

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Cuida-se de tempestivo agravo regimental interposto pela defesa de Paulo Salim Maluf contra a decisão mediante a qual não foram admitidos os embargos infringentes opostos ao acórdão condenatório proferido pela Corte.

Como bem asseverou o eminente Ministro **Edson Fachin** em seu relatório,

“[a] Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal condenou o agravante à pena de 07 anos, 09 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como a 248 dias-multa, no valor de 5 vezes o salário mínimo vigente à época dos fatos, aumentada em três vezes, pela prática do crime de lavagem de dinheiro.

Em face do acórdão condenatório, previamente, o ora agravante havia oposto embargos de declaração que foram, em 10 de outubro de 2017, rejeitados pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal.

Pela via dos embargos infringentes, protocolados neste STF em 11.12.2017, sustentou que deveria prevalecer o voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio para que seja declarada a nulidade do acórdão recorrido, conforme o voto vencido, tendo em vista a ausência de perícia técnica oficial sobre os documentos relativos à suposta autoria e materialidade do delito imputado ou para que seja declarada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a consequente extinção da punibilidade do ora embargante quanto ao 4º fato descrito na denúncia (fls. 4494-5)”.

Por entender contrários à jurisprudência do Plenário deste Supremo Tribunal, o eminente Relator, com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF, negou seguimento aos embargos infringentes opostos, tendo, inclusive,

AP 863 EI-AGR / SP

determinado o imediato cumprimento da decisão condenatória, independentemente de publicação.

Essa é a razão pela qual se insurge o agravante, que pretende a reforma da decisão agravada, aduzindo, para tanto, os seguintes fundamentos:

(i) o Ministro **Marco Aurélio** restou vencido quanto à preliminar de nulidade decorrente da falta de perícia e quanto ao mérito, já que declarou extinta a punibilidade pela prescrição;

(ii) o único ponto unânime do acórdão embargado diz respeito à dosimetria da pena;

(iii) prescrição é prejudicial de mérito, razão pela qual faz coisa julgada material; e

(iv) os embargos infringentes opostos são cognoscíveis em razão do disposto no art. 333, I, do RISTF.

Em sessão do Plenário Virtual, propôs o Ministro **Edson Fachin** que se negasse provimento ao regimental, em voto sintetizado na ementa seguinte:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DECISÃO CONDENATÓRIA DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DO STF UNÂNIME QUANTO AO MÉRITO E MAJORITÁRIA QUANTO ÀS PRELIMINARES DE NULIDADE E DE PRESCRIÇÃO. EMBARGOS INFRINGENTES. INADIMISSIBILIDADE. PRECEDENTE.

1. Conforme assentou o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da AP 409 EI-AgR-segundo, Rel. Min. **Celso de Mello**, Tribunal Pleno, a via dos embargos infringentes fundados no art. 333 do RISTF exige divergência consubstanciada em voto absolutório em sentido próprio, ou seja, voto que assenta a absolvição quanto ao mérito propriamente dito, com o que não se confunde a extinção da punibilidade pela prescrição.

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

3. Hipótese dos autos em que a divergência invocada circunscreve-se às preliminares de nulidade e prescrição.

4. Agravo desprovido.”

Pedi vista dos autos por reputar pertinente o debate do colegiado maior, rumo a um pronunciamento definitivo sobre a matéria, **pois, como lembrou o Ministro Relator em sua manifestação, “[a]pós a mudança da competência para o julgamento da maioria das ações penais para as Turmas, o tema não restou enfrentado ainda pelo Pleno desta Suprema Corte”**.

Passo ao voto.

A discussão que se coloca diz respeito às hipóteses de cabimento dos embargos infringentes contra julgados não unânimes em ações penais originárias de competência das Turmas.

A esse respeito, ressalto, de início, que seu cabimento está disciplinado no Regimento Interno da Corte, precisamente em seu art. 333, **in verbis**:

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

I – que julgar procedente a ação penal;

II – que julgar improcedente a revisão criminal;

III – que julgar a ação rescisória;

IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade;

V – que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado.

