

27/11/2024

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
EMBTE.(S)	: CLAUDINEI PEGO DA SILVA
ADV.(A/S)	: CAROLINA BARRETO SIEBRA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS INFRINGENTES NA AÇÃO PENAL. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO ART. 333, I, PARÁGRAFO ÚNICO DO RISTF. NÃO CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O órgão julgador pode receber, como agravo regimental, os embargos de declaração que notoriamente visam a reformar a decisão monocrática do Relator.

2. É pacífica a jurisprudência desta SUPREMA CORTE no sentido de que o cabimento de embargos infringentes em face de acórdão condenatório proferida pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos termos do art. 333, I, parágrafo único, RISTF, exige divergência consubstanciada em ao menos 4 (quatro) votos absolutórios próprios.

3. No presente caso, o acórdão embargado não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no rol taxativo da norma regimental, o que impede o conhecimento dos embargos infringentes.

4. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental, ao qual se nega provimento. Certificação do trânsito em julgado, independente de publicação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do SUPREMO

AP 1403 ED-EI-ED / DF

TRIBUNAL FEDERAL, em Sessão Virtual do Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, em conformidade com a ata de julgamento, por maioria, acordam em receber os embargos de declaração como agravo regimental e em negar-lhe provimento, determinando a imediata certificação do trânsito em julgado, independentemente da publicação, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros ANDRÉ MENDONÇA e NUNES MARQUES.

Brasília, 27 de novembro de 2024.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

Documento assinado digitalmente

24/06/2024

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
EMBTE.(S)	: CLAUDINEI PEGO DA SILVA
ADV.(A/S)	: CAROLINA BARRETO SIEBRA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Trata-se de Embargos de Declaração opostos por CLAUDINEI PEGO DA SILVA em face de decisão que deixou de admitir Embargos Infringentes, pois manifestamente incabíveis (eDoc. 200).

A parte embargante aponta suposta omissão e, ainda, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, conforme as seguintes razões: *os Embargos de Nulidade devem ser recebidos e a omissão e obscuridade na negativa de recebimento deve ser sanada, não há, repiso, não há na legislação vigente nada que impeça o recebimento dos embargos de nulidade, tendo em vista que este é privativo da defesa e não depende de quórum qualificado para seu recebimento.*

Ao final, requer o acolhimento dos Embargos para sanar os seguintes vícios: *“a) Obscuridade no não reconhecimento dos Embargos de Nulidade; b) Omissão quanto ao recebimento dos Embargos de Nulidade; c) Modificação do julgado de não recebimento dos Embargos de Nulidade; d) Distribuição dos presentes embargos em conformidade com o que versa o art. 76 do Regimento Interno do STF.”*

É o relatório.

24/06/2024**PLENÁRIO****EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL****V O T O****O Senhor Ministro Alexandre de Moraes (Relator):**

O presente recurso tem notório propósito infringente. Assim, em nome do princípio da fungibilidade recursal, deve-se conhecê-lo como agravo regimental.

Eis a decisão ora agravada (eDoc. 197):

As hipóteses de cabimento destes embargos estão previstas no art. 333 do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: 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. Conforme relatado, o embargante argumentou, em síntese, o cabimento de embargos infringentes e de nulidade diante da existência de votos favoráveis que foram vencidos quanto à incompetência desta SUPREMA CORTE para julgar a presente Ação Penal. Defendeu, ainda, com base no julgamento a AP 929, a admissibilidade destes embargos, tendo em vista a existência de 2 (dois) votos absolutórios, conforme veio ocorrer na hipótese destes autos, ou, ainda, na ocorrência de apenas 1 (um) voto absolutório. Efetivamente, no julgamento da AP 863 (Rel. Min. EDSON FACHIN), o Plenário desta SUPREMA CORTE, por unanimidade, entendeu pelo cabimento de embargos infringentes opostos contra decisões em sede de ações penais de competência originária das Turmas, e, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou como requisito de cabimento desse

AP 1403 ED-EI-ED / DF

recurso a existência de 2 (dois) votos minoritários absolutórios em sentido próprio. O entendimento referido, porém, diz respeito ao julgamento no âmbito das Turmas deste SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ao passo que, nesta hipótese, o acórdão condenatório foi proferido pelo Plenário, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das hipóteses de cabimento previstas no rol taxativo da norma regimental acima referida, o que impede a admissão do recurso. É pacífica a jurisprudência desta SUPREMA CORTE no sentido de que o cabimento de embargos infringentes em face de acórdão condenatório proferida pelo Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nos termos do art. 333, I, parágrafo único, RISTF, exige divergência consubstanciada em ao menos 4 (quatro) votos absolutórios próprios: AP 470-Décimos-EI-AgR, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJe de 4/11/2015; AP 481-EI, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2014; AP 965-ED-TP, Rel. Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, 1ª Turma, DJe de 6/10/2022; e AP 409 EI-AgRsegundo, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 1º/9/2015, este último assim ementado:

[...]

