

19/08/2015

PLENÁRIO

SEGUNDO AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 409 CEARÁ

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGTE.(S) : JOSÉ GERARDO OLIVEIRA DE ARRUDA FILHO  
ADV.(A/S) : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO  
ADV.(A/S) : MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA  
ADV.(A/S) : JOÃO MARCELO LIMA PEDROSA  
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

E M E N T A: **EMBARGOS INFRINGENTES – AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA – RECURSO “SECUNDUM EVENTUM LITIS”, PRIVATIVO DO RÉU – SUBSISTÊNCIA DO ART. 333, n. I, DO RISTF – NECESSIDADE DE QUE HAJA, PELO MENOS, 04 (QUATRO) “VOTOS DIVERGENTES” FAVORÁVEIS AO RÉU E, ASSIM MESMO, CONVERGENTES NO SENTIDO DE SUA ABSOLVIÇÃO – INOCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE TAL SITUAÇÃO – DECISÃO QUE, CORRETAMENTE, NÃO CONHECE DOS EMBARGOS INFRINGENTES – PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AP 470-Terceiros-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 470-Décimos-EI-AgR/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 481-EI/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.) – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**

– **Os embargos infringentes** do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo penal originário *ainda subsistem em nosso ordenamento positivo, eis que a norma inscrita no art. 333, inciso I, do RISTF foi recebida pela vigente Constituição da República com força e eficácia de lei. Precedente: AP 470-AgR-vigésimo sexto/MG, Pleno, julgado em 18/09/2013.*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

– **Essa modalidade recursal** – de que somente a Defesa **pode** utilizar-se contra condenações penais **originárias** proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – **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 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.**

– **Distinção necessária**, 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. Doutrina. Jurisprudência.**

**ACÓRDÃO**

**Vistos, relatados e discutidos** estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, que participa, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e, neste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia.

Brasília, 19 de agosto de 2015.

**CELSO DE MELLO – RELATOR**

19/08/2015

PLENÁRIO

SEGUNDO AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 409 CEARÁ

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO  
AGTE.(S) : JOSÉ GERARDO OLIVEIRA DE ARRUDA FILHO  
ADV.(A/S) : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO  
ADV.(A/S) : MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA  
ADV.(A/S) : JOÃO MARCELO LIMA PEDROSA  
AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Trata-se de recurso de agravo **tempestivamente interposto** contra decisão **que não conheceu** dos “embargos infringentes” **deduzidos** pelo ora agravante.

**A parte agravante**, inconformada com esse ato decisório, **interpôs o presente recurso, alegando, em síntese, o que se segue** (fls. 1.519/1.521):

*“27. De toda sorte, mesmo que se entenda serem exigíveis os quatro votos divergentes, ainda assim, a via recursal está franqueada, já que foram cinco os votos que divergiram do voto do Ministro Relator, conforme se extrai da proclamação do resultado:*

*‘Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em julgar procedente a ação, condenando o réu à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de detenção, convertida em duas penas restritivas de direito, consistente no pagamento de 50 (cinquenta) salários mínimos e prestação de serviços à comunidade, o que fazem nos termos dos votos dos Ministros Ayres Britto (Relator), Joaquim Barbosa (Revisor), Eros Grau, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski, contra os votos dos*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso (Presidente), que, julgando procedente a ação, aplicavam penas inferiores a 2 (dois) anos e, em conseqüência, decretavam a prescrição da pretensão punitiva à vista das penas em concreto, e dos votos dos Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes e Celso de Mello, que julgavam improcedente a ação, absolvendo o réu, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.'*

**28. Não se há de exigir sejam os quatro divergentes idênticos entre si, pois em razão do sistema de dispersão de votos próprio dos órgãos colegiados muitas vezes isso não é possível.**

**29. É suficiente que os quatro votos divirjam do voto vencedor, especialmente se teleologicamente apontem para um mesmo resultado.**