Parágrafo único. O cabimento dos embargos, em decisão

AP 863 EI-AGR / SP

do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.”

Essas normas processuais relativas aos embargos infringentes contidas no regimento foram recepcionadas pela CF/88.

Ao tratar da matéria, o eminente Ministro **Moreira Alves** ressaltou, no julgamento da Rcl nº 377/PR-EI-AgR, que

“as normas processuais - e as relativas aos embargos infringentes em seu âmbito o são - contidas no seu Regimento Interno foram objeto de recepção pela atual Constituição no que com esta se mostrarem compatíveis.

Ora, é evidente que as restrições ao cabimento dos embargos infringentes admitidos pelo referido Regimento não são incompatíveis com o princípio constitucional do artigo 5º, LV (‘aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes’), uma vez que os meios e recursos inerentes a ampla defesa são os previstos na legislação, com a observância dos requisitos nela estabelecidos, e conseqüentemente os previstos também no Regimento desta Corte na parte dele objeto de recepção, como ato normativo com força de lei, pela atual Constituição” (Tribunal Pleno, DJ de 27/10/94).

Quando do julgamento do vigésimo sexto agravo regimental na AP nº 470/MG, o Tribunal Pleno reafirmou que o Regimento Interno deste Supremo Tribunal foi recepcionado pela CF/88, tendo ingressado no ordenamento jurídico pátrio com **status** de lei ordinária, assegurando-se, portanto, o cabimento dos embargos infringentes em sede de ação penal originária desta Suprema Corte quando preenchido o requisito do parágrafo único do art. 333 do RISTF, o qual condiciona seu cabimento à existência de, no mínimo, 4 (quatro) votos divergentes.

Tratando-se, portanto, de ação penal de competência originária do

AP 863 EI-AGR / SP

Plenário, não tenho dúvidas quanto a sua incidência, sendo inúmeros os pronunciamentos colegiados que endossam esse entendimento. Por exemplo:

“É manifestamente incabível a interposição de embargos infringentes sem que existam, no mínimo, quatro votos absolutórios, como estabelecido no artigo 333, I, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. O agravante, em nenhuma das condenações objeto do presente recurso, atende a esse requisito legal de cabimento dos embargos infringentes” (AP nº 470/MG-EI-décimos quintos-AgR, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJe de 3/11/14).

Observe-se que a redação do parágrafo único do art. 333 foi atualizada pela Emenda Regimental nº 2, de 4 de dezembro de 1985, que alterou o número de votos divergentes - de três para quatro - necessários para o cabimento dos embargos.

Um percurso pela história de nosso regimento permite concluir que ele, há tempos, já previa, de alguma forma, a recorribilidade de julgados em feitos de competência originária da Corte, **não se exigindo, em alguns momentos, sequer um número mínimo de votos divergentes para o manejo do recurso.**

Vide o que estabelecia o art. 310 do Regimento em sua versão de 4 de setembro de 1970:

“Art. 310 – Caberão embargos à decisão não unânime do Plenário:

I – que julgar procedente ação penal (art. 223);

II – que julgar improcedente a revisão criminal (art. 245);

III – que julgar a ação rescisória (art. 241);

IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade, se houver três ou mais votos divergentes;

V – que, em recurso criminal ordinário, (art. 286), for

desfavorável ao acusado” (grifei).

Por sua vez, o art. 194 do Regimento, em sua versão de 28 de fevereiro de 1940, trazia a seguinte previsão:

“Art. 194. Admitem-se embargos de nulidade ou infringentes do julgado às decisões terminativas do feito, proferidas:

I. Pelo Tribunal Pleno:

a) nas ações cíveis ou criminais originárias;

b) nas rescisórias de seus julgados ou dos das Turmas;

c) nas homologações de sentença estrangeira;

d) nas revisões criminais” (grifei).

