

19/04/2018

PLENÁRIO

AG.REG. NOS EMB.INFR. NA AÇÃO PENAL 863 SÃO PAULO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os embargos infringentes oponíveis a julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de processo penal originário *ainda subsistem em nosso ordenamento positivo*, como reconhecido por este Plenário na decisão que examinou a AP 470-AgR-vigésimo sexto/MG, Red. p/ o acórdão Min. ROBERTO BARROSO, 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:

“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES QUANDO HAJA QUATRO VOTOS FAVORÁVEIS À ABSOLVIÇÃO.

1. O art. 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que prevê o cabimento de embargos infringentes na hipótese, jamais foi revogado de modo expreso pela Lei nº 8.038/1990. Tampouco existe incompatibilidade, no particular, entre os dois diplomas normativos.

.....
5. Incidência dos princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, da legalidade e do devido processo legal, que impedem o Tribunal de ignorar dispositivo que sempre se considerou vigente a fim de abreviar o desfecho de processo penal determinado.” (grifei)

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, tratando-se de julgamento plenário, da existência, em favor do réu, de, pelo

AP 863 EI-AGR / SP

menos, 04 (quatro) votos vencidos **que se revistam**, no entanto, de conteúdo absolutório em sentido próprio.

Sabemos todos 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 do RISTF.

Vale lembrar, bem por isso, **a lição** do eminente Professor ALFREDO BUZUID (“Estudos de Direito”, vol. I/200-201, item n. 18, 1972, Saraiva), saudoso Ministro desta Suprema Corte que, **ao examinar** o sentido da cláusula constitucional **que deferiu**, em 1967/1969, poder normativo primário ao Supremo Tribunal Federal em matéria processual, **enfatizou**, com a reconhecida autoridade de haver sido um dos mais brilhantes juristas deste País, que referida atribuição **legitimava** a instituição, por este Tribunal, em sede regimental, **de recursos** pertinentes às matérias sujeitas à sua competência:

*“O Supremo Tribunal Federal legisla, nas matérias de sua competência, através do ‘regimento interno’. (...). Este preceito outorgou ao Supremo Tribunal Federal a atribuição privativa para estabelecer o processo e o julgamento, **bem como os recursos** nos casos de sua competência originária (...). Em uma palavra, o regimento tem o valor de lei.” (grifei)*

AP 863 EI-AGR / SP

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

Em virtude desse **novο** 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.

Cumprе registrar, *contudo*, **que se verificou**, *na espécie*, **com o advento** da Constituição de 1988, **a recepção**, por esse estatuto político, **do mencionado** preceito regimental (RISTF, art. 333 e seu 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).

Há a considerar, *ainda*, **um aspecto** que tenho por pertinente **no exame** da controvérsia ora em julgamento, **referente** ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, *inciso I*, do RISTF **busca permitir a concretização**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no contexto** das causas penais originárias, **do postulado do duplo reexame**, **que visa a amparar** o direito consagrado **na própria** *Convenção Americana de Direitos Humanos*, **na medida em que dá sentido e confere aplicabilidade** à cláusula convencional **da proteção judicial efetiva** (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, **alínea “h”**).

AP 863 EI-AGR / SP

A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios realizados pelo Supremo Tribunal Federal, **possibilitando** a utilização *dos embargos infringentes* **na hipótese singular** prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, **permitirá alcançar** solução nos casos em que esta Corte Suprema, **atuando** originariamente *como instância judiciária única*, **proferir, por votação majoritária**, julgamentos **de procedência** da ação penal.

Esse direito ao duplo reexame, **consoante adverte** a Corte Interamericana de Direitos Humanos, **não deixa de incidir mesmo** nas hipóteses de condenações penais **em decorrência de prerrogativa de foro**, decretadas, *em sede originária*, por Cortes Supremas de Justiça **estruturadas** no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, *como obrigatória*, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos **em todos os casos** relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica.

Não custa lembrar que o Brasil, *apoiando-se em soberana deliberação*, **submeteu-se à jurisdição contenciosa** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **a significar** – *considerado o formal reconhecimento da obrigatoriedade* de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro **comprometeu-se**, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, *“a cumprir a decisão da Corte em todo caso”* **de que é parte** (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). *“Pacta sunt servanda”*...