**30. A grande perplexidade resultante do acórdão ora impugnado está na insuperável incongruência em proclamar-se uma condenação contra o Acusado quando cinco votos negam ao Estado o exercício do 'jus puniendi' e cinco o autorizam.**

**31. Tal situação esdrúxula não passou despercebida dos Ministros que divergiram do Relator, como é possível colher do acórdão:**

*'O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhor Presidente, só para efeito de contagem de voto. Como isso está se dando? Se temos três votos no sentido da absolvição, temos dois votos – de Vossa Excelência e do Ministro Marco Aurélio no sentido da redução da pena.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas chegando à prescrição da pretensão punitiva.*

*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Então, na verdade, não há voto suficiente para a condenação na proporção do Relator.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – O Ministro Ayres Britto condena, e não há prescrição; o Ministro Joaquim Barbosa, condena, e não há*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*prescrição; a Ministra Cármen Lúcia condena, e não há prescrição; o Ministro Ricardo Lewandowski condena, e não há prescrição; e o Ministro Eros condena, e não há prescrição. Quantos votos temos?*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí, talvez, proceder à colocação do Ministro Celso de Mello quanto ao desmembramento da matéria, porque é o Colegiado que julga, muito embora não seja preliminar, mas prejudicial.*

*A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – São cinco votos pela condenação, nos termos do Relator.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Três votos de absolvição; dois votos de condenação, porém, com dois de prescrição. A corrente que ficou vencida foi sobre prescrição; condenação é maioria; são sete votos por condenação.*

*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Votamos a questão quanto à fixação da pena, que é o problema.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – São sete votos de condenação, dois de prescrição e três de absolvição.*

*O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas quanto ao problema da dosimetria da pena, tem-se situação que gerará perplexidade, e, talvez, proceda a colocação do Ministro Celso de Mello.*

*Todos estamos convictos de que não se trata de preliminar, mas de prejudicial, por isso Sua Excelência propôs, inicialmente, o desmembramento da matéria. Porque, veja Vossa Excelência, ocorrerá que, mesmo tendo três votos pela absolvição e dois pela conclusão da prescrição da pretensão punitiva, o réu estará por três votos – aí já são três mais dois, cinco – condenado a pena que não conduz a essa mesma prescrição.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – Mas a condenação tem sete votos, Ministro.*

*O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR) – A condenação tem sete, e cinco pela não prescrição.*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: *Isso significa, Senhor Presidente, que se eu, o Ministro Celso de Mello e o Ministro Gilmar Mendes reajustássemos os nossos votos, para acompanhar o Ministro Marco Aurélio, o resultado seria pela prescrição da pena aplicada em concreto.*

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) – *Sim, mas só se fizerem reajuste dos votos!*

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – *Então, façam o reajuste.*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – *Isso só mostra a inconsistência do modelo.'*

**32. Com efeito, quando alguém é absolvido, o sentido teleológico da decisão é afirmar que, naquele caso concreto, não é possível (vale dizer, ilegítima) a imposição de uma pena ao acusado.”**  
**(grifei)**

**Como neste processo ainda havia, pendente de julgamento, recurso de agravo interposto contra decisão do então Relator da causa, o eminente Ministro AYRES BRITTO, exarei o seguinte despacho (fls. 1.548/1.549):**

**“Reitero, nos termos de anterior despacho exarado em 16/04/2012 (fls. 1.506/1.510, item n. 2), que se encontra pendente de julgamento, nestes autos, recurso de agravo (fls. 1.345/1.358) interposto contra decisão proferida, a fls. 1.222/1.223, pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, Relator da AP 409/CE.**

**Desse modo, e antes de apreciar o recurso de agravo interposto a fls. 1.514/1.525, contra decisão por mim proferida nestes embargos infringentes, torna-se necessário o exame prévio daquele recurso de agravo pelo eminente Ministro AYRES BRITTO (fls. 1.222/1.223 e fls. 1.345/1.358), pois minha competência para julgar a espécie limita-se, unicamente, à apreciação dos embargos infringentes e do recurso de agravo neles deduzido.**

**Isso significa, portanto, que tal competência, que é de índole funcional, sendo, por isso mesmo, absoluta e improrrogável (JOSÉ**

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

FREDERICO MARQUES, *'Tratado de Direito Processual Penal'*, vol. I/290-291, item n. 199, 1980, Saraiva, v.g.), **não se estende** ao exame de questão suscitada – e **decidida** (fls. 1.222/1.223) – **antes mesmo da própria interposição** dos embargos infringentes (fls. 1.371/1.451).