Essa análise histórica do regimento deste Supremo Tribunal nos dá a ideia de que a figura recursal dos embargos infringentes em regimentos pretéritos era admitida, no que toca às ações penais julgadas procedentes, nos casos de decisões não unânimes do Tribunal Pleno, **sem menção a um número mínimo de votos divergentes para o manejo do recurso.**

Essa previsão, ao longo do tempo, restou alterada por este Supremo Tribunal, de forma legítima, em vista do que dispunha o art. 115, parágrafo único, alínea c, da Carta de 1967 - com correspondência na Carta de 1969 -, que lhe atribuía competência para dispor, em seu regimento, sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

Esses aspectos foram abordados pelo eminente Ministro **Celso de Mello** na seguinte decisão monocrática:

“A **inviabilidade** dos embargos infringentes, **autorizadora** do presente juízo negativo de admissibilidade, **decorre** da ausência do requisito fundado **no parágrafo único** do art. 333 do RISTF, **eis que**, tal como assinalado pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, **inexistem**, na espécie, ‘(...) quatro votos divergentes **pela absolvição** do acusado e também porque a decisão embargada não ocorreu em sessão secreta (...)’ (vol. 06,

fls. 1.455 - grifei).

Nem se diga, no ponto, **que a exigência** em questão **mostrar-se-ia destituída** de validade constitucional **pelo fato** de preceitos regimentais **revelarem-se inidôneos** à veiculação de regras de direito processual.

Não se pode desconhecer, quanto a tal aspecto, **um fato constitucionalmente relevante**: a norma regimental em referência (RISTF, art. 333, parágrafo único), **embora veiculasse** (como ainda veicula) matéria de natureza processual, revelava-se plenamente legítima **em face** do que **então** dispunha o art. 119, § 3º, 'c', da Carta Federal de 1969, **que outorgava**, ao Supremo Tribunal Federal, **poder normativo primário, conferindo**, a esta Corte Suprema, atribuição para, em sede meramente regimental, **dispor** sobre **'o processo e o julgamento** dos feitos de sua competência originária **ou recursal (...)**'.

Vê-se, portanto, **que o Supremo Tribunal Federal**, no regime constitucional **anterior, dispunha**, excepcionalmente, **de competência** para estabelecer, ele próprio, normas **de direito processual** em seu regimento interno, **não obstante fosse vedado**, aos demais Tribunais judiciários, o exercício dessa **mesma prerrogativa, cuja prática - considerado** o sistema institucional de divisão de poderes - **incumbia**, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 - RTJ 69/138, v.g.).

Essa excepcional competência normativa primária **permitiu**, ao Supremo Tribunal Federal, **prescrever**, em sede formalmente regimental, normas de caráter **materialmente legislativo, legitimando-se**, em conseqüência, **a edição** de regras **como aquela** consubstanciada **no art. 333**, parágrafo único, do RISTF.

Com a superveniência da Constituição promulgada **em 1988**, no entanto, o Supremo Tribunal Federal **perdeu** essa extraordinária atribuição normativa, **passando** a submeter-se, **como os demais** Tribunais judiciários, **em matéria processual**, ao domínio normativo da lei **em sentido formal** (CF, art. 96, I, 'a').

Em virtude desse **novo** contexto jurídico, **essencialmente** fundado na **vigente** Constituição da República (1988) - **que não reeditou** regra **com o mesmo** conteúdo daquele preceito inscrito no art. 119, § 3º, 'c', da Carta Política de 1969 -, **veio**, o Congresso Nacional, **mesmo tratando-se** de causas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal, **a dispor**, uma vez mais, **em plenitude**, do poder que historicamente **sempre** lhe coube, **qual seja**, o de legislar, **amplamente**, sobre normas de direito processual.

Não se pode desconhecer, contudo, **que se registrou**, na espécie, **com o advento** da Constituição de 1988, **a recepção**, por esse **novo** estatuto político, **do mencionado** preceito regimental (RISTF, art. 333, parágrafo único), **posto** que veiculador de norma de direito processual, **que passou**, agora, **a partir** da vigência **da nova** Lei Fundamental da República, **a ostentar** força, valor, eficácia e autoridade **de norma legal**, **consoante tem proclamado**, de modo iterativo, **a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/1010 - RTJ 151/278).

