PROCESSO PENAL DE NATUREZA CONDENATÓRIA – RECURSO DE ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO NA HIPÓTESE DE INÉRCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – PRECEDENTES – AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO AGRAVO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.” (HC 139.229 AgR-segundo, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Segunda Turma**, DJe de 15/5/2018)

“**HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. INTERCEPTAÇÃO OU RECEPÇÃO NÃO AUTORIZADA DE SINAL DE TV A CABO. FURTO DE ENERGIA (ART. 155, § 3º, DO CÓDIGO PENAL). ADEQUAÇÃO TÍPICA NÃO EVIDENCIADA. CONDUTA TÍPICA PREVISTA NO ART. 35 DA L EI 8.977/95. INEXISTÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. APLICAÇÃO DE ANALOGIA IN MALAM PARTEM PARA COMPLEMENTAR A NORMA. INADMISSIBILIDADE. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ESTRITA LEGALIDADE PENAL. PRECEDENTES. O assistente de acusação tem legitimidade para recorrer de decisão absolutória nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. Decorrência do enunciado da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal. O sinal de TV a cabo não é energia, e assim, não pode ser objeto material do delito previsto no art. 155, § 3º, do Código Penal. Daí a impossibilidade de se equiparar o desvio de sinal de TV a cabo ao delito descrito no referido dispositivo. Ademais, na esfera penal não se admite a aplicação da analogia para suprir lacunas, de modo a se criar penalidade não mencionada na lei (analogia in malam partem), sob pena de violação ao princípio constitucional da estrita legalidade. Precedentes. Ordem concedida.” (grifo nosso) (HC 97.261, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, **Segunda Turma**, DJe de 3/5/2011)**

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

“*Habeas Corpus*. 2. Prova Ilícita. 3. Necessidade de comprovação da utilização da prova ilícita na sentença condenatória para declaração da nulidade do processo. 4. Inadequação da aplicação da pena. 5. A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos depende do preenchimento dos requisitos subjetivos e objetivos exigidos em lei. **6. Legitimidade do assistente da acusação para recorrer independentemente de recurso do órgão ministerial.** 7. Precedentes do STF. 8. Ordem denegada.” **(grifo nosso)** (HC 83.582, Rel. Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, DJ de 11/5/2007)”

“CRIMES CONTRA A HONRA DE SERVIDOR PÚBLICO, EM RAZÃO DO OFÍCIO. LEGITIMIDADE CONCORRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 208. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. O STF, por seu plenário, rejeitou a tese do promotor natural, porque dependente de interposição legislativa (HC 67.759, rel. Min. Celso de Mello, DJ 01.07.93). **Admissível o recurso extraordinário interposto pelo servidor ofendido e regularmente admitido como assistente da acusação na ação penal pública condicionada, quando o MP não recorre contra acórdão do STJ que acolhe tese rejeitada pelo STF, em recurso ordinário em *habeas corpus*, e anula a ação penal.** O reconhecimento da legitimidade concorrente, pelo plenário do STF (INQ 726-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.04.94), implica na impossibilidade de ser o servidor ofendido prejudicado em decorrência da opção feita. RE conhecido e provido para restabelecer a ação penal.” **(grifo nosso)** (RE 387.974, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **Segunda Turma**, DJ de 26/3/2004)

Sobre o tema, relevantes são as considerações de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (Código de Processo Penal comentado – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016, fl. 409):

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

“15. Direito de arazoar os recursos do Ministério Público: se atua como auxiliar da acusação, é natural que possa manifestar-se em todos os recursos interpostos pelo representante do Ministério Público.