**Vê-se**, desse modo, **que se registra**, no caso, **uma cisão da competência funcional motivada pelo objeto do juízo, a revelar** que incumbe, **exclusivamente**, ao Relator da causa penal (na espécie, o eminente Ministro AYRES BRITTO), julgar o recurso de agravo **deduzido** contra decisão que Sua Excelência, **atuando** em tal condição, **proferiu** nestes autos, **sendo certo que as minhas atribuições para agir neste processo restringem-se**, tão somente, **ao exame dos embargos infringentes que vieram a ser ulteriormente interpostos pelo ora recorrente e cuja inadmissibilidade reconheci em decisão proferida em 16/04/2012** (fls. 1.506/1.510).

**Sendo assim**, e tendo em consideração as razões expostas, **determino** o encaminhamento destes autos ao eminente Senhor Ministro AYRES BRITTO, **autor** da decisão monocrática **objeto** do recurso de agravo de fls. 1.345/1.358, **em ordem** a que tal recurso seja apreciado por Sua Excelência **ou**, eventualmente, se confirmada tal decisão, seja o recurso em questão julgado **pelo Plenário** do Supremo Tribunal Federal.”

**O eminente** Ministro TEORI ZAVASCKI, **que sucedeu** ao eminente Ministro AYRES BRITTO **como Relator**, **após** apreciar **aquele** recurso, **devolveu-me** este processo **para que fosse julgado** o presente “agravo regimental”, **deduzido** contra decisão **que não conheceu** dos embargos infringentes em questão (fls. 1.605):

**“1. A competência deste Relator se esgotou na decisão de fls. 1.581-1.588, contra a qual não houve recurso.**

**2. Nos autos permanece pendente, a rigor, apenas o agravo regimental de fls. 1.514-1.525, interposto da decisão de não admissão de embargos infringentes, proferida pelo Ministro Celso de Mello, o qual é competente para o exame do aludido recurso, até por força do art. 317, § 2º, do RISTF.**

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

**3. Ante o exposto, determino a remessa dos autos ao Ministro Celso de Mello.” (grifei)**

O Ministério Público Federal, **em pronunciamento** da lavra do eminente Procurador-Geral da República, Dr. RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS, **opinou pelo não provimento** do presente recurso de agravo **em parecer** que está assim ementado (fls. 1.599):

**“PROCESSO PENAL. SEGUNDO AGRADO REGIMENTAL INTERPOSTO. MANIFESTO DESCABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. Patente caráter protelatório do recurso. Manifestação do MPF a fim de reiterar as razões expostas em parecer pelo desprovimento do agravo e imediata execução das penas restritivas de direito aplicadas ao agravante.” (grifei)**

**Por não me convencer das razões expostas pela parte agravante, submeto à apreciação deste E. Plenário o presente recurso de agravo.**

**É o relatório.**



19/08/2015

PLENÁRIO

SEGUNDO AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 409 CEARÁ

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator): Não assiste razão à parte recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, *com integral fidelidade*, à diretriz jurisprudencial que o Plenário desta Suprema Corte firmou na matéria ora em exame.

Como destaquei na decisão agravada, 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 (...)”.