Impende acentuar, bem por isso, que a norma **inscrita** no art. 333, parágrafo único, do RISTF, hoje com força e eficácia de lei, **foi editada**, validamente, pelo Supremo Tribunal Federal, **com apoio** em regra de competência **que permitia**, a esta Corte, **formular**, em sede meramente regimental, **preceitos** de conteúdo materialmente legislativo, **como aqueles** que disciplinavam o processo e o julgamento **dos feitos** de sua competência originária **ou** recursal.

Daí o fato, juridicamente relevante, de que a cláusula regimental em questão **foi recebida** pelo vigente ordenamento constitucional, **achando-se**, por isso mesmo, **impregnada** da plena validade e eficácia jurídicas, o que legitima, em consequência, a sua invocação" (AP nº 409/CE-EI, DJe de 20/4/12 – grifos do autor).

Não houve, depois de 1988, inovação legislativa que impedisse, de fato, a interposição de embargos infringentes em ação penal julgada procedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, ficando a

admissibilidade dos embargos sujeita ao comando do parágrafo único do art. 333 do RISTF.

Ocorre que, **por força da alteração havida pela Emenda Regimental nº 49/2014**, as ações penais originárias, ressalvadas as hipóteses restritas de competência do Pleno, passaram a ser julgadas pelas Turmas (art. 9º, inciso I, j, do RISTF).

Essa emenda regimental, ao atribuir competência das Turmas para julgar ações penais originárias, não alterou a disciplina geral dos embargos infringentes, já que o art. 333, caput, do RISTF, expressamente, admite esse recurso contra decisão não unânime da Turma no julgamento de ação penal.

Todavia, em meu modo de ver, a emenda em questão, no tocante às ações penais de competência da Turma, **tornou letra morta o parágrafo único do art. 333**, que exige o mínimo de 4 (quatro) votos divergentes tão somente no julgamento do Plenário.

Portanto, ainda, que se reconheça, como advertido pelo Ministro Celso de Mello¹, que a base normativa para a admissão dos **embargos infringentes esteja consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF**, em minha compreensão, com a **venia** daqueles que pensam o contrário, ante a ausência de unanimidade no julgamento das ações penais pela Turma, penso ser suficiente uma manifestação divergente favorável à defesa para sua admissão, já que essa é a razão existencial do recurso.

Com efeito, a falta de unanimidade, como aponta Gustavo Badaró, indica que a decisão contrária à defesa não é pacífica. Logo, invocando Carnelutti, explica o autor que “é princípio incontestado que as divergências entre opiniões de diferentes homens sobre o mesmo objeto, não se explica senão pelo erro de alguns deles; se não existisse erro, todos estariam de acordo, posto que a verdade não é mais que uma”²

1 “[A] base normativa *dos embargos infringentes* no Supremo Tribunal Federal reside no art. 333, inciso I, de seu Regimento Interno, editado, *quanto a essa matéria*, com **fundamento** em competência normativa primária outorgada, *diretamente*, a esta Corte **pela própria** Carta Constitucional de 1969 (art. 119, parágrafo 3º, alínea ‘c’)” (AP nº 470-AgR-vigésimo sexto/MG, Tribunal Pleno, Relator para acórdão o Ministro Roberto Barroso, DJe de 17/2/14).

2 . BADARÓ, Gustavo Henrique. Manual dos Recursos Penais. São Paulo: TR, 2016, p.

AP 863 EI-AGR / SP

(grifos nossos).

Nessa direção, segundo esse renomado jurista,

“para minimizar a chance de erro, que não se sabe se está do lado da maioria ou da minoria (...) os embargos infringentes permitem a ampliação da composição da turma julgadora, criando condições para que possa prevalecer o voto divergente, caso este realmente seja o mais acertado, na opinião dos demais julgadores que passarão a integrar o colegiado”³.