Com efeito, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência** da Corte Interamericana de Direitos Humanos *“em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”* (Pacto de São José da Costa

AP 863 EI-AGR / SP

Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, ou seja, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

É importante ter presente, no ponto, o magistério, sempre autorizado, dos eminentes Professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, cuja lição convém recordar, notadamente após a Sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva vs. Venezuela a propósito do duplo grau de jurisdição (e, também, do duplo reexame) no sistema interamericano de direitos humanos:

“As duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus [europeus!], são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. ([1]) Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição.”

A Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STE, ou seja, não há hierarquia entre eles. É por isso que ela não constitui um órgão recursal. Porém, suas decisões obrigam o país que é condenado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. ‘Pacta sunt servanda’: ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos.”

De forma direta, a Corte não interfere nos processos que tramitam num determinado Estado membro sujeito à sua

AP 863 EI-AGR / SP

jurisdição (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta, sim. (...).

.....
*No caso 'Barreto Leiva contra Venezuela', a Corte, em sua decisão de 17.11.09, **apresentou** duas surpresas: **a primeira** é que fez valer **em toda a sua integralidade** o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e **a segunda** é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, **inclusive os julgados pelo Tribunal máximo** do país, **em razão do foro especial por prerrogativa de função ou** de conexão com quem desfruta dessa prerrogativa.*

.....
*A obrigação de respeitar o duplo grau de jurisdição **deve ser cumprida** pelo Estado, **por meio** do seu Poder Judiciário, **em prazo razoável**. **De outro lado**, também deve o Estado **fazer as devidas adequações no seu direito interno**, de forma a garantir sempre o duplo grau de jurisdição, mesmo quando se trata de réu com foro especial por prerrogativa de função.*

.....
*De outro lado, quando o julgamento acontece na Corte Máxima, a **única interpretação** possível do art. 8º, II, 'h', da CADH, é que este mesmo tribunal é o competente para o segundo julgamento. Foi isso que determinou a CIDH no caso 'Barreto Leiva'. Quando não existe outro juiz ou Corte 'superior', é a mesma Corte máxima que deve proceder ao segundo julgamento porque, no âmbito criminal, nenhum réu jamais pode ser tolhido desse segundo julgamento (consoante a firme e incisiva jurisprudência da CIDH)." (grifei)*

Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro **seria oponível** à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **quando proferidas** no exercício de sua jurisdição contenciosa.

A questão central, neste tema, **considerada** a limitação da soberania dos Estados (com **evidente** afastamento das concepções de JEAN BODIN), **notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária**

AP 863 EI-AGR / SP

adesão do Brasil a esses **importantíssimos** *estatutos internacionais* de proteção *regional e global* aos direitos básicos da pessoa humana, **consiste em manter fidelidade** aos compromissos que o Estado brasileiro **assumiu** na ordem internacional, **eis que continua a prevalecer**, *ainda*, o **clássico dogma** – *reafirmado* pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, **hoje incorporada** ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) – **segundo** o qual “*pacta sunt servanda*”, **vale dizer**, “*Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”, **sendo-lhe inoponíveis**, consoante diretriz **fundada** no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, *as disposições do direito interno do Estado nacional*, que **não** poderá justificar, *com base em tais regras domésticas*, o **inadimplemento** de suas obrigações convencionais, **sob pena** de cometer grave *ilícito internacional*.

Essa compreensão do tema – *notadamente em situações como a ora em exame*, em que o Supremo Tribunal Federal vê-se dividido na exegese de um dado preceito normativo – **permite realizar** a cláusula **inscrita no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos**, **que confere**, no domínio de interpretação dos direitos e garantias fundamentais, **primazia à norma mais favorável**, **consoante tem enfatizado a própria jurisprudência desta Suprema Corte (HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)**:

“HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

– Os magistrados *e* Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir primazia** à norma que se revele **mais favorável** à pessoa humana, **em ordem** a dispensar-lhe **a mais** ampla proteção jurídica.

AP 863 EI-AGR / SP

– O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs.

– Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.”

(HC 96.772/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

De outro lado, entendo plenamente legítima, sob perspectiva de índole processual, a oponibilidade de embargos infringentes a acórdão majoritário (não unânime) proferido por Turma desta Corte Suprema em sede de ação penal originária.