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

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 consequência, 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,

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*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 de plena validade e eficácia jurídicas, o que legitima, em consequência, a sua pertinente invocação.***

***Cabe assinalar, ainda, que a existência de votos vencidos qualifica-se como pressuposto necessário para a admissibilidade dos embargos infringentes, pois, como ninguém o ignora, a finalidade dessa espécie recursal consiste em fazer prevalecer, no rejuízo da causa – limitado, topicamente, ao objeto da divergência –, a solução preconizada pela corrente minoritária.***

***É de indagar-se, neste ponto, para efeito de utilização dos embargos infringentes contra acórdão não unânime do Supremo Tribunal Federal, na hipótese prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, se a corrente minoritária deve compor-se de 04 (quatro) votos vencidos ou, então, se se revela suficiente a existência de apenas 01 (um) voto divergente.***

***O eminente Ministro GILMAR MENDES, no julgamento da AP 470/MG, formulou indagação relevante a propósito da questão***

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

**pertinente** aos votos vencidos. **Por que** 4 (quatro) votos vencidos, **e não** 3 (três), 2 (dois) **ou apenas** 1 (um)?

**Entendo** que essa questão **mereceu** *adequada análise* pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, **em julgamento** de que foi Relator (HC 71.124/RJ), **após haver destacado** o *descabimento de embargos infringentes criminais* contra decisão condenatória **não unânime** nos processos de competência originária dos Tribunais em geral, “*salvo no Supremo Tribunal Federal*”, **bem justificou a razão de ser da exigência mínima** de 04 (quatro) votos vencidos, **salientando** que esse número – *bastante expressivo* em um Tribunal *com apenas* 11 (onze) integrantes (**tanto** que quatro votos, *nas Turmas*, **compõem a maioria**) – **revela-se apto a evidenciar**, *sem qualquer dúvida*, **a plausibilidade jurídica** da pretensão deduzida pela parte embargante:

*“Resta a invocada analogia da hipótese com as tratadas no Regimento Interno do Supremo Tribunal, que tanto admite os embargos infringentes contra a decisão que ‘julgar improcedente a revisão criminal’ (art. 333, III), quanto contra aquela que ‘julgar procedente a ação penal’ (art. 333, I), atualmente, desde que haja quatro votos vencidos (a ressalva do art. 333, parág. único, quando se tratasse de julgamento criminal em sessão secreta, que se contentava em que a decisão não fosse unânime, perdeu o objeto com o art. 93, IX, da Constituição).*

*É curioso observar que a admissão dos embargos infringentes contra decisão das ações penais originárias, no âmbito do Supremo Tribunal, desde o art. 194 do velho Regimento (CORDEIRO DE MELLO, ‘ob. cit.’, II/832): muito anterior, portanto, a que a EC 16/65 e as cartas constitucionais subsequentes outorgassem hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte.*

*Não obstante, estou em que a singularidade se explica pela posição do Supremo Tribunal na cúpula da estrutura judiciária nacional (...).*

.....

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

*Em contraposição, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal são de única e última instância, não apenas no accertamento dos fatos, mas também na aplicação do direito: donde, a construção da abertura da via dos embargos, ao menos para as hipóteses em que o número de votos divergentes no seio da Corte emprestar probabilidade significativa de êxito à súplica do reexame do caso.*

*Nessa linha de raciocínio, é significativo que a L. 8.038/90 – que cuidou das ações penais originárias, de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça – não haja cogitado de transportar, para o último, a regra de admissibilidade dos embargos infringentes, que, por força do regimento, aqui subsiste. (...).*

.....  
*Finalmente, impressiona o argumento das informações de que, suposto ser o caso de aplicação analógica, a exigência de quatro votos vencidos, de grande peso no conjunto de onze juízes do STF, não poderia ser transplantada para o âmbito de colegiados muito mais numerosos (...) sem que antes se procedesse à devida adequação da proporcionalidade.” (grifei)*

**Quero destacar, neste ponto, que o eminente Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, processualista ilustre, de quem tive a honra de haver sido colega no Ministério Público paulista, sustenta, com o brilho de sempre, a possibilidade de utilização dos embargos infringentes, nesta Suprema Corte, mesmo existindo apenas 01 (um) voto vencido.**

**Não obstante as doutes razões expendidas por esse ilustre Mestre, entendo, tal como ressaltei na decisão ora impugnada, que a corrente minoritária deva compor-se, no mínimo, de 04 (quatro) votos divergentes (e, assim mesmo, todos eles veiculadores de juízo absolutório), em claro reconhecimento da relevância jurídica da pretensão recursal que venha a ser deduzida pelo réu condenado em sede originária por este Tribunal, considerados, para tanto, os fundamentos expostos pelo Ministro**

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento que precedentemente mencionei (HC 71.124/RJ).

