

REFERENDO NOS EMB.INFR. NOS TERCEIROS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL
1.025 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES
EMBTE.(S) : FERNANDO AFFONSO COLLOR DE MELLO
ADV.(A/S) : MARCELO LUIZ AVILA DE BESSA
EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
ASSIST.(S) : PETROBRAS DISTRIBUIDORA S/A
ADV.(A/S) : WAGNER MAGALHÃES E OUTRO(A/S)

VOTO - VOGAL

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Trata-se da submissão a referendo, **em sessão virtual extraordinária do Plenário**, de três decisões monocráticas proferidas por Sua Excelência o Ministro Alexandre de Moraes (eDOCs 757, 758 e 759). Por meio delas, o eminente relator rejeitou os segundos embargos de declaração formalizados pelos réus Luis Pereira Duarte Amorim (eDOC 750, p. 150-168) e Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos (eDOC 750, p. 139-147), bem como os embargos infringentes opostos pelo réu Fernando Affonso Collor de Melo (eDOC 751). Igualmente, considerou “*meramente protelatórios*” os três expedientes recursais, razão pela qual determinou a certificação do trânsito em julgado da ação penal e o início imediato do cumprimento das penas aplicadas aos três réus.

Apesar dos fundamentos trazidos pelo eminente relator, entendo ser o caso de não referendar as decisões monocráticas quanto à conclusão de que os recursos são protelatórios. Assento ainda que os embargos infringentes devem ser conhecidos e decididos pelo Plenário.

No caso concreto, por mais que o julgamento da ação penal tenha registrado quatro votos divergentes – único requisito previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) para cabimento dos embargos infringentes –, o eminente relator considerou que o recurso seria manifestamente incabível por inexistirem **quatro votos absolutórios próprios** em favor do embargante, ainda que considerados os delitos de

maneira isolada.

No particular, registro que, de fato, a posição externada na decisão monocrática reproduz o entendimento que o Plenário tem adotado nas últimas oportunidades em que a questão foi decidida (vide **AP 863 EI-Agr/SP**, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2020; **AP 409 EI-AgR-segundo/CE**, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 31.8.2015; **AP-EI-décimo-quarto-AgR 470/MG**, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 26.3.2014).

Entendo, todavia, que a temática não se encontra pacificada na jurisprudência do STF de modo a autorizar a conclusão de que os embargos infringentes seriam meramente protelatórios. Anoto, assim, ser o caso de superar o entendimento alcançado nos referidos precedentes e conhecer dos embargos infringentes.

Como adiantado, o fundamento apontado pelo relator para rejeitar monocraticamente os embargos infringentes e determinar a certificação do trânsito em julgado foi a inexistência de quatro votos vencidos de **conteúdo absolutório em sentido próprio** – o que seria exigido pelo art. 333 do RISTF.

Transcrevo o referido dispositivo regimental:

“**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 do Plenário, depende da existência, no mínimo, de **quatro votos**

divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.”

A vigência do art. 333 do RISTF foi afirmada pelo Plenário nos autos da AP 470/MG, “Caso Mensalão” (AP-AgR-vigésimo-sexto 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, red. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, DJe 14.2.2014). Em relação a embargos infringentes contra decisões do Plenário, a norma regimental exige ao menos “*quatro votos divergentes*”, na forma do parágrafo único do art. 333.

A questão relevante à resolução do presente caso diz respeito ao conteúdo da divergência. O Regimento Interno prevê o cabimento dos embargos infringentes à decisão **não unânime** do Plenário que julgar procedente a ação penal (art. 333, I).

No Mensalão, o Tribunal interpretou essa disposição, estabelecendo, por apertada maioria, que a divergência deve ser quanto à procedência da ação penal (AP-EI-décimo-quarto-AgR 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe 26.3.2014). Ou seja, o voto divergente deve concluir pela absolvição em sentido próprio. Votos vencidos quanto a outros capítulos – como a dosimetria – não dariam causa aos embargos infringentes. Naquela oportunidade, ficaram vencidos os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Esteve ausente o Ministro Celso de Mello.

Posteriormente, em 2015, o Tribunal revisitou o tema e assentou que o cabimento dos embargos infringentes pressupõe votos divergentes de conteúdo absolutório em sentido próprio (AP 409 EI-AgR-segundo/CE, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJe 31.8.2015). Nove votos acolheram a tese e não houve divergência. Estavam ausentes a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Muito embora tenha concorrido com a maioria em ambos os precedentes, posteriormente revi minha posição no julgamento da AP 863/SP (AP 863 EI-Agr/SP, rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 20.2.2020). Na ocasião, destaquei dois pontos que, a meu ver, justificavam

a revisitação da matéria.

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

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

Por sua vez, o texto do RISTF limita o cabimento dos embargos infringentes à impugnação de decisões condenatórias. Outras decisões colegiadas não dão causa ao recurso. O principal impacto dessa diferença nas ações penais originárias é impedir o uso dos embargos em decisões majoritárias sobre o recebimento da denúncia. Por ocasião da edição do RISTF, lembro que, muito embora o recebimento de denúncia fosse ato do relator, cabia agravo ao colegiado (CPP, art. 557, parágrafo único, em sua redação original).