No caso do réu CLAUDINEI PEGO DA SILVA, não há 4 (quatro) votos absolutórios próprios, ainda que considerados os delitos de maneira isolada, e sequer há 4 (quatro) votos pelo reconhecimento da incompetência desta CORTE. Efetivamente, votaram pelo reconhecimento da incompetência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL os Ministros NUNES MARQUES (eDoc. 157) e ANDRÉ MENDONÇA (eDoc. 157), resultando em 2 (dois) votos nesse sentido. Em relação aos crimes pelos quais foi condenado, por maioria, o réu (arts. 359-L, 359-M, 163, parágrafo único, I, II, III e IV e 288, parágrafo único, todos do Código Penal e art. 62, I, da Lei 9.605/98), votou pela absolvição parcial de CLAUDINEI PEGO DA SILVA, em relação aos crimes dos arts. 288, parágrafo único, arts. 359-L e 359-M, todos do Código Penal, o Min. NUNES MARQUES (eDoc. 157). Pela absolvição parcial, em relação aos crimes dos arts. 359-M, 163,

AP 1403 ED-EI-ED / DF

parágrafo único, I, II, III e IV e 288, parágrafo único, todos do Código Penal e art. 62, I, da Lei 9.605/98, votou o Min. ANDRÉ MENDONÇA (eDoc. 157). O Min. LUÍS ROBERTO BARROSO, a seu turno, deixou de condenar o réu pelo crime previsto no art. 359-L do Código Penal, excluindo-se o quantum de pena correspondente. O Min. CRISTIANO ZANIN (eDoc. 157) e o Min. EDSON FACHIN (eDoc. 157), por outro lado, divergiram tão somente quanto à dosimetria da pena. Assim, há 2 (dois) votos absolutórios quanto ao crime do art. 359-L do Código Penal (Min. NUNES MARQUES e Min. ROBERTO BARROSO); 2 (dois) votos absolutórios quanto aos crimes do arts. 288, parágrafo único e 359-M, ambos do Código Penal (Min. NUNES MARQUES e Min. ANDRÉ MENDONÇA) e 1 (um) voto absolutório quanto aos demais crimes (Min. ANDRÉ MENDONÇA). Nesse panorama, não merecem guarida os infringentes que não se amoldam ao entendimento desta SUPREMA CORTE e à previsão taxativa do art. 333, I, parágrafo único, do Regimento Interno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Diante do exposto, com base nos arts. 21, § 1º, e 335, § 1º, do RISTF, NÃO ADMITO OS EMBARGOS INFRINGENTES.

Não há reparo a fazer no entendimento aplicado, pois o agravo regimental não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os óbices apontados.

Por fim, considerando o caráter manifestamente protelatório do presente recurso, evidenciado pela mera reprodução de argumentos anteriormente apresentados, é de rigor a certificação do trânsito em julgado.

Diante do exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual nego provimento.

Certifique-se o trânsito em julgado, independentemente de publicação.

É o voto.

24/06/2024

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
EMBTE.(S)	: CLAUDINEI PEGO DA SILVA
ADV.(A/S)	: CAROLINA BARRETO SIEBRA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO

O Senhor Ministro **CRISTIANO ZANIN** (Vogal): Adoto, inicialmente, o bem delineado relatório já disponibilizado pelo eminente Relator, Ministro Alexandre de Moraes.

Em breve resumo, trata-se de agravo regimental interposto pela defesa contra decisão do Relator que não admitiu o processamento de embargos infringentes opostos para impugnar acórdão condenatório.

O tema não é inédito nesta Suprema Corte, que já firmou jurisprudência no sentido de que o cabimento dos embargos infringentes contra acórdão condenatório proferido pelo Supremo Tribunal Federal demanda quatro votos absolutórios de natureza própria, na linha do art. 333, I e parágrafo único, do Regimento Interno.