Daí a correta observação expendida pela douta Procuradoria-Geral da República, ao opinar sobre essa específica questão processual (fls. 1.602):

*“Conforme a manifestação do Ministério Público e o trecho do voto acima transcrito, é patente a inadmissibilidade dos embargos infringentes e, por consequência, o desprovimento do presente pleito de retratação. A tese esposada de 5 votos divergentes é inoiável, uma vez que a única divergência se deu em relação à punibilidade do agente, e não à existência do crime, não havendo qualquer sentido em se somar tais votos para fins de divergência na absolvição do acusado. Nesse sentido, é indubitável o caráter protelatório do presente pleito de retratação.” (grifei)*

Vale observar, finalmente, que esse entendimento tem sido observado na prática processual desta Suprema Corte, como o evidenciam decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (AP 470-Décimos-EI-Agr/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – AP 481-EI/PA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

*“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.*

*A pretensão do agravante de ver suprimida a expressão ‘sessão secreta’, para permitir os embargos infringentes em todos os julgamentos criminais, independentemente do quórum de votos vencidos, já foi rejeitada por esta Corte no julgamento de agravo regimental interposto por corréu nesta mesma ação penal.*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*Não há previsão de cabimento dos Embargos Infringentes contra apenas parte do acórdão condenatório, como a dosimetria. O art. 333, I, do RISTE, restringe o âmbito recursal ao juízo de procedência da ação penal, oferecendo ao réu uma nova chance de obter a absolvição, e não de rediscutir todas as decisões proferidas no acórdão. Descabida a pretensão de aplicar o art. 333, I, parágrafo único, à luz do disposto no art. 609 do Código de Processo Penal, pois a norma geral não derroga a norma especial.”*

**(AP 470-terceiros-EI-Agr/MG, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – grifei)**

**Em suma:** reconheço **a possibilidade** de utilização dos embargos infringentes (**RISTE**, art. 333, inciso I), **desde que existentes, pelo menos, 04 (quatro) votos divergentes (e, mesmo assim, todos proferidos no mesmo sentido, vale dizer, com conteúdo absolutório em sentido próprio), o que evidentemente não ocorreu na espécie.**

**Cabe registrar,** neste ponto, **que a sentença penal absolutória em sentido próprio é definida** pelo magistério da doutrina **como aquela** em que o Poder Judiciário, **examinando a pretensão punitiva do Estado, rejeita** o pedido do autor (Ministério Público **ou** querelante, *conforme o caso*), **vindo a julgar improcedente** a respectiva ação penal, **definindo, desse modo, mediante** resolução do mérito, **a lide penal.**

**Vale lembrar,** por oportuno, nesse mesmo sentido, **a lição** de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“**Elementos de Direito Processual Penal**”, vol. III/14-15, item n. 590, 3ª atualização, 2009, Millennium), para quem a “(...) **Sentença absolutória é aquela que incide sobre a acusação para declará-la improcedente**”, projetando-se, por isso mesmo, “(...) **sobre o próprio ‘meritum causae’**”:

*“Sentença de absolvição é a que absolve o réu da causa (‘absolutio ab causa’), ‘id est’, que declara infundada a acusação e sem procedência a pretensão punitiva.” (grifei)*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

**Também perfilha igual entendimento o douto FERNANDO CAPEZ (“Curso de Processo Penal”, p. 542, item n. 19.4.1, 20ª ed., 2013, Saraiva), cuja compreensão do tema define as sentenças penais absolutórias em sentido próprio como aquelas que “não acolhem a pretensão punitiva, não impondo qualquer sanção ao acusado” (grifei).**