Nesse contexto, entendo que a conclusão no sentido de que o cabimento de embargos infringentes contra decisão condenatória do Plenário pressupõe a existência de quatro votos vencidos de conteúdo absolutório não se justifica em face dos próprios termos da norma contida no parágrafo único do art. 333 do RISTF. Isso porque a literalidade do dispositivo regimental não parece exigir que a divergência seja quanto à procedência da ação penal, mas apenas que a decisão recorrida seja um julgamento condenatório, prevendo somente a verificação de “quatro votos divergentes”.

O segundo ponto a ser destacado é a releitura que esta Corte vem fazendo do direito do condenado 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 (art. 14, § 5º). O direito fundamental ao recurso, por sinal, tem assento constitucional e encontra-se expresso no inciso LV do art. 5º da Constituição, que assegura “*aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”.

Em questão de ordem levantada pelo Min. Roberto Barroso, seis votos concorreram no sentido de que o foro por prerrogativa de função aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionados às funções desempenhadas (AP-QO 937/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe 10.12.2018). Um dos fundamentos dessa interpretação restritiva é justamente a inexistência de direito ao recurso contra a condenação em instância única. Na oportunidade, o Min. Roberto Barroso destacou a necessidade de “*harmonizar as disposições constitucionais com os compromissos internacionais firmados pelo Brasil, bem como de realizar, na maior extensão possível, o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria penal*” (§ 17).

Se o momento exige a maximização do princípio do duplo grau de jurisdição, não há como interpretar restritivamente, na ausência de norma expressa, **o único recurso previsto no ordenamento jurídico para discutir o mérito das decisões do STF em ações penais originárias.**

Diante de tais razões, entendo, com a devida vênia, ser o caso de cabimento dos embargos infringentes, impondo-se a reforma da decisão submetida a referendo do Plenário.

No caso concreto, foram verificados quatro **votos divergentes**, o que, nos termos da literalidade do parágrafo único do art. 333 do RISTF, autorizaria, a meu ver, a interposição do recurso.

Analisada a questão sob a perspectiva do direito fundamental ao recurso, entendo que a postura recursal do embargante deve ser valorada diante de sua condição enquanto processado, em única instância, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em casos que não se submetem a foro por prerrogativa de função e

que se iniciam em primeira instância (CPP, art. 394, § 1º, I), o réu possui a prerrogativa de manejar uma série de recursos até o trânsito em julgado da condenação, submetendo eventual sentença condenatória ao segundo grau de jurisdição, mediante apelação e recursos internos, e, igualmente, às instâncias extraordinárias (STJ, TSE e STF).

No caso concreto, todavia, outra sistemática é observada. Por terem sido processados diretamente nesta Corte, os réus somente podem se valer dos recursos internos previstos na legislação processual penal e no RISTF. Por terem identificado o que consideravam ser omissões e contradições no acórdão condenatório, opuseram embargos de declaração. O teor dos embargos nada tinha de protelatório, tanto que as teses veiculadas nos recursos foram acolhidas por quatro Ministros, ante a maioria de seis votos, que entendeu pela rejeição dos embargos.

Agora, o embargante opõe embargos infringentes para, **pela primeira vez**, tentar rever sua condenação. A literalidade do parágrafo único do art. 333 do RISTF exige a verificação de 4 (quatro) votos divergentes como pressuposto para o cabimento do recurso – o que está preenchido no caso dos autos.

Em que pese a existência de precedentes do Plenário que – contra a própria redação do dispositivo – interpretaram a norma regimental de forma restritiva, penso que referida leitura, que restringe **o único recurso apto a ser utilizado para discutir o mérito da condenação** em casos de ação penal originária perante o STF, deve ser revista. Parte da doutrina, inclusive, defende o cabimento dos embargos infringentes, com fundamento na norma regimental, mesmo quando os quatro votos divergentes não forem, necessariamente, absolutórios em sentido próprio, por exemplo quando versarem sobre a dosimetria da pena (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e à sua Jurisprudência*. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1338). De toda forma, em sendo este o contexto jurisprudencial e normativo da matéria, é certo que não há como caracterizar a conduta processual do embargante como procrastinatória.

Essas razões me levam a concluir que o conhecimento dos embargos infringentes é medida que se impõe, não sendo o caso de referendar, com a devida vênia, a decisão monocrática no particular.

Ante o exposto, **deixo de referendar** a decisão monocrática que rejeitou os embargos infringentes (eDOC 751) e voto no sentido de **conhecer dos embargos infringentes**, determinando o seu processamento, na forma do art. 335 e seguintes do RISTF.

Não mais subsistindo o trânsito em julgado da ação penal e considerando que a apreciação dos embargos infringentes pode vir a resultar, em tese, em julgamento que aproveite também aos corréus, **deixo de referendar** igualmente as decisões monocráticas que rejeitaram os embargos de declarações opostos pelos outros réus no que diz respeito à certificação do trânsito em julgado e à determinação de imediato início do cumprimento das penas.

É como voto.