Impende acentuar, por oportuno, o alto significado de que se revestem os embargos infringentes, em razão de esse tipo recursal permitir, ainda que de modo pontual, porque limitado ao objeto da divergência, uma nova visão sobre a controvérsia jurídica, valendo relembrar, por relevante, a observação de PONTES DE MIRANDA (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo VII, p. 329/330 e 339, 1975, Forense) no sentido de que essa modalidade recursal, mesmo sendo considerada inconveniente por alguns processualistas, pode, no entanto, servir à causa da Justiça, como o revela esse eminente jurisconsulto brasileiro, ao justificar a razão de ser dos embargos infringentes:

“(…) os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se compreende

AP 863 EI-AGR / SP

que, ainda em Portugal, **houvesse hostilidade** ao velho recurso lusitano, **preciosa criação** da mentalidade popular, **na reação** contra a errada justiça reinícola. **Hoje, que o elemento de 'retratação' e o elemento de 'devolução' se associaram, devemos perseverar no seu uso, que passou a ser, desde a Lei n. 319, de extraordinária importância** na superior instância. **Muita injustiça se tem afastado com os julgamentos em grau de embargos.**

.....
O interesse precipualemente protegido pelo art. 530 do Código de 1973 **não é o individual. É o interesse público** em que haja a mais completa aplicação de todas as leis que presidiram à formação das relações jurídicas, isto é, de todas as leis que incidiram." (grifei)

Cumpr assinalar, no entanto, que a existência de **um número mínimo de votos vencidos qualifica-se como pressuposto necessário** para a admissibilidade dos embargos infringentes, **seja** quando opostos a acórdão do **Plenário**, **seja** quando deduzidos em face de acórdãos **de quaisquer das Turmas** do Supremo Tribunal Federal, **pois, como ninguém o ignora, a finalidade** dessa espécie recursal **consiste** em fazer prevalecer, **no re julgamento** da causa – limitado, **topicamente**, ao objeto da divergência –, a **solução** preconizada **pela corrente minoritária**.

No precedente a que me referi **no início** deste voto (AP 470-AgR-**vigésimo sexto/MG**), indagou-se, **para efeito** de utilização dos embargos infringentes **contra acórdão não unânime** do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **na hipótese** prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, **se** a corrente minoritária deveria compor-se **de 4 (quatro) votos vencidos ou, então, se se revelaria suficiente** a existência **de apenas** 1 (um) voto divergente.

O eminente Ministro GILMAR MENDES, **naquele julgamento, formulou, então, indagação relevante a propósito** da questão pertinente aos votos vencidos. **Por que** 4 (quatro) votos vencidos, **e não** 3 (três), 2 (dois) **ou apenas** 1 (um)?

AP 863 EI-AGR / SP

Entendo que essa questão **mereceu** *adequada análise* por parte do eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, **em julgamento** do qual 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 revelar-se** tal número – **bastante expressivo** em um Tribunal *com apenas* 11 (onze) integrantes (**tanto** que quatro votos, nas Turmas, **compõem a maioria**) – **elemento evidenciador da 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).

.....
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

AP 863 EI-AGR / SP

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 juizes do STE, 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, sustentou, por ocasião daquele julgamento, com o brilho de sempre, a possibilidade de utilização dos embargos infringentes, nesta Suprema Corte, mesmo existindo apenas 1 (um) voto vencido.

Não obstante as doutes razões expendidas por esse ilustre Mestre, ressaltei, no precedente a que me referi anteriormente, que a corrente minoritária formada em julgamento realizado pelo Plenário da Corte, para efeito de admissibilidade dos embargos infringentes, deveria compor-se, no mínimo, de 4 (quatro) votos divergentes (e, assim mesmo, todos eles veiculadores de juízo absolutório em sentido próprio), em claro reconhecimento da relevância jurídica da pretensão recursal que venha a ser deduzida pelo réu condenado em sede originária por este Tribunal, tendo em vista, para tanto, como já enfatizado, os fundamentos expostos pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento que anteriormente mencionei (HC 71.124/RJ).

Acentue-se, por oportuno, 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.).

AP 863 EI-AGR / SP

Estabeleço, no entanto, distinção entre a norma **inscrita** no art. 333, I, do RISTF (**que se refere**, estritamente, a decisão **não** unânime “que julgar procedente a ação penal”) e a regra **fundada** no art. 609, parágrafo único, do CPP (**que alude** a decisão de segunda instância, **não** unânime, desfavorável ao réu).