**Vê-se, daí, que não há como confundir a sentença penal absolutória em sentido próprio, de um lado, com a decisão que, em preliminar de mérito, reconhece consumada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, de outro.**

**No caso concreto, os dois eminentes Ministros (CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO) que declararam extinta a punibilidade do ora agravante somente o fizeram porque, ao julgarem procedente a ação penal, vieram a impor ao réu, ora recorrente, condenação a pena inferior a 02 (dois) anos, do que resultou, em consequência, o reconhecimento da consumação da prescrição penal.**

**A prescrição – que constitui instituto de direito material – qualifica-se, como se sabe, como questão preliminar de mérito, apta a obstar o exame do próprio litígio penal, vale dizer, da controvérsia instaurada em juízo (“*res in judicio deducta*”).**

**Essa compreensão do tema encontra suporte no magistério da doutrina (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal Comentado”, p. 373, item n. 5, 6ª ed., 2010, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 418, 22ª ed., 2014, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “Código Penal Comentado”, p. 614/615, item n. 34, 14ª ed., 2014, Forense, v.g.), valendo destacar, a esse respeito, a lição de EDILSON MOUGENOT BONFIM e de FERNANDO CAPEZ (“Direito Penal – Parte Geral”, p. 853, item n. 13.13, 2004, Saraiva):**

***“O reconhecimento da prescrição impede o exame do mérito, uma vez que seus efeitos são tão amplos quanto os de uma***



AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

*sentença absolutória. Ademais, desaparecido o objeto do processo, este não encontra justificativa para existir por mais nenhum segundo. Trata-se de uma preliminar (de mérito), cujo acolhimento inviabiliza a existência da relação jurídica processual e, por conseguinte, o subsequente julgamento do ‘meritum causae’.” (grifei)*

***Outra não é** a percepção doutrinária a respeito da prescrição, seja em matéria civil, seja em âmbito penal, pois ambas – a prescrição civil e a prescrição penal – possuem a mesma natureza e produzem, cada qual na esfera de sua incidência, efeitos que lhes são comuns, **como aquele**, p. ex., **que impede** o exame do pedido **que constitui** objeto da demanda, vale dizer, que obsta o julgamento do próprio “meritum causae”.*

***Essa visão** a propósito do instituto da prescrição **foi acolhida**, entre outros autores, pelo eminente magistrado e Professor NELTON DOS SANTOS (“Código de Processo Civil Interpretado”, p. 783, item n. 4, 2004, Atlas):*

*“A prescrição e a decadência são preliminares de mérito. Elas não são condições da ação e muito menos pressupostos processuais, mas na sentença o juiz examina-as antes de apreciar a matéria de fundo, vale dizer, antes de cuidar dos temas diretamente ligados ao acolhimento ou à rejeição do pedido. Com efeito, pronunciada a prescrição ou a decadência, desaparece qualquer sentido em julgar-se o pedido.*

*É definitiva a sentença que pronuncia a decadência ou a prescrição e, portanto, produz coisa julgada material.” (grifei)*

***Também a jurisprudência dos Tribunais (RTJESP 101/240, Rel. Des. OLAVO SILVEIRA – JTACrSP 90/40, Rel. Juiz BONAVENTURA GUGLIELMI – RT 552/343, Rel. Juiz SILVA FRANCO – RT 833/621, Rel. Des. BENEDITO DE MIRANDA ALVARENGA, v.g.), inclusive a do E. Superior Tribunal de Justiça (RT 820/538, Rel. Min. PAULO MEDINA –***

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

AREsp 317.543/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ – REsp 691.696/PE, Rel. Min. PAULO MEDINA, v.g.), perfilha igual entendimento:

**“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA. MÉRITO JULGADO PREJUDICADO. PEDIDO DE ANÁLISE DA TESE ESPOSADA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.**

1. Reconhecida a prescrição, matéria prejudicial ao mérito, não há que se falar em exame dos temas trazidos na petição recursal, haja vista não se tratar o Superior Tribunal de Justiça de mera Corte de consulta.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.”