15-A. Direito de recorrer autonomamente: para poder recorrer, autonomamente, apenas nos casos expressos neste dispositivo: a) decisão de impronúncia (art. 584, § 1.º); b) julgamento de extinção da punibilidade (art. 584, § 1.º); c) sentença absolutória (art. 598); d) sentença condenatória visando ao aumento de pena (ver nota 48 ao art. 598). Sobre o prazo para recorrer e a amplitude do recurso, ver notas 49 e 48 ao art. 598. Como decorrência lógica da possibilidade de interpor alguns recursos, é possível, ainda, conferir-se ao assistente legitimidade para ingressar com carta testemunhável, embargos de declaração e recursos especial e extraordinário. Sobre o tema, confira-se o disposto nas seguintes Súmulas do Supremo Tribunal Federal: 208 – ‘O assistente do Ministério Público não pode recorrer extraordinariamente de decisão concessiva de *habeas corpus*’ e 210 – ‘O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598, do Código de Processo Penal’. Na jurisprudência: ‘1. A assistente de acusação tem legitimidade para recorrer da decisão que absolve o réu nos casos em que o Ministério Público não interpõe recurso. 2. Aplicação da Súmula 210 do Supremo Tribunal Federal: ‘O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1.º, e 598 do Código de Processo Penal’. 3. A manifestação do promotor de justiça, em alegações finais, pela absolvição da Paciente e, em seu parecer, pelo não conhecimento do recurso não altera nem anula o direito da assistente de acusação recorrer da sentença absolutória’ (HC 102085 – RS, T.P., rel. Cármen Lúcia, 10.06.2010, v.u.)”

Sobreleve-se, ainda, o que fora registrado por RENATO MARCÃO em sua obra *Código de processo penal comentado* (São Paulo: Saraiva, 2016, fl.

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

707):

“858. Legitimação recursal

Defere-lhe a lei legitimação recursal nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598, a saber:

- 1) decisão de impronúncia (atacável por apelação);
- 2) julgamento em que se reconhece a extinção da punibilidade, por qualquer causa;
- 3) sentença absolutória, em processos de competência do juiz singular ou do Tribunal do Júri, e
- 4) sentença condenatória visando aumento de pena (*especialmente* quando a pena em concreto fixada permitir o reconhecimento da prescrição).

Consoante a Súmula 448 do STF: ‘O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público’.

Sobre a atuação recursal do assistente, há ainda outras duas Súmulas do STF.

São elas:

Súmula 208: ‘O assistente do Ministério Público não pode recorrer, extraordinariamente, de decisão concessiva de *habeas corpus*’.

Súmula 210: ‘O assistente do Ministério Público pode recorrer, inclusive extraordinariamente, na ação penal, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598 do Código de Processo Penal’.

Isso afirma a legitimação do assistente para a interposição de recurso em sentido estrito; carta testemunhável; embargos de declaração; embargos infringentes; recursos especial e extraordinário.”

Diferentemente do que fora considerado pelo eminente Relator, não se trata de uma transmutação de ação penal pública em ação penal privada.

Conforme visto, o cerne da discussão repousa na legitimidade do assistente de acusação interpor Recurso Extraordinário quando o

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

Ministério Público assim não o faz. *In casu*, o Ministério Público concordou com a decisão do colegiado que, acolhendo preliminar de coisa julgada, extinguiu o feito. Resta patente, portanto, a inércia do Ministério Público, o qual, muito embora tenha ajuizado a competente ação penal, não apresentou qualquer recurso contra a decisão proferida pela 1ª Câmara Criminal do TJ/RJ.

Ora, é certo que, no presente caso, após ser proferida sentença condenatória, o Tribunal de origem anulou o processo desde o oferecimento da exordial acusatória e extinguiu o feito, ao considerar a existência da coisa julgada. Assim, a conclusão adotada pela instância de segundo grau revela-se, na visão do ofendido, sob uma óptica sistemática do ordenamento jurídico, mais prejudicial do que um decreto absolutório, pois impede a discussão pela via judicial em busca da verdade real, retirando-lhe a oportunidade de participar do processo com amparo nos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, ressalto trecho esclarecedor da decisão monocrática proferida pelo eminente Min. EDSON FACHIN nos autos do HC 129.154/SP (DJe de 5/8/2015), que, ao indeferir o pedido de medida liminar (posteriormente, o indeferimento da liminar foi mantido e negado seguimento ao *habeas corpus*, através de decisão publicada no DJe de 15/8/2016), asseverou o seguinte:

“[...] Ressalto, inicialmente, que a legitimidade recursal do assistente de acusação, na hipótese de ausência de interposição de recurso por parte do Ministério Público, na linha da Súmula 210 deste Tribunal Constitucional, encontra expressa previsão no Código de Processo Penal:

‘Art. 598. Nos crimes de competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.’

