

**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 NUNES MARQUES: Cuida-se de embargos infringentes opostos por Fernando Affonso Collor de Mello contra acórdão condenatório proferido pelo Plenário desta Corte, em que se postula a prevalência da orientação firmada nos votos vencidos da lavra dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli, André Mendonça e deste Ministro, em relação à dosimetria da pena aplicada quanto ao crime do art. 317, *caput*, do Código Penal.

Sustentou, em resumo, que: (i) os votos vencidos concluíram, em relação à dosimetria da pena aplicada quanto ao crime do art. 317, *caput*, do Código Penal, a incidência de somente 2 (duas) circunstâncias judiciais negativas (culpabilidade e circunstâncias do crime), fixando a pena do réu em 4 (quatro) anos de reclusão, o que conduz ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto ao delito mencionado; (ii) subsidiariamente, devem prevalecer os votos vencidos deste Ministro do do Ministro Gilmar Mendes, que rejeitaram a integralidade da pretensão acusatória e absolveram o recorrente; (iii) há flagrante ilegalidade na valoração negativa de três circunstâncias judiciais (culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime) realizada no acórdão embargado (Doc. 751).

Requeru ao final:

“a) seja reconhecido o cabimento dos embargos infringentes a partir da existência de 4 (quatro) votos no sentido do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, que constitui preliminar de mérito, configurada, na espécie, a hipótese de absolvição disciplinada no art. 333, I, do RI/STF;

b) subsidiariamente, o conhecimento e provimento dos embargos infringentes para que prevaleçam os votos divergentes absolutórios, de que decorrem a integral improcedência da ação penal, proferidos pelos Ministros KASSIO NUNES MARQUES e GILMAR MENDES;

c) a concessão de ordem de habeas corpus de ofício para realizar a valoração negativa de somente 2 (duas) circunstâncias judiciais (culpabilidade e circunstâncias do crime) e fixar a pena do réu, quanto ao delito de corrupção passiva, em 4 (quatro) anos de reclusão;

d) caso permaneça apenas a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998), em desfavor do embargante, requer a imediata suspensão da presente ação penal e sua remessa a d. Procuradoria-Geral da República para que ofereça ao recorrente a possibilidade de celebrar o Acordo de Não Persecução Penal”.

Iniciado o julgamento em sessão do Plenário Virtual, pediu destaque o Ministro Gilmar Mendes.

Sobreveio, em seguida, pedido de cancelamento do destaque, tendo os autos sido reincluídos para julgamento no Plenário Virtual.

É o relato do essencial. Passo ao voto.

Discute-se, na espécie, o cabimento de embargos infringentes contra acórdão condenatório proferido pelo Plenário desta Corte a partir da existência de 4 (quatro) votos vencidos que versam sobre a dosimetria da pena e resultam no reconhecimento, em favor do embargante, da prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime do art. 317, *caput*, do Código Penal, a caracterizar a hipótese de absolvição imprópria prevista no art. 333, I, do RI/STF.

Com a vênia daqueles que pensam de forma diversa, entendo que deve ser admitido o processamento dos presentes embargos infringentes.

Registro, inicialmente, que, no exame dos embargos infringentes na AP 916, ocorrido no Plenário Virtual de 13 a 20 de maio de 2022, votei na mesma linha da Relatora, ministra Cármen Lúcia, para quem o cabimento do recurso exige ao menos 4 (quatro) votos absolutórios próprios. Consignei, ainda, naquela oportunidade, que a divergência restrita à dosimetria da pena impedia o conhecimento dos embargos.

O Supremo vem, como regra, seguindo a jurisprudência nesse sentido, revelada nos seguintes precedentes: AP 470 AgR-vigésimo sexto, ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 19 de setembro de 2013; AP 470 EI-terceiros-AgR, ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 13 de fevereiro de 2014; AP 409, EI-AgR-segundo, ministro Celso de Mello, julgamento em 19 de agosto de 2015.

Todavia, em inúmeras ações penais relativas aos tristes e lamentáveis eventos do dia 8 de janeiro de 2023, passei a reconhecer, em caráter excepcional, o cabimento dos embargos, embora não tivessem sido proferidos 4 (quatro) votos absolutórios próprios nos julgados.

No contexto das referidas ações, em que se torna premente a

necessidade de redução das penas fixadas, concluí que os embargos infringentes deveriam ser admitidos, interpretando-se o Regimento Interno desta Corte, de forma sistemática com o art. 8º, 2, “h”, do Pacto de San Jose da Costa Rica, e com o art. 14, § 15º, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em linha convergente com a tese sustentada no voto proferido pelo Ministro André Mendonça:

15. Trata-se, a propósito, da interpretação que melhor se coaduna com o princípio da dignidade da pessoa humana em face do poder acachapante do Estado, **notadamente em se tratando de julgamento em instância única**, e com os tratados internacionais de direitos humanos, dentre os quais, conforme citado pelo e. Min. Gilmar Mendes em seu voto-vista na AP 916 EL, o art. 8º, 2, “h”, do **Pacto de San Jose da Costa Rica**, e o art. 14, §15º, do **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**.