Para fins de contagem desse número, portanto, não se admite a soma de votos minoritários que tiveram outro conteúdo, tais como aqueles referentes a declarações de transcurso prescricional ou a dosimetrias de pena distintas.

Nesse sentido, cito os seguintes julgados: AP 965 ED-TP, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 6/10/2022; AP 863 EI-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, DJe 21/2/2020; AP 409 EI-AgR-segundo, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1º/9/2015; AP 481 EI, Rel. Min.

AP 1403 ED-EI-ED / DF

Dias Toffoli, DJe 19/2/2014.

Ante o exposto, acompanho o eminente Relator e **nego provimento ao agravo regimental**, não admitindo os embargos infringentes.

É o voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

EMBTE.(S) : CLAUDINEI PEGO DA SILVA

ADV.(A/S) : CAROLINA BARRETO SIEBRA (33748/CE, 67775/DF)

EMBDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Flávio Dino, Cristiano Zanin e Edson Fachin, que recebiam os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negavam provimento, e determinavam a certificação do trânsito em julgado, independentemente de publicação, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 14.6.2024 a 21.6.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário

27/11/2024

PLENÁRIO

EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro ANDRÉ MENDONÇA:

1. Trata-se de agravo regimental apresentado em face de decisão monocrática do e. Relator, a qual não admitiu embargos infringentes opostos em face do acórdão condenatório nas Ação Penal **1403**.

2. No presente agravo, o e. Relator argumenta serem incabíveis embargos infringentes para a rediscussão de dosimetria da pena, eis que o RISTF, em seu art. 333, I, parágrafo único, autorizaria o recurso apenas e tão somente em caso de divergência consubstanciada em ao menos quatro votos absolutórios próprios.

3. No presente caso constato que, divergindo, nos pontos específicos, da dosimetria de pena proposta pelo e. Relator, houve:

(i) em relação à condenação do art. 359-L do Código Penal, **um voto aplicando a pena de 4 anos e 2 meses** de reclusão, **dois votos absolvendo** e **dois votos condenando à pena de 5 anos** de reclusão (a pena proposta pelo e. Relator foi de 5 anos e 6 meses de reclusão);

(ii) em relação à condenação pelo art. 359-M do Código Penal, houve **dois votos absolutórios** e **dois votos condenando à pena de 5 anos** de reclusão (a pena proposta pelo e. Relator foi de 6 anos e 6 meses de reclusão);

(iii) em relação ao crime de dano do art. 163 do Código Penal, houve **um voto absolutório, um voto aplicando pena de 1 ano e 3 meses de detenção e 30 dias-multa, e dois votos aplicando 1 ano e 6 meses de detenção e 30 dias-multa** (a pena proposta pelo e. Relator foi de 1 ano e 6 meses de detenção e 50 dias-multa);

(iv) e em relação ao crime de dano do art. 62, I, da Lei 9.605/1998,

AP 1403 ED-EI-ED / DF

houve **um voto absolutório, um voto aplicando pena de 1 ano e 3 meses de reclusão e 30 dias-multa, e dois votos aplicando 1 ano e 6 meses de reclusão e 15 dias-multa** (a pena proposta pelo e. Relator foi de 1 ano e 6 meses de reclusão e 50 dias-multa).

4. A despeito do entendimento jurisprudencial majoritário, trazido pelo e. Relator para negar admissão aos presentes embargos infringentes, **já em maio de 2022 tive a oportunidade de acompanhar o e. Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento dos embargos infringentes na Ação Penal 916**, para conhecer do recurso em relação à dosimetria da pena. Mais especificamente, naquele caso, no tocante à valoração dos vetores do art. 59 do Código Penal e fixação da pena-base do condenado na primeira-fase da dosimetria.

5. Na ocasião, o e. Ministro Gilmar Mendes abriu divergência em relação à e. Min. Carmen Lúcia, Relatora, para conhecer e dar provimento ao recurso defensivo no sentido de fazer prevalecer o entendimento que havia ficado vencido quando do julgamento de mérito, especificamente quanto à pena, excluindo-se, por indevidas, as valorações negativas da “culpabilidade” e das “consequências do crime” na dosimetria da condenação pelo delito do art. 359-C do Código Penal. O e. Ministro Gilmar foi, então, acompanhado por mim e pelo e. Min. Ricardo Lewandowski. Do voto de Sua Excelência, extraio:

“De acordo com o art. 609, parágrafo único, do CPP, os embargos infringentes são cabíveis contra decisão não unânime proferida em segunda instância, quando desfavorável ao réu.