Tenho para mim que essa distinção, *embora sutil*, **produz** efeitos diferenciados, **eis que** – como assinala a doutrina (MARCELLUS POLASTRI, “**Curso de Processo Penal**”, p. 1.276, item n. 2.4, 9ª ed., 2016, Gazeta Jurídica, v.g.) – **esse recurso** (o de embargos infringentes e de nulidade) **pode** referir-se **tanto** “*ao mérito como à hipótese de nulidade*, **pois o que importa**”, tratando-se de impugnação a acórdão **não unânime** de Tribunal de segunda instância, “é que haja voto vencido” (grifei).

Essa é a razão pela qual o recurso em questão **tem a designação unitária** de “embargos infringentes e de nulidade”, **pois persegue duplo objetivo**, consoante ensinam os doutrinadores (ROGÉRIO SANCHES CUNHA e RONALDO BATISTA PINTO, “**Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal Comentados**”, p. 1.494/1.495, 2017, JusPODIVM):

*“Um só recurso – De se observar que o recurso é um só, a despeito do nome ‘embargos infringentes e de nulidade’. Dizem-se ‘infringentes’, quando seu objetivo é alterar ‘no mérito’ o acórdão. De ‘nulidade’, ao contrário, quando atacam matéria processual. **Suponha-se**, assim, **que condenado em 1º grau, o réu apele para o Tribunal, suscitando, em preliminar, uma determinada nulidade**. Dois desembargadores negam provimento ao apelo, mas um acolhe a preliminar, decidindo pela nulidade do processo. **Nesse caso, os embargos oponíveis são de nulidade.**”*
(grifei)

AP 863 EI-AGR / SP

Tal orientação – vale registrar – é perfilhada por GUILHERME DE SOUZA NUCCI (“Código de Processo Penal Comentado”, p. 1.212, item n. 4, 14ª ed., 2015, Forense):

“4. Denominação do recurso: embora a aparência de se tratar de dois recursos – embargos ‘infringentes’ e ‘de nulidade’ – trata-se de somente um. A matéria em discussão pode ligar-se ao mérito propriamente dito, isto é, questão de direito material (infringentes), como pode estar vinculada a tema exclusivamente processual (de nulidade). Em outros termos, pode-se usar este recurso apenas para discutir matéria vinculada ao mérito (se culpado ou inocente o réu) ou somente em relação a eventual existência de nulidade ocorrida no processo. Porém, sempre quando houver voto vencido em favor do acusado.”
(grifei)

Posição idêntica é igualmente adotada por EDILSON MOUGENOT BONFIM (“Código de Processo Penal Anotado”, p. 1.060/1.061, 3ª ed., 2010, Saraiva), **cuja lição, também reconhecendo o caráter unitário** do recurso em questão, **entende** que referido meio de impugnação **possui dupla finalidade: infringir o julgado ou buscar a invalidação formal** do acórdão condenatório **majoritário**:

“(...) Os embargos infringentes e de nulidade configuram um ‘único recurso’, e não dois tipos de embargos, como sugere sua denominação. A distinção decorre da matéria objeto de impugnação do recurso:

a) será ‘infringente’ quando versar acerca do mérito da causa, ou seja, ‘direito material’, com o fito de reformar a decisão por outra;

AP 863 EI-AGR / SP

b) será 'de nulidade' quando discutir 'questão de natureza estritamente processual', objetivando a anulação do julgamento." (grifei)

Essa mesma espécie recursal, *contudo*, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, **no art. 333** de seu Regimento Interno, com uma só e única função processual: a de impugnar, tão somente, o mérito da causa penal.

Daí o "nomen juris" utilizado, intencionalmente, pelo Regimento Interno desta Corte – "embargos infringentes" –, **e não, também, o de "embargos de nulidade", a significar**, considerando-se **o próprio teor** da norma regimental do Supremo Tribunal Federal, que os embargos infringentes opostos a acórdão proferido em julgamento **não** unânime, **quer** do Plenário, **quer** das Turmas, destinam-se, unicamente, a questionar o fundo da controvérsia criminal, vale dizer, o próprio mérito da causa penal.

É por tal motivo que, **ao julgar a AP 409-EI-AgR-segundo/CE, de que fui Relator, o Plenário** do Supremo Tribunal Federal **tornou exigível, para efeito de admissibilidade dos embargos infringentes, a existência de votos minoritários, desde que de conteúdo absolutório em sentido próprio.**

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.**

Rememore-se, 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**

AP 863 EI-AGR / SP

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)

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.