Esse raciocínio, outrossim, não contraria o entendimento da Corte que restringe, em vista do princípio da taxatividade dos recursos, o cabimento dos embargos infringentes às hipóteses circunscritas no Regimento Interno. **Vide:**

“Na esteira da jurisprudência consolidada por esta Suprema Corte, ‘não se mostram admissíveis embargos infringentes contra decisão majoritária do Plenário (ou das Turmas) do Supremo Tribunal Federal, se tal decisão vem a ser proferida em causa diversa daquelas enunciadas, taxativamente, em rol exaustivo (‘numerus clausus’), no art. 333 do RISTF’ (HC 88.247-AgR-AgR/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Plenário, DJe 20.11.2009)” (Ext nº 1.244/FRA-ED-EI-AgR, Tribunal Pleno, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe de 18/4/17).

Não se nega, contudo, que o Supremo Tribunal Federal registra posicionamento segundo o qual

“[e]ssa modalidade recursal (...) depende, quanto à sua admissibilidade, da existência, em favor do réu, de, pelo menos, 04 (quatro) votos vencidos de conteúdo absolutório em sentido próprio, não se revelando possível, porém, para efeito de

280.

3 Op. cit. 280.

AP 863 EI-AGR / SP

compor esse número mínimo, a soma de votos minoritários de conteúdo diverso, como, p. ex., a soma de 03 (três) votos absolutórios com 02 (dois) votos meramente declaratórios de prescrição penal. Precedentes do Plenário do Supremo Tribunal Federal” (AP nº 409/CE-EI-AgR-segundo, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Celso de Mello**, DJe de 31/8/15 – grifos nossos).

Essa distinção se faz necessária, como enunciou o Relator no voto do caso paradigma, “para os fins do parágrafo único do art. 333 do RISTF, entre votos minoritários de conteúdo absolutório em sentido próprio e aqueles que meramente declaram consumada a prescrição penal”.

Porém, diante da competência das Turmas para processar e julgar ações penais originárias (Emenda Regimental nº 49/2014), não potencializo esse entendimento, pedindo a mais respeitosa **venia** àqueles que sustentam compreensão diversa.

Reconheço, por essas razões, o cabimento dos embargos infringentes contra decisão não unânime das Turmas no julgamento de ação penal originária (RISTF, art. 333, I), invocando, para tanto, a norma processual comum do Código de Processo Penal prevista no parágrafo único do art. 609, **in verbis**:

“Art. 609. (...)

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

Lembro já haver entendimento na Corte reconhecendo o não cabimento de embargos infringentes fundados no art. 609, parágrafo único, do CPP, visando à reforma de decisões não unânes proferidas em sede de ação penal originária (v.g. HC nº 71.124/RJ, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 23/9/94).

AP 863 EI-AGR / SP

Porém, pelas razões já expostas, meu entendimento converge com o do eminente Ministro **Marco Aurélio**, que, ante o novo cenário de competências originárias das Turmas em matéria penal, aplicou o parágrafo único do art. 609 do CPP à margem do art. 333 do RISTF.

Embora não tenha conhecido dos infringentes apresentados na AP nº 530, em razão de sua intempestividade, sua Excelência o Relator consignou expressamente que

“[o] artigo 333 do Regimento Interno do Supremo preceitua, no parágrafo único, serem admissíveis os embargos infringentes caso haja, no mínimo, quatro votos divergentes, regra esta construída a partir da premissa segundo a qual a competência para processar e julgar as ações penais seria do Plenário. Com a edição da Emenda Regimental nº 49, de 3 de junho de 2014, alterou-se o quadro, porquanto somente as ações penais formalizadas contra o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, os Ministros do Supremo e o Procurador-Geral da República continuaram submetidas ao Pleno, deslocando-se as demais para as Turmas.

Ante o novo cenário normativo, afasta-se o artigo 333 quanto às ações penais da competência das Turmas, dado que quatro votos a favor da defesa conduzem à absolvição do réu.