Segundo Gustavo Badaró, ‘os embargos são infringentes quando têm por objeto uma questão de direito material, visando à modificação do julgado (por exemplo, transformar uma condenação em absolvição)’. Ainda segundo o autor, ‘a razão de ser dos embargos infringentes é o voto divergente’ (Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 863).

AP 1403 ED-EI-ED / DF

No âmbito específico do STF, o art. 333, I, do Regimento Interno do STF (RISTF) prevê a admissibilidade do recurso em relação às decisões não unânimes do Plenário ou da Turma que julgarem procedentes as ações penais.

No julgamento da Ação Penal nº 470/MG, o Pleno do STF estabeleceu, por seis votos a cinco, a validade desse artigo do Regimento Interno. Mais recentemente, no julgamento do Ag. Reg. nos Emb. Infr. Na Ação Penal nº 863, o Pleno do STF estabeleceu a admissibilidade dos embargos infringentes contra decisões condenatórias não unânimes proferidas pelas Turmas, desde que existentes o mínimo de dois votos pela absolvição do acusado.

Na ocasião, manifestei-me pela admissão dos embargos a partir da simples condenação não unânime em julgado proferido por uma das Turmas, tendo em vista a ausência de previsão de número mínimo de votos divergentes no art. 333 do RISTF, e em homenagem ao direito ao recurso das pessoas condenadas criminalmente, tal como preconizado pelo Pacto de San José da Costa Rica (art. 8, 2, h) e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, §5º)

(...)

Também entendo que deve prevalecer o entendimento minoritário fixado pelo Ministro Luiz Fux no que se refere à dosimetria da pena, com a exclusão das circunstâncias judiciais valoradas de forma negativa, já que não há a demonstração de elementos que extrapolem o desvalor inerente ao tipo penal.

Nessa linha, é importante destacar que o delito remanescente previsto pelo art. 359-C constitui crime próprio, que somente pode ser praticado pela autoridade responsável pela assunção de obrigação no último ano do mandato, razão pela qual a condição de Prefeito que já foi considerada como elementar não pode ser duplamente valorada em sede de circunstância judicial negativa – culpabilidade reprovável – sob pena de indevido *bis in idem*.

Também compreendo que a fundamentação do acórdão condenatório valorou de forma indevida as consequências do

AP 1403 ED-EI-ED / DF

crime, ao se referir à impossibilidade de investimentos em outras áreas, como educação e saúde, em virtude dos fatos narrados na denúncia, o que foi feito de forma absolutamente genérica, desvinculada dos elementos dos autos.

Além disso, entendo que a aplicação da pena de multa deve ser afastada, pela ausência de previsão legal, e que a substituição da pena privativa de liberdade por uma pena de prestação pecuniária, tal como fixado pelo Ministro Luiz Fux, também me parece ser suficiente e necessário à repressão das condutas descritas nos autos.”

6. Com as mais respeitosas vênias aos eminentes pares, mantenho o entendimento que adotei no caso supracitado, ao acompanhar o e. Min. Gilmar Mendes.

7. Não extraio, da leitura do art. 333, I, do RISTF desta Corte, a compreensão de que seja vedado o manejo dos embargos infringentes em face de divergência relacionada à dosimetria da pena, ou que tal dispositivo só admita o recurso no caso de, necessariamente, ao menos quatro votos absolutórios próprios. Assim prevê a norma em comento:

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

Que julgar procedente a ação penal;

(...)

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.”

8. Depreende-se do dispositivo que, sendo julgada procedente a ação penal, caberão embargos infringentes, não se extraindo da norma a limitação de que o recurso só será cabível em relação à condenação em si, mas não em relação, por exemplo, ao *quantum* de pena imposta.