16. Tais dispositivos estabelecem garantias judiciais mínimas, **a que todas as pessoas devem ter direito**, dentre as quais a de poder recorrer de condenações (e das penas), direito esse que resta limitado quando do julgamento em instância única a que os réus, **não detentores de foro por prerrogativa de função**, foram submetidos, mas com o qual os embargos infringentes, ao permitirem um novo olhar em relação aos pontos não unânimes, estão em sintonia e podem concorrer no sentido de ajudar a contemplar. Destaco:

“Ainda que os Estados tenham margem de apreciação para regular o exercício deste recurso, não podem estabelecer restrições ou requisitos que violem a própria essência do direito de recorrer da sentença [...]. O Estado poderá estabelecer foros especiais para o julgamento de altos funcionários públicos, e esses foros são compatíveis, em princípio, com a Convenção Americana [...]. No entanto, mesmo nesses casos, o Estado

deve permitir que o réu tenha a possibilidade de recorrer da condenação” (Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17-11-2009. Disponível em CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2ª ed., 2022, pág. 221 – destaquei).

17. Logo, e novamente com as devidas vênias, entendo que, havendo ao menos quatro divergências, cabíveis os embargos divergentes também em relação à dosimetria das penas.

18. Recentemente, em maio de 2023, o Plenário desta Casa entendeu, em questão de ordem suscitada no bojo da AP 1025, por maioria de votos, que mesmo os Ministros que eventualmente votam pela absolvição de um réu, podem, se vencidos, votar a dosimetria da pena.

19. É de se ter em conta que o Ministro votante pela absolvição não poderá, em qualquer hipótese, ao participar da votação da pena, deixar de se pautar pelos parâmetros mínimos e máximos previstos em abstrato pelo delito e, mesmo optando pela pena mínima, há de fundamentar a decisão, no caso concreto, de acordo com os vetores do art. 59 do Código Penal. Isto é, o fato de ter votado pela absolvição não geraria automática aplicação de pena mínima, quando da votação da dosimetria. Há, ainda, de se ater aos parâmetros das qualificadoras, se reconhecidas, e das causas de aumento e diminuição.

20. Se plenamente viável e usual, em sede de Plenário Virtual, que, desde logo, em caráter subsidiário, se adentre ao mérito mesmo após o acolhimento de uma preliminar, o mesmo não se diga no tocante à dosimetria da pena, que também diz respeito ao mérito e é operação mais complexa, dependente de

uma série de outros fatores, como eventuais qualificadoras e causas de aumento e diminuição a serem aplicadas.

Pois bem. Refletindo melhor sobre a orientação que adotei nas referidas ações penais, penso que ela deve ser aplicada como regra geral e não apenas em caráter excepcional para as condenações impostas nos casos do dia 8 de janeiro de 2023.

O Regimento Interno desta Corte - que, em seu art. 333, I, prevê o cabimento dos embargos infringentes de decisão do Plenário que julga procedente ação penal quando existentes, no mínimo, quatro votos divergentes -, deve ser interpretado de forma harmônica e sistemática com o direito constitucional ao recurso - ínsito à garantia do devido processo legal - das decisões não unânimes proferidas em única instância pelo Supremo e com a regra prevista no artigo 609, parágrafo único, do CPP, a fim de permitir nova discussão e exame aprofundado das questões que constituíram objeto da divergência.

O juízo condenatório de procedência total ou parcial da pretensão punitiva abrange o de aplicação da pena prevista no preceito secundário da norma. A dosimetria da sanção constitui a delimitação motivada do alcance da pretensão punitiva estatal sobre a liberdade de locomoção do acusado, sendo, portanto, inerente e indissociável do acolhimento, no todo ou em parte, do pedido deduzido em juízo.

De sorte que, havendo, no mínimo, quatro votos divergentes, versando sobre o alcance da pretensão, isto é, sobre a dosimetria da pena, não há como afastar o cabimento dos embargos infringentes, a teor da leitura do art. 331, I, c/c parágrafo único, do RI/STF, em conjunto com a garantia do devido processo legal e com a regra do art. 609 do CPP, mormente em julgamento realizado em única instância nesta Corte.

O cabimento dos embargos infringentes se apresenta ainda mais

claro na espécie, na medida em que a eventual prevalência dos votos vencidos, na parte relativa à dosimetria da pena, conduz ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva (retroativa) e, por consequência, à extinção da punibilidade em relação ao crime tipificado no art. 317, *caput*, do Código Penal.

O provimento jurisdicional de extinção da punibilidade do embargante se equipara, por sua vez, quanto aos efeitos, à absolvição em relação ao crime mencionado.