Aplica-se o parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal, a versar que, ‘quando não for unânime a decisão de segunda instância,’ – não cabe potencializar a alusão à segunda instância – ‘desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência’.

Tomando-se como referência a Lei Processual Penal, o cunho condenatório do pronunciamento é neutro, bastando que seja ‘[...] desfavorável ao réu [...]’.” (AP nº 530/MS-ED-Segundos-EI, DJe de 1º/4/16 – grifos nossos).

AP 863 EI-AGR / SP

Como visto ao tomar como referência a Lei Processual Penal (*v.g.* art. 609, parágrafo único, do CPP), bem destacou o eminente Relator da ação paradigma que o **cunho condenatório do pronunciamento é neutro, bastando que seja desfavorável ao réu.**

Esse entendimento encontra amparo na doutrina, que reconhece seu cabimento quando

“[a] divergência [for] total (por exemplo, dois votos condenam e um absolve) ou parcial (por exemplo, todos condenavam, mas dois à pena máxima e um à pena mínima). De outro lado, a divergência pode ter por objeto uma questão preliminar, relacionada com os pressupostos de admissibilidade recursal (por exemplo, dois conheceram da apelação interposta pelo Ministério Público e um não conhecia) ou sobre o mérito da impugnação (por exemplo, dois votos mantiveram a condenação e um absolveu).

Não é necessário que o voto vencido (ou os votos vencidos) seja (sejam) contrário (contrários) aos vencedores, basta que seja (sejam) diferente(s). E não se exige a discordância dos fundamentos ou das argumentações, bastando a ausência de unanimidade no dispositivo” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: TR, 2016, p 280-281 - grifos nossos).

Destaca-se, ainda, da obra jurídica em questão que,

“[n]o **caso de votação de questões preliminares ou prejudiciais, se um dos juízes restar vencido, ainda que posteriormente, vote nos demais temas e a proclamação do resultado final possa indicar uma unanimidade, as apurações das votações intermediárias justificarão a interposição dos embargos infringentes.** Assim, por exemplo, um juiz não conhecia o recurso do Ministério Público, tendo formado a maioria pelo conhecimento. Passando ao mérito, os três julgadores votam pelo provimento do recurso, havendo também unanimidade quanto à pena. Serão cabíveis, em tal

AP 863 EI-AGR / SP

caso, os embargos infringentes, tendo por fundamento o voto vencido na parte que não conhecia do recurso” (*op cit.* p. 282 – grifos nossos).

Em linha de convergência com esse raciocínio, o Juiz **Daniel Marchionatti**⁴, em obra inédita, destaca que o Regimento Interno da Corte, “[a]o falar em decisão ‘que julgar procedente a ação penal’ (...) restringiu a via impugnatória aos julgamentos de mérito de ações penais”. Todavia, para esse notável magistrado, “[n]ão parece (...) que daí se retire a restrição à divergência entre condenação e absolvição”, pois,

“um dos problemas do julgamento em instância única pelos Tribunais é a inexistência de direito ao 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). A impossibilidade de recorrer é especialmente aflitiva nos julgamentos do STF, instância única e última, de cujos julgamentos não cabe sequer recurso extraordinário. O próprio STF reconhece essa dramática situação ao conferir especial relevo aos embargos de declaração contra as decisões condenatórias em ação penal originária. Essa limitação não é observada nos embargos infringentes cabíveis em tribunais de segunda instância. O art. 609, parágrafo único, do CPP, afirma caberem embargos infringentes e de nulidade ‘quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu’, admitindo o recurso em qualquer decisão desfavorável, mesmo sem cunho condenatório.”

Apenas a título de argumentação, submeto a meus pares uma reflexão a respeito de uma possível tensão entre a situação retratada nestes autos e o princípio da isonomia.

Nos termos do art. 53, § 1º, da Constituição Federal, os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a

4 MARCHIONATTI, Daniel. **Ação penal originária**: foro privilegiado, inviolabilidades, investigação e processo contra autoridades. Brasília, 2018. No prelo.