AP 1403 ED-EI-ED / DF

9. Não se detectando no dispositivo qualquer proibição de que os embargos recaiam sobre outros aspectos da condenação, não há se falar em conflito aparente de normas, a ser eventualmente solucionado pelo critério da novidade ou pelo critério da especialidade, em relação ao art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

10. Antes, parece-me, os dispositivos se complementam e, assim, podem e devem ser interpretados de forma sistêmica, observando-se a organicidade do ordenamento jurídico. Assim, não há se falar na prevalência da norma do RISTF, até porque não contrária, no ponto, ao CPP, mas, sim, na interpretação do art. 333, I, do RISTF à luz, **no que couber e não for frontalmente incompatível**, do art. 609, parágrafo único, do CPP.

11. O art. 609, parágrafo único, do CPP, estabelece que quando “não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade”.

12. Comentando a norma em questão, Guilherme de Souza Nucci pondera que *“a divergência de votos, segundo entendimento pacífico na doutrina, pode ser quanto a uma questão ‘preliminar’ ao julgamento do recurso, por exemplo, aos pressupostos de admissibilidade ou ao próprio ‘mérito’ da impugnação, caso em que tanto poderá ser objeto do desacordo alguma matéria de direito processual (nulidade) ou de direito material (absolvição, dosimetria da pena)”* (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 1243).

13. Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, **tratando especificamente dos embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal**, admitem o recurso no tocante à dosimetria da pena: *“De qualquer modo, impende referir que o Supremo Tribunal Federal considerou como essencial e imutável a presença de pelo menos quatro votos favoráveis ao réu na ação penal para a admissibilidade dos embargos infringentes. O mesmo requisito há de se*

AP 1403 ED-EI-ED / DF

considerar, por óbvio, em relação às penas: havendo quatro votos condenatórios com penas mais brandas, deverão ser admitidos os infringentes” (PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e à sua Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1238 - destaquei).

14. 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 EI, 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**.

15. 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

AP 1403 ED-EI-ED / DF

DIREITOS HUMANOS anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2ª ed., 2022, pág. 221 - destaquei).

16. 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.

17. 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.

18. 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.

19. 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.**

20. Assim, entendo que os votos absolutórios devem ser computados para efeito de divergência em relação ao *quantum* da pena. **Para que a condenação ou absolvição sejam novamente debatidas em sede de embargos infringentes, necessários quatro votos absolutórios, no**

AP 1403 ED-EI-ED / DF

mínimo. Mas para que a pena seja novamente debatida, basta que haja ao menos quatro votos, somados, dentre os absolutórios e os condenatórios divergentes.

21. Nesse sentido, se é possível dizer que um voto condenatório por pena mais baixa que a da maioria não está, de maneira alguma, incluído na hipótese absolutória, por outro lado, um voto absolutório, se contempla “o mais”, por certo poderia contemplar “o menos”, isto é, uma condenação por pena menor que a da maioria.

22. É dizer: em relação às penas privativas de liberdade dos crimes do art. 359-L e 359-M, e às multas dos delitos do art. 163 do Código Penal e do art. 62, I, da Lei 9.606/1998, **houve pelo menos quatro votos que não coincidiram com o do e. Ministro Relator, seguido pela maioria.**

23. Em última análise, se um voto pela absolvição difere, por óbvio, de uma condenação pela pena mínima, também difere da dosimetria vencedora aplicada pela maioria, ao menos até que o Ministro que absolveu vote a dosimetria, **o que os presentes infringentes permitiriam**, abrindo expressamente a possibilidade de todos os Ministros ponderarem especificamente **sobre as penas mais controversas**.

24. **A medida é de rigor, penso, especialmente em se tratando de julgamentos ocorridos no Plenário Virtual, sem os debates inerentes ao Plenário Físico tradicional.**

25. **Conhecido o recurso, passo a dosar as sanções.**

26. Em relação à pena privativa de liberdade do delito do art. 359-L do Código Penal mantenho o montante de **4 anos e 2 meses de reclusão** que apliquei originalmente, pelos mesmos fundamentos lá já declinados.

27. No que toca ao delito do **art. 359-M**, em relação ao qual

AP 1403 ED-EI-ED / DF

inicialmente votei pela absolvição, fixo a pena-base, **em 5 anos de reclusão**, uma vez que a pena mínima do delito do art. 359-M do Código Penal é de 4 anos e a máxima é de 12, fixo a pena-base, na primeira fase da dosimetria, em 6 anos de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, não verifico atenuantes ou agravantes que alterem a pena. Na terceira fase, incide, a meu ver, o §1º do art. 29 do Código Penal, o qual prevê causa de diminuição de 1/6 a 1/3 se a participação for de menor importância. Logo, aplico a diminuição de 1/6, pelo que a pena atinge o patamar final de 5 anos de reclusão.