(REsp 1.228.359-AgRg/RJ, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – grifei)

“Extinta a punibilidade pela prescrição da ação penal, não há como pretender-se o julgamento pelo mérito, pois o juiz, ao reconhecê-la, deverá declará-la de ofício, como o dispõe o art. 61 do CPP.”

(RT 531/346, Rel. Juiz CUNHA CAMARGO – grifei)

“(…) Uma vez declarada a prescrição retroativa não há mais falar em culpabilidade do agente. Nenhuma implicação futura poderá causar sobre seus antecedentes. Extingue-se, em suma, a própria ação penal e se apagam todos os seus efeitos.”

(RT 638/321, Rel. Des. ONÉSIMO NUNES ROCHA – grifei)

“O exame do mérito do recurso não pode ser apreciado se nele se levanta preliminar de prescrição da pretensão punitiva estatal que vem a ser acolhida. Isto porque assume ela caráter prejudicial em relação ao mérito, e por isso, deve ser afirmada e

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*reconhecida sempre que ocorrer, antes da apreciação daquele, por força do que dispõe o art. 61 do CPP.”*

**(RT 614/316, Rel. Juiz AFONSO FARO – grifei)**

*“A prescrição é matéria de ordem pública e deve ser conhecida independentemente da vontade do réu, cuja declaração, com amplos e abrangentes efeitos, põe fim a demanda, apagando todo o acontecido, tal como se jamais tivesse existido, considerado o réu inocente com todos os seus corolários, obstruindo, por isso, a apreciação do ‘meritum causae’.”*

**(RT 646/299-300, Rel. Juiz RIBEIRO DOS SANTOS – grifei)**

**Não custa assinalar, a título de registro histórico, que o E. Tribunal Federal de Recursos, hoje extinto, adotava igual diretriz jurisprudencial que se traduzia na Súmula 241/TFR, que possuía o seguinte conteúdo:**

*“A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva prejudica o exame do mérito da apelação criminal.”*  
(grifei)

**Diversa não é, no tema, a orientação do Supremo Tribunal Federal (RTJ 118/934, Rel. Min. FRANCISCO REZEK – HC 51.978/SP, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN – HC 73.120/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 345.577-AgR/SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.):**

*“Apelação criminal. Recurso do réu, embora reconhecida prescrita a ação penal, para que se reconheça a improcedência da acusação. Inadmissibilidade. – Distinção entre prescrição da ação e da condenação. – A prescrição da ação exclui a apreciação do merecimento da pretensão punitiva. (...)”*

**(RE 79.527/SP, Rel. Min. RODRIGUES ALCKMIN – grifei)**

*“DIREITO PENAL. Configurada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, não há como o órgão revisor apreciar matéria relativa à incompetência do juízo*

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

condenatório ou à inocência dos réus: 'qui non potest condemnare, non potest absolvere'.

Prescrição da pretensão punitiva declarada.

Recurso criminal prejudicado."

(Recurso Criminal nº 1.453/PA, Rel. Min. CÉLIO BORJA – grifei)

"'Habeas Corpus'. Impetração para desconstituição de acórdão que, em grau de apelação da paciente, julgou, de ofício, extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva. Alegação de interesse no julgamento da apelação, pelo mérito, com exame de seu pedido de absolvição.

'Habeas corpus' indeferido.

Se foi julgada extinta a punibilidade, pela prescrição da própria pretensão punitiva, desaparece o interesse da ré ao exame do pedido de absolvição contido na apelação.

Não havendo qualquer risco de constrangimento ilegal à liberdade da paciente, não é de ser deferido o 'writ'."