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*, a análise da controvérsia material instaurada em juízo (“res in judicio deducta”), como expressamente assinala CLEBER MASSON (“Código Penal Comentado”, p. 570, 4ª ed., 2016, Método), em passagem doutrinária na qual observa que a prescrição penal *“constitui-se em matéria preliminar, isto é, impede a análise do mérito da ação penal, seja pelo juízo natural, seja em grau de recurso”*, sendo certo, por tal motivo, que, *“Em caso de prescrição, não há falar em absolvição ou condenação, mas apenas em extinção da punibilidade”* (grifei).

Essa compreensão do tema – não constitui demasia lembrar – encontra suporte no magistério da doutrina (CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “Código Penal Comentado”, p. 408, item n. 5, 9ª ed., 2015, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código Penal Anotado”, p. 418,

AP 863 EI-AGR / SP

22ª ed., 2014, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Código Penal Comentado**”, p. 614/615, item n. 34, 14ª ed., 2014, Forense, v.g.), **sendo de destacar-se, a esse respeito, a lição** de EDILSON MOUGENOT BONFIM e FERNANDO CAPEZ (“**Direito Penal – Parte Geral**”, p. 853, item n. 13.13, 2004, Saraiva):

*“**O reconhecimento da prescrição impede o exame do mérito** (...). 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)*

Essa visão a propósito do instituto da prescrição **foi igualmente 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 em geral (RJTJESP 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 – **AREsp 317.543/PR**, Rel. Min. LAURITA VAZ – **REsp 691.696/PE**, Rel. Min. PAULO MEDINA, v.g.), **orienta-se no sentido** de que **a prescrição civil e a**

AP 863 EI-AGR / SP

prescrição penal possuem, ambas, a mesma natureza e produzem, cada qual na esfera de sua incidência, efeitos comuns entre si, como aquele, p. ex., que impede o exame do pedido objeto da demanda, vale dizer, que obsta o julgamento do próprio “*meritum causae*”:

“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 863 EI-AGR / SP

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 salientar, 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, cujo conteúdo era o seguinte:

“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 863 EI-AGR / SP

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 863 EI-AGR / SP

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)

“PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – INSTITUTO DE DIREITO MATERIAL – QUESTÃO PRELIMINAR DE MÉRITO – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DO PRÓPRIO FUNDO DA CONTROVÉRSIA PENAL – PRINCIPAIS CONSEQUÊNCIAS DE ORDEM JURÍDICA RESULTANTES DO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO – DOCTRINA – PRECEDENTES (STF) – JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS – EXTINÇÃO, NO CASO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, DO PROCESSO EM QUE RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO PENAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– A extinção da punibilidade motivada pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado prejudica o exame do mérito da causa penal, pois a prescrição – que constitui instituto de direito material – qualifica-se como questão preliminar de mérito. Doutrina. Precedentes. (...).”

(AI 859.704-AgR/PR, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, Senhora Presidente, **se a corrente minoritária, longe de absolver o condenado, vem a reconhecer, em divergência com a maioria, a existência de nulidade processual ou a consumação de prescrição penal, esse voto vencido não terá veiculado um juízo de absolvição penal em sentido próprio, circunstância essa que, tendo presente a estrita textualidade da cláusula inscrita no art. 333, I, do RISTF, tornará inadmissível a adequada utilização dos embargos infringentes.**

AP 863 EI-AGR / SP

E a razão desse entendimento é bastante clara, pois, como anteriormente enfatizado, mostram-se distintos os conteúdos do juízo absolutório em sentido próprio, de um lado, e daquele que se limita a meramente reconhecer a consumação da prescrição penal ou, então, a proclamar determinada nulidade processual, 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 possibilidade de aplicar sanção penal ao acusado, ou seja, não analisa se ele é inocente ou culpado. (...)” (grifei)

Tratando-se de julgamento penal condenatório majoritário emanado de Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido em sede de ação penal originária, impõe-se verificar se, para efeito de admissibilidade dos embargos infringentes, basta apenas um voto vencido.

Refleti, muito, Senhora Presidente, sobre essa questão e, embora tendesse a aplicar, por analogia, a regra fundada no parágrafo único do art. 609 do CPP, convenci-me de que se mostra acolhível a tese formulada pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, cujas proposta sugere que se exijam, em tal específica situação, 2 (dois) votos divergentes ou minoritários, ambos de conteúdo necessariamente absolutório em sentido próprio.