28. Com relação às multas dos delitos do art. 163, I, II, III e IV, do Código Penal e do art. 62, I, da Lei 9.605/1998, acompanho as dosimetrias fixadas pelo e. Ministro Cristiano Zanin, conforme sua fundamentação, para aplicar a sanção pecuniária de 30 dias-multa aos réus no que concerne ao delito do art. 163, I, II, III e IV, do Código Penal, e de 15 dias-multa em relação ao delito do art. 62, I, da Lei 9.605/1998.

29. **Um último apontamento se faz necessário.** Reitero, como já argumentado em meus votos prévios, o entendimento de que não cabe a condenação dupla, tanto pelo crime do art. 359-L quando pelo crime do art. 359-M do Código Penal, uma conduta devendo ser absorvida pela outra.

30. Conforme ponderei em todas as oportunidades, e como observado pela defesa na AP 1183, *“a ação de abolir o Estado Democrático de Direito, por certo já contém por lógica básica a ideia de depor o governo legitimamente constituído, que necessariamente é parte do Estado Democrático de Direito”*.

31. A necessidade de absorção de um delito pelo outro também foi vislumbrada pelo e. Ministro Roberto Barroso, ainda que, diferenciando-se do meu voto, nesse ponto, sobre qual delito deveria ser absorvido e qual deveria remanescer, entendendo Sua Excelência pela absorção do

AP 1403 ED-EI-ED / DF

crime do art. 359-L pelo delito do art. 359-M, e, eu, pelo contrário.

32. Penso, com as devidas vênias, que a importância e nitidez da situação, associadas à gravidade das consequências, **autorizam o reconhecimento, já nesta sede, e com efeito a ser aproveitado por todos os réus, da absorção ora proposta, excluindo-se uma das condenações.** Até porque, nesse sentido, penso que a matéria poderia, até mesmo, ser objeto de eventual revisão criminal.

33. Seja o delito do art. 359-L do Código Penal absorvido pelo delito do art. 359-M, seja o contrário, o mais equivocado, e com maiores prejuízos aos condenados, é que não haja absorção alguma.

34. Assim, reitero a necessidade de tal reconhecimento por esta Corte. De modo mais específico, *(i)* que a condenação pelo crime do art. 359-L absorva a condenação pelo crime do art. 359-M; ou subsidiariamente, ressalvado meu entendimento pessoal, e conforme já proposto pelo e. Ministro Roberto Barroso, *(ii)* que a condenação pelo delito do art. 359-M absorva a condenação do art. 359-L.

35. Ante todo o exposto, dou provimento ao agravo regimental e conheço dos embargos infringentes no tocante às dosimetrias das penas, para:

- Fixar a sanção pecuniária de 30 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário-mínimo, em relação ao delito do art. 163, parágrafo único, I, II, III e IV, do Código Penal;
- Fixar a sanção pecuniária de 15 dias-multa, no valor unitário de 1/3 do salário-mínimo, em relação ao delito do art. 62, I, da Lei 9.605/1998;
- Propor, de ofício, *(i)* que a condenação do art. 359-L absorva a condenação do art. 359-M; ou *subsidiariamente, (ii)* que o art. 359-M absorva a condenação do art. 359-L, em quaisquer das duas hipóteses com extensão a todos os réus das ações penais fundadas nos atos de

AP 1403 ED-EI-ED / DF

vandalismo praticados em 08/01/2023;

- *Subsidiariamente*, ainda, acaso mantidas as condenações duplas acima mencionadas, aplicar a pena de 4 anos e 2 meses de reclusão em relação ao delito do art. 359-L do Código Penal, e a pena de 5 anos de reclusão em relação ao delito do art. 359-M do Código Penal.

É como voto.

Ministro ANDRÉ MENDONÇA

27/11/2024

PLENÁRIO

**EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403
DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ALEXANDRE DE MORAES
EMBTE.(S)	: CLAUDINEI PEGO DA SILVA
ADV.(A/S)	: CAROLINA BARRETO SIEBRA
EMBDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

VOTO-VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Adotando, inicialmente, o bem lançado relatório apresentado pelo eminente Relator, ministro Alexandre de Moraes, consigno que se discute, na espécie, o cabimento de embargos infringentes para impugnar os acórdãos condenatórios proferidos nas ações penais de n. 1.069, 1.162 e 1.186.