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

Noto que a norma em apreço, ao atribuir ao assistente de acusação a legitimidade para interposição de apelação supletiva, não fez qualquer ressalva quanto ao condicionamento de sua atuação no que toca ao convencimento ministerial. Vale dizer, inexistente previsão que restrinja a recorribilidade a um lapso ou esquecimento da acusação, de modo que deve ser garantido o acesso do assistente à Corte Superior, mesmo na hipótese de conflito entre assistente e assistido.

A despeito da aguda argumentação do impetrante, ressalto que a jurisprudência atual deste Tribunal reconhece a legitimidade recursal do assistente de acusação, sendo desinfluyente, para tanto, a anterior manifestação contrária do Ministério Público. Destaco que a exata tese defensiva foi enfrentada com profundidade no HC nº. 102.085, oportunidade em que o Tribunal Pleno assim decidiu:

[...]

Considerando que se trata de matéria já resolvida pelo Tribunal Pleno, pondero que conclusão diversa desafia uma reflexão cujo amadurecimento é incompatível com a requerida tutela de urgência. Portanto, a alegação não ostenta a força necessária a amparar a medida liminar, o que poderá ser revisto após uma análise mais detida.”

Assim sendo, não restam dúvidas que o Plenário desta CORTE já reconheceu a legitimidade recursal do assistente de acusação, inclusive na hipótese em que tal medida possa contrariar o convencimento do titular da ação penal, o que pode ocorrer, inclusive, tacitamente, quando deixa de interpor/opor recursos cabíveis.

Tratando-se de decisão manifestamente contrária à jurisprudência desta SUPREMA CORTE, o reconhecimento da legitimidade do assistente de acusação é medida que se impõe, conclusão que leva, por consequência lógica, ao provimento ao Agravo Regimental e à consecutiva admissão do trânsito do apelo extraordinário interposto pela

RE 979659 AGR-SEGUNDO / RJ

FEDERAÇÃO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Relativamente ao exame do mérito do apelo extremo, reporto-me às razões expendidas pelo Min. ROBERTO BARROSO, que muito ponderou a não caracterização da coisa julgada apontada pelo Tribunal *a quo*, de modo que também o acompanhamento no provimento do Recurso Extraordinário.

Ante o exposto, com a devida vênia ao eminente Relator, ACOMPANHO INTEGRALMENTE A DIVERGÊNCIA inaugurada pelo Min. ROBERTO BARROSO para DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, tornando sem efeito a decisão que reconheceu a ilegitimidade do assistente de acusação e, conseqüentemente, CONHECER DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, DANDO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 979.659

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S) : FEDERACAO ISRAELITA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : JACKSOHN GROSSMAN (14962/RJ) E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : FERNANDO KASINSKI LOTTENBERG (74098/SP)

AGDO.(A/S) : ADALMIR CAPARROS FAGA

AGDO.(A/S) : ALMIR CAPARROS FAGA

ADV.(A/S) : MARIO BARBOSA VILLAS BOAS (117369/RJ)

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo, pediu vista dos autos o Ministro Luís Roberto Barroso. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 18.12.2018.

Decisão: Após o voto do Ministro Marco Aurélio, Relator, que negava provimento ao agravo; e do voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, que dele divergia para dar provimento ao agravo, conhecer do recurso extraordinário e desde logo dar-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, Sessão Virtual de 19.3.2021 a 26.3.2021.

Decisão: A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para, conhecer do recurso extraordinário e dar-lhe provimento para determinar que, afastada a preliminar de existência de coisa julgada, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro prossiga no julgamento da apelação, nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli. Primeira Turma, Sessão Virtual de 28.5.2021 a 7.6.2021.