Tenho para mim que esse critério – mínimo de 2 (dois) votos divergentes na Turma – revela-se bastante expressivo, além de constituir fator seguro de demonstração da probabilidade do direito do embargante, sempre que se cuidar de acórdão proferido por órgão colegiado, a Turma,

AP 863 EI-AGR / SP

que se compõe de 5 (cinco) Ministros e que se mostra, por isso mesmo, exigência apta a evidenciar, sem qualquer dúvida, a plausibilidade jurídica da pretensão recursal deduzida pela parte que opõe os embargos infringentes.

Como salientado em passagem anterior deste voto, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE **bem justificou** a exigência *de um número mínimo (e qualificado) de votos divergentes, ao destacar*, em voto proferido **no HC 71.124/RJ, de que foi Relator, o seguinte aspecto:**

*“Em contraposição, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal são de única e última instância, não apenas no acertamento 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.**” (grifei)*

Em uma palavra: a exigência de 2 (dois) votos vencidos reveste-se de grande peso no conjunto de 5 (cinco) Juízes da Turma do Supremo Tribunal Federal, **a atestar** a plausibilidade jurídica e o relevo da postulação recursal **de quem opõe** embargos infringentes a acórdão não unânime emanado *de Turma* desta Corte Suprema **no julgamento** de ações penais originárias.

Impende considerar, finalmente, **um tópico** que me parece relevante e que se pode resumir à seguinte indagação : **caso admitidos**, os embargos infringentes **revestir-se-ão de efeito suspensivo** quanto à prisão do réu condenado?

Parte expressiva da doutrina **entende que sim**, como se pode verificar em diversos autores (EDILSON MOUGENOT BONFIM, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 1.064, 3ª ed., 2010, Saraiva; DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 547,

AP 863 EI-AGR / SP

26^a ed., 2014, Saraiva; GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, “**Processo Penal**”, p. 885, item n. 15.5.4, 4^a ed., 2016, RT; ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, “**Recursos no Processo Penal**”, p. 224, item n. 146, 1996, RT; RENATO MARCÃO, “**Curso de Processo Penal**”, p. 1.058, item n. 12.5.1, 2014, Saraiva; ANDRÉ NICOLITT, “**Manual de Processo Penal**”, p. 954, item n. 14.7.4, 6^a ed., 2016, RT, *v.g.*), **cujo magistério acentua** que os embargos infringentes, **além** *do seu caráter devolutivo*, **possuem eficácia suspensiva em relação** à parte da decisão objeto da controvérsia.

O Supremo Tribunal Federal, *por sua vez*, **pronunciando-se** sobre referida questão, **já decidiu** que a oposição de embargos infringentes “*possui efeito suspensivo quanto à prisão*” (**HC 53.555/RJ**, Rel. Min. LEITÃO DE ABREU), **reafirmando** posição **anteriormente** adotada no julgamento, *por esta Corte Suprema*, **do HC 43.744/GB**, Red. p/ o acórdão Min. PRADO KELLY.

Essa **mesma** diretriz *foi igualmente observada* por este Tribunal por ocasião da decisão **concessiva** de “*habeas corpus*” proferida no **HC 55.547/AM**, Rel. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE.

Não posso deixar de assinalar, contudo, *neste ponto*, **que há precedentes** desta Corte Suprema **que reconhecem** *a possibilidade de prisão imediata* do condenado, **nos casos** em que, **não obstante opostos embargos infringentes**, **remanesce capítulo autônomo** do acórdão que, **por haver sido objeto de julgamento unânime**, **não comporta**, *por isso mesmo*, **a possibilidade** de impugnação **mediante** a utilização da espécie recursal em causa:

“Embargos infringentes fundados em divergência parcial de votos. Prisão imediata do embargante.”

AP 863 EI-AGR / SP

A interposição de embargos infringentes não impede a execução da pena privativa de liberdade resultante da parte unânime do acórdão condenatório.”

(HC 67.818/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

Essa diretriz jurisprudencial – que admite a execução da ordem de prisão na hipótese de capítulos do acórdão que se apresentem incontroversos e contra os quais, por constituírem objeto de unânime julgamento, não se revela admissível a oposição de embargos infringentes – apoiase no fato de que se torna lícito reconhecer, no plano da teoria da sentença, a possibilidade de existirem, em um só instrumento de sentença, tantas decisões distintas “*quantos forem os capítulos que ela contiver*”, bastando, para tanto, a leitura de doutrinadores e processualistas eminentes como JOSÉ ALBERTO DOS REIS (“*Código de Processo Civil Anotado*”, vol. V/305, item n. 2, 1984, Coimbra) e, entre nós, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO (“*Capítulos de Sentença*”, 5ª ed., 2013, Malheiros).