(HC 65.211/DE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – grifei)

"CONSTITUCIONAL E PENAL. 'HABEAS CORPUS'. ESTELIONATO – ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DA DEFESA. RECONHECIMENTO DA PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. QUESTÃO DE FUNDO PREJUDICADA. INCONFORMISMO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CF, ART. 1º, INC. III. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EFEITOS DE NATUREZA PENAL OU CÍVEL.

1. A prescrição da pretensão punitiva, diversamente do que ocorre com a prescrição da pretensão executória, acarreta a eliminação de todos os efeitos do crime.

2. A prescrição é matéria de ordem pública, por essa razão deve ser examinada de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do interessado, e, caso reconhecida em qualquer fase do processo,

AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE

*torna prejudicada a questão de fundo. Precedentes: AgRg no RE nº 345.577/SC, Rel. Min. Carlos Velloso, Dj de 19/12/2002; HC 73.120/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ de 03/12/99; HC nº 63.765/SP, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 18/4/86. (...).*

.....  
5. *Ordem denegada.*"

(HC 115.098/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

**Disso resulta** que a pretensão da parte ora agravante **não se revela acolhível**, eis que o ora recorrente **busca somar, para os fins do parágrafo único** do art. 333 do RISTF, **votos de conteúdo não homogêneo, pois – insista-se – votos absolutórios em sentido próprio não se identificam nem se confundem** com votos *que simplesmente declaram consumada a prescrição penal.*

**Vê-se, daí, tal como assinalado** pela douta Procuradoria-Geral da República, que *“A tese esposada de 5 votos divergentes é inviável, uma vez que a única divergência se deu em relação à punibilidade do agente, e não à existência do crime, não havendo qualquer sentido em se somar tais votos para fins de divergência na absolvição do acusado”* (fls. 1.602 – grifei).

**E a razão** dessa orientação é bastante clara, pois, *como anteriormente enfatizado, mostram-se distintos* os conteúdos do juízo absolutório **em sentido próprio, de um lado, e do que se limita a meramente reconhecer a consumação da prescrição penal, de outro.**

**De todo pertinente, por isso mesmo, a lição** de RENATO BRASILEIRO DE LIMA (*“Curso de Processo Penal”*, p. 1.302, item n. 9.2, 2013, Impetus), **que assim se pronuncia a respeito da matéria ora em análise:**

*“(...) prevalece o entendimento de que a sentença que declara extinta a punibilidade não é absolutória, pois o magistrado declara simplesmente que o Estado não tem mais a*

**AP 409 EI-AGR-SEGUNDO / CE**

*possibilidade de aplicar sanção penal ao acusado, ou seja, não analisa se ele é inocente ou culpado. (...).” (grifei)*

**Concluindo:** (a) os embargos infringentes do julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo penal originário ainda subsistem em nosso ordenamento positivo, eis que a norma inscrita no art. 333, inciso I, do RISTF foi recebida pela vigente Constituição da República com força e eficácia de lei; e (b) essa modalidade recursal – de que somente a Defesa pode utilizar-se contra condenações penais originárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – 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, por isso mesmo, para efeito de 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.

**Sendo assim**, pelas razões expostas, **e acolhendo**, ainda, **o parecer** da douta Procuradoria-Geral da República, **nego provimento** ao presente recurso de agravo, **mantendo**, por seus próprios fundamentos, a decisão agravada.

**É o meu voto.**



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**SEGUNDO AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 409**

PROCED. : CEARÁ

**RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO**

AGTE.(S) : JOSÉ GERARDO OLIVEIRA DE ARRUDA FILHO

ADV.(A/S) : EDUARDO ANTÔNIO LUCHO FERRÃO

ADV.(A/S) : MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA

ADV.(A/S) : JOÃO MARCELO LIMA PEDROSA

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli, participando, na qualidade de Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, da 2ª Assembleia Geral e Conferência Internacional da Associação Mundial de Órgãos Eleitorais, organizadas pela Associação Mundial de Órgãos Eleitorais (AWEB), e, neste julgamento, ausente a Ministra Cármen Lúcia. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 19.08.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte  
Assessora-Chefe do Plenário