A propósito, no julgamento do agravo regimental na revisão criminal 5480, o Ministro Gilmar Mendes reconheceu, em voto que acabou não prevalecendo naquela oportunidade, o cabimento dos embargos infringentes. Ressaltou S. Exa., invocando entendimento adotado também pelo Ministro Teori Zavascki, que a fixação da pena *in concreto* pode, em tese, importar no reconhecimento da prescrição e, portanto, na extinção da pretensão punitiva, **o que traduz um juízo de absolvição imprópria do acusado**. E concluiu que os votos divergentes, ainda que restritos à análise da dosimetria da pena, deveriam ser considerados para fins de cabimento dos embargos infringentes, **enfatizando, além disso, nos debates que precederam o julgamento, a necessidade de enfrentamento da matéria pelo Plenário**. Vejamos:

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

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

proferidos, entendo que esse requisito não é imprescindível.

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

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

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

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

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

Conforme destacado pelo Ministro Teori, a própria Procuradoria-Geral da República defendeu, em parecer exarado nos autos da AP 470 (fls. 68.348-68.384 *daqueles*

autos), a possibilidade de interposição de embargos infringentes em caso de ausência de votos absolutórios próprios, no caso para a revisão da dosimetria da pena, *verbis*:

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

Outrossim, no julgamento do **EI-AgR na AP 863**, defendi que ao prever o cabimento dos embargos infringentes à decisão que julgar procedente a ação penal, o texto do art. 333, I, do RISTF, apartou-se da redação do art. 609, parágrafo único, do CPP, que afirma caberem embargos infringentes e de nulidade “quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu”.

Ressalto que a diferença entre os textos normativos não está na qualidade do voto divergente, mas na natureza da decisão que dá causa aos embargos infringentes.

O CPP admite os embargos infringentes em qualquer decisão desfavorável à defesa em grau de recurso, mesmo sem cunho condenatório. Por exemplo, a decisão de pronúncia, a despeito de sua **natureza interlocutória**, pode dar causa aos embargos infringentes.

(...)

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

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

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

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

No julgamento da mesma revisão criminal (RvC 5480 AgR), o Ministro Luiz Fux externou a compreensão no sentido de que “no caso concreto, é inegável que a prescrição corresponde a dois votos favoráveis à absolvição. E, somados os outros votos, nós tivemos um placar dividido de três a dois. **Os embargos infringentes eram admissíveis**”.

De fato, a prevalência do *quantum* da pena imposta nos votos minoritários conduz ao reconhecimento da prescrição. Senão, vejamos.

O Plenário deste Supremo Tribunal Federal concluiu pela caracterização do crime de corrupção, consumado entre 2010 e 2014, por intermédio do corrêu Pedro Paulo Bergamaschi de Leoni Ramos a Ricardo Pessoa da UTC Engenharia.

Como o embargante, à luz dos votos minoritários, foi condenado à pena de 4 (quatro) anos de reclusão pela prática do crime de corrupção passiva (art. 317, caput, do CP), a pretensão punitiva prescreveria, em regra, em 8 (oito) anos, conforme prevê o art. 109, IV, do Código Penal.

No caso, o embargante já possuía idade superior a 70 (setenta) anos na data da sessão de julgamento, de sorte que o prazo prescricional deve ser reduzido pela metade, nos termos da regra do art. 115 do Código Penal, correspondendo a 4 (quatro) anos.

Nessa perspectiva, preclusa a discussão da pena para o Ministério Público, forçoso seria reconhecer, na hipótese de eventual prevalência dos votos vencidos em sede de julgamento dos embargos infringentes, a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime de corrupção passiva e, por consequência, a extinção da punibilidade do embargante, uma vez que, entre a data de recebimento da denúncia (22/08/2017) e a do julgamento da ação penal transcorreu lapso superior a 4 (quatro) anos.

Em suma, a pendência de discussão, que cabe ao Plenário desta Corte, quanto ao cabimento dos embargos infringentes interpostos pela defesa, afasta a possibilidade de certificação do trânsito em julgado do acórdão, impedindo, seguramente, a execução imediata do acórdão e a determinação da prisão do embargante, mormente diante da relevância

AP 1025 ED-TERCEIROS-EI-REF / DF

da questão de direito a ser debatida no Colegiado maior, qual seja, a admissibilidade do recurso quando os votos minoritários conduzem a um juízo de absolvição em sua modalidade imprópria.

É que, a teor da orientação sedimentada nesta Suprema Corte nas ADCs nº 43/DF, nº 44/DF e nº 54/DF, o início do cumprimento da pena está necessariamente condicionado ao trânsito em julgado da condenação, não se admitindo a execução provisória da pena.

Ante o exposto, pedindo as mais respeitosas vênias àqueles que pensam de forma diversa, **admito o processamento dos embargos infringentes** - para análise e discussão de todas as questões nele suscitadas - e afasto, por consequência, a imediata certificação do trânsito em julgado do acórdão, bem como a determinação de início do cumprimento da pena imposta ao embargante. Determino, por fim, a expedição de alvará de soltura do embargante.

É como voto.