Vale enfatizar que esse entendimento – o de que a sentença, embora instrumentalmente una, pode apresentar-se como estrutura objetivamente complexa, cindível em diversos capítulos, cada qual resolvendo, autonomamente, determinado litígio (“*Quot capita, tot sententiae*”) – também se mostra aplicável ao processo penal, como esclarece autorizado magistério doutrinário (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “*Elementos de Direito Processual Penal*”, vol. IV/271-272, item n. 1.071, 2ª ed./2ª tir., 2003, Millennium; GIOVANNI LEONE, “*Lineamenti di Diritto Processuale Penale*”, vol. II/268, 1950, v.g.).

É por isso, Senhora Presidente, que cabe observar, a propósito do tema, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo que são juridicamente exequíveis as penas privativas de liberdade resultantes da parte (“*capítulo sentencial*”) do acórdão contra a qual são incabíveis embargos infringentes, tem sido reafirmada em diversos

AP 863 EI-AGR / SP

julgados, cuja orientação, nos casos em que se verifique divergência parcial, foi bem explicitada no julgamento proferido por esta Corte a que me referi anteriormente (HC 67.818/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

Vê-se, desse modo, em face da teoria dos capítulos de sentença, que se mostra viável reconhecer, no instrumento sentencial, pluralidade de decisões, cada qual incidindo sobre um objeto autônomo do processo, inclusive do processo penal, a justificar, portanto, na linha de antigo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte (RTJ 103/472, Rel. Min. CORDEIRO GUERRA, v.g.), a possibilidade de formação progressiva da coisa julgada.

Dá a observação de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I/1.143, item n. 799, 59ª ed., 2018, Forense) no sentido de que a sentença poderá apresentar-se “composta por capítulos, cuja autonomia terá grande influência, sobretudo, na sistemática recursal, na formação da coisa julgada, na execução da sentença e no regime da ação rescisória” (grifei), a significar que cada capítulo sentencial constituirá, ele próprio, uma unidade autônoma, decorrendo dessa particular situação processual “a possibilidade de o recurso abordar apenas um ou alguns dos capítulos, o que provocaria o trânsito em julgado dos que não foram alcançados pela impugnação”.

Na realidade, esse entendimento reflete o “status quaestionis” nesta Corte Suprema (Súmula 354/STF), mesmo em sede processual penal, admitindo-se, por isso mesmo, a legitimidade da expedição de mandado de prisão, para efeito de execução penal (“carcer ad poenam”), contra o sentenciado, na hipótese de os embargos infringentes serem parciais, em razão do fato – processualmente relevante – de que é definitiva a parte do acórdão embargado a respeito da qual não se registrou dissenso qualificado na votação:

“‘HABEAS CORPUS’ – EMBARGOS INFRINGENTES – OPOSIÇÃO, EM TESE, A ACÓRDÃO CONSUBSTANCIADOR

AP 863 EI-AGR / SP

DE DIVERGÊNCIA PARCIAL DE VOTOS – EXTENSÃO TEMÁTICA DESSA MODALIDADE RECURSAL RESTRITA À MATÉRIA OBJETO DO DISSÍDIO – PRISÃO FUNDADA NA PARTE UNÂNIME DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM – INJUSTO CONSTRANGIMENTO NÃO CONFIGURADO – PEDIDO INDEFERIDO.”

(HC 71.988/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Concluo o meu voto sobre a tese ora em julgamento, pedindo vênia aos que pensam em sentido contrário, para acolher a posição segundo a qual são admissíveis, no Supremo Tribunal Federal, embargos infringentes oponíveis a acórdãos majoritários de qualquer de suas Turmas, proferidos em sede de ação penal originária, desde que haja 2 (dois) votos vencidos em favor do réu condenado, ambos consubstanciadores de juízos absolutórios em sentido próprio.

Pronuncio-me, Senhora Presidente, **em face** da deliberação plenária desta E. Corte *que assim me autorizou a proceder*, sobre o caso concreto ora em julgamento. **E, ao fazê-lo, peço licença para negar provimento** ao agravo interno em questão, **consideradas, para tanto, as premissas** que estabeleci no presente voto, **acompanhando, desse modo, a doutíssima manifestação** do eminente Relator, Ministro EDSON FACHIN.

É o meu voto.