

Principais precedentes penais e processuais penais da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Interpretação das normas legais pela ótica constitucional. Breve análise

Paulo Rogério Bonini¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O interesse no estudo da jurisprudência das Cortes Superiores é diretamente proporcional à ampliação da adoção da lógica dos precedentes vinculantes e obrigatórios num determinado sistema jurídico. A necessidade de observância das decisões de alcance nacional e regional, considerando a existência de figuras como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no âmbito infraconstitucional, pelos próprios Tribunais e pelos Juízes de primeiro grau caracteriza reforço à necessidade de estudo e compreensão da interpretação dada pelas Cortes Superiores às matérias objeto de suas competências próprias.

Não por isto, seja no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com o julgamento de grande número de Recursos Especiais Repetitivos, fixando teses de direito infraconstitucionais, seja no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o alargamento da interpretação constitucional por seu ator mais específico, através do julgamento de recursos sujeitos ao regime da Repercussão Geral, de fixação de teses em processos de controle concentrado de constitucionalidade, notadamente por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, observa-se uma ampliação das matérias apreciadas por meio de julgamentos denominados vinculantes.

¹ Juiz de Direito titular da 9ª Vara Cível de Guarulhos. Juiz Assessor do Gabinete do Ministro Alexandre de Moraes (STF). Mestre em Direito Civil Comparado (PUC/SP). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (UNIMEP/SP).

A consequência natural da ampliação de tais julgamentos abstratos é a fixação de teses de observância necessária, como paradigma obrigatório para os Juízos e Tribunais de uma forma geral, consubstanciadas ou não em Súmulas simples e Vinculantes, é a necessidade do conhecimento integral não só das matérias já apreciadas pelas Cortes Superiores, mas sua exata compreensão quanto ao alcance e objeto, bem como na aplicação da solução dada a partir da interpretação constitucional feita pelo Supremo Tribunal Federal.

O estudo da jurisprudência, se antes poderia consistir apenas instrumento para a materialização de detalhe de estilo nas decisões judiciais, por meio de citações de precedentes de reforço ao teor da decisão emitida, ganha ares de elemento central do julgamento feito pelo Poder Judiciário, pena de descumprimento do que se pode chamar de busca da estabilidade e uniformidade da jurisprudência (art. 926, *caput*, CPC), a exigir a observância pelos Juízes e Tribunais das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em incidentes de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, os enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional e, por fim, a orientação do plenário ou do órgão especial a Corte de Justiça à qual pertençam os magistrados que proferem os julgamentos comuns.

Entretanto, para além dos julgamentos que caracterizam precedentes necessários ou obrigatórios, cuja inobservância permite a própria cassação da decisão por meio do uso da reclamação (art. 988, II, III e IV, CPC), há de se ter em mente que a orientação jurisprudencial decorrente dos posicionamentos adotados pelas Cortes Superiores, ainda que em processos de natureza subjetiva, desprovidos de efeitos vinculantes, também apresenta a função de estabilizar a aplicação do direito, aumentando a segurança jurídica como primado do próprio Estado de Direito. O estudo das decisões de caráter subjetivo do Supremo Tribunal Federal permite, assim, a interpretação do direito feita no primeiro momento de aplicação judicial, através de magistrados de primeiro grau, apoie-se nos mesmos fundamentos hermenêuticos utilizados pelo intérprete final da Constituição Federal, traduzindo-se num implemento da uniformidade do próprio direito aplicado.

Com esta ideia em mente é que apresentaremos alguns julgados recentes proferidos pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, especificamente sobre matéria penal e processual penal que, embora não caracterizem precedentes necessários ou obrigatórios, servem de fonte de interpretação do direito para casos concretos cotidianamente apreciados pelos Juízes e Tribunais locais.

2. HC 170.323-AgR/SP – Controle da legalidade dos critérios utilizados na dosimetria da pena

2.1. Caso concreto

O paciente foi condenado em primeiro grau a uma pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 dias-multa, com fundamento no art. 33, *caput*, cc art. 40, V, da Lei 11.343/2006. O recurso de apelação não foi provido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Impetrado o *Habeas Corpus* 503.249/SP no Superior Tribunal de Justiça, foi a ordem indeferida liminarmente pelo Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, por ausência de ilegalidade da decisão na origem, pois suficiente a fundamentação na apreciação das questões subjetivas invocadas, decisão confirmada pela Sexta Turma em Agravo Regimental.

O objeto essencial da impetração e do recurso interposto no STJ consistia na falta de fundamentação para a não aplicação da causa especial de diminuição da pena do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, bem como da imposição do regime inicial fechado, em conflito com o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal.

Contra a decisão do STJ no *Habeas Corpus* 503.249/SP, a defesa impetrou o *Habeas Corpus* 170.323/SP no Supremo Tribunal Federal, pretendendo o refazimento da dosimetria da pena, com a aplicação da causa especial de diminuição da pena do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em decisão monocrática, o Min. ROBERTO BARROSO negou seguimento ao *Habeas Corpus*, sendo interposto Agravo Regimental que foi julgado pela Primeira Turma, em 04.05.2020, com a seguinte ementa:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA.

1. A dosimetria da pena é questão relativa ao mérito da ação penal, estando necessariamente vinculada ao

conjunto fático e probatório, não sendo possível às instâncias extraordinárias a análise de dados fáticos da causa para redimensionar a pena finalmente aplicada. Assim, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

2. Agravo regimental desprovido. (HC 170.323 AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe 25/05/2020)

2.2. Questão de debate: a possibilidade de aplicação de causa especial de diminuição de pena em *habeas corpus*

Do teor do *writ* impetrado, bem como da decisão colegiada proferida, observa-se a limitação teórica da questão em debate na possibilidade, ou não, de conhecimento em *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, da correção ou não da aplicação de causa especial de diminuição de pena.

A fundamentação da decisão judicial que, em termos finais, rejeitou a possibilidade de conhecimento de pedidos atinentes à dosimetria da pena no *habeas corpus*, reafirmou a limitação constitucional ao Supremo Tribunal Federal quanto à cognição de matéria fática, limitada às cortes ordinárias, o que em geral se afirma pela soberania das instâncias ordinárias na apreciação de conteúdo fático-probatório, além de indicar o conteúdo infraconstitucional da análise da dosimetria da pena, o que limita a apreciação de questões sobre tal material a critérios legais.

Como destacado pelo Min. ROBERTO BARROSO, em seu voto no Agravo Regimental interposto, a discussão a respeito da dosimetria da pena cinge-se ao controle da legalidade dos critérios utilizados, restringindo-se, portanto, ao exame da “motivação [formalmente idônea] de mérito e à congruência lógico-jurídica entre os motivos declarados e a conclusão” (HC 69.419, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Mantem-se, assim, a dicotomia entre o “reexame da prova” ou o “revolvimento da prova” e a “valoração da prova”, limitada a atuação dos Tribunais Superiores