Com a vênia daqueles que pensam de forma diversa, entendo que os embargos devem ser excepcionalmente admitidos nas ações em julgamento.

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, que a divergência em relação à dosimetria da pena impede o conhecimento dos embargos por esta Corte.

O Supremo vem 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.

AP 1403 ED-EI-ED / DF

Em todas as ações penais relativas aos tristes e lamentáveis eventos do dia 8 de janeiro de 2023, venho reconhecendo a incompetência desta Corte para o respectivo processamento e julgamento, afastando, também, em todas elas, as condenações pelos delitos previstos nos arts. 359-L (abolição violenta do Estado democrático de direito) e 359-M (golpe de Estado), ambos do Código Penal, em razão da ineficácia absoluta do meio empregado, a tornar insubsistente a tipicidade penal.

Valer ressaltar que em inúmeras ações penais tenho proferido votos absolutórios em relação a todos os crimes quando da análise e valoração criteriosas do conjunto probatório não identifico elementos de convicção aptos a fundamentar um decreto condenatório.

Em parte das ações, na hipótese de ser comprovada a participação dos réus na prática dos atos de vandalismo, condeno-os pelos crimes de dano (CP, art. 163) e destruição de patrimônio público tombado (Lei n. 9.605/1998, art. 62, I).

Ainda, em parcela considerável das pretensões punitivas, a exemplo daquelas que se encontram em julgamento no Plenário Virtual (APs 1.069, 1.162 e 1.186), as condenações, conforme venho sustentando, se restringem ao crime de incitação de animosidade entre as Forças Armadas e os poderes constitucionais, com pena de detenção de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa (CP, art. 286, parágrafo único); mesmo assim, quando a prova revela conduta que se amolda a esse tipo penal.

A condenação de muitos réus, no entanto, segundo a compreensão majoritária da Corte, tem resultado na imposição de penas que chegam a 17 (dezessete) anos de reclusão, patamar que, com as mais respeitadas vênias, entendo excessivo, tanto que destoa, em larga extensão, do que venho fixando e daqueles impostos, em diferentes medidas, nos votos minoritários.

AP 1403 ED-EI-ED / DF

Soma-se a isso o fato de que os julgamentos têm ocorrido no Plenário Virtual, contra réus que não são detentores de foro por prerrogativa de função, e sem a possibilidade de sustentação oral efetiva em ambiente presencial ou debate aprofundado entre os Ministros acerca das mais variadas situações de fato que permeiam cada uma das ações penais.

Nesse contexto, evidentemente excepcional, em que se torna premente a necessidade de haver ao menos a redução das penas impostas, penso que os embargos infringentes devem ser admitidos, mediante a interpretação do Regimento Interno desta Corte na linha do preconizado 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 EI, 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

AP 1403 ED-EI-ED / DF

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

AP 1403 ED-EI-ED / DF

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.

Ante o exposto, renovando o pedido de respeitosa vênia àqueles que entendem de forma diversa, acompanho o ministro André Mendonça no voto proferido, para, excepcionalmente, admitir o processamento dos embargos infringentes, bem como nas proposições apresentadas por Sua Excelência quanto à dosimetria das penas.

É como voto.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

EMB.DECL. NOS EMB.INFR. NOS EMB.DECL. NA AÇÃO PENAL 1.403

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ALEXANDRE DE MORAES

EMBTE.(S) : CLAUDINEI PEGO DA SILVA

ADV.(A/S) : CAROLINA BARRETO SIEBRA (33748/CE, 67775/DF)

EMBD.O.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Flávio Dino, Cristiano Zanin e Edson Fachin, que recebiam os embargos de declaração como agravo regimental, ao qual negavam provimento, e determinavam a certificação do trânsito em julgado, independentemente de publicação, pediu vista dos autos o Ministro André Mendonça. Plenário, Sessão Virtual de 14.6.2024 a 21.6.2024.

Decisão: O Tribunal, por maioria, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, determinando a certificação do trânsito em julgado, independentemente de publicação. Tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros André Mendonça e Nunes Marques. Plenário, Sessão Virtual de 15.11.2024 a 26.11.2024.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Nunes Marques, André Mendonça, Cristiano Zanin e Flávio Dino.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Assessora-Chefe do Plenário