AP 863 EI-AGR / SP

juízo perante o Supremo Tribunal Federal.

Logo, na hipótese, não de todo incomum, de o agente ter sido condenado em primeiro grau de jurisdição e vir a ser diplomado deputado federal, a apelação por ele interposta será julgada pelo Supremo Tribunal Federal - que, dessa feita, funcionará como verdadeira Corte de Apelação.

Nessa hipótese, **por não se tratar de ação penal originária**, o processamento da apelação não se regerá pela Lei nº 8.038/90, mas sim pelo Código de Processo Penal, de modo que, se não for unânime o julgamento, serão cabíveis os “embargos infringentes e de nulidade”, com fundamento no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, **os quais não limitam a divergência ao juízo de mérito da ação penal**.

Por outro lado, se o parlamentar for julgado originariamente pelo Supremo Tribunal Federal, serão cabíveis apenas os embargos infringentes previstos no art. 333 do Regimento Interno desta Corte, os quais, segundo a interpretação em vigor, têm espectro mais restrito que os embargos infringentes do art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Temos, então, a seguinte situação: quando o Supremo Tribunal Federal, de forma anômala, funciona como Tribunal de Apelação, são cabíveis os “embargos infringentes e de nulidade”, de **maior abrangência**.

Todavia, quando o Supremo Tribunal, no exercício de sua competência constitucional, julga de forma originária um parlamentar federal, são cabíveis os “embargos infringentes” **regimentais**, de **menor abrangência**.

O **discrímen** é, tão somente, a **forma de exercício de sua competência**: se o Supremo Tribunal Federal julgar a ação penal originariamente, o réu terá direito a um recurso de menor amplitude; se julgar como tribunal de segundo grau, o réu terá direito a um recurso de maior amplitude.

No segundo caso, assegura-se a ampla defesa em sua dimensão plena; no primeiro, garante-se uma defesa não tão ampla.

Existe suporte constitucional para essa distinção?

Para **Celso Antônio Bandeira de Mello**,

“o ponto nodular para o exame da correção de uma regra em face do princípio isonômico reside na existência ou não de correlação lógica entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a discriminação legal decidida em função dele” (**Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 37).

Em suas palavras, para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, impende que concorram quatro elementos:

a) que a desequiparação não atinja[,] de modo atual e absoluto, um só indivíduo;

b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;

c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles [] estabelecida pela norma jurídica;

d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte numa diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público” (op. cit., p. 41).

Ora, não vislumbro correlação lógica entre o fato de se tratar ou não de ação penal originária (critério de *discrímen*) e a restrição à matéria objeto dos embargos infringentes (discriminação decidida em função daquele critério), uma vez que o fator determinante para a admissibilidade do recurso em questão há de ser apenas a ausência de unanimidade sobre ponto que, de todo modo, favoreça o réu.

Logo, tomando por base os fundamentos de meu voto e esse raciocínio argumentativo, tenho como admissíveis os embargos

infringentes na espécie para a discussão **restrita da matéria objeto da divergência**, qual seja, o voto vencido do Revisor, Ministro **Marco Aurélio**, no que concerne tanto à ausência de perícia técnica oficial sobre os documentos relativos à suposta autoria e à materialidade do delito imputado ao agravante, quanto à declaração da prescrição da pretensão punitiva do Estado, com a conseqüente extinção de sua punibilidade no tocante ao quarto fato descrito na denúncia.

Com a mais respeitosa **venia** dos que têm compreensão em sentido diverso, **provejo o agravo regimental** nos termos propostos.

Nesse ínterim, admitido o processamento dos infringentes, a determinação da execução da pena nesta ação penal não produz mais efeitos, **sendo de rigor**, portanto, **a concessão de liberdade plena ao agravante com a expedição de alvará de soltura**, já que não se aventou, no curso do processo, elemento algum de cautelaridade para amparar uma prisão preventiva.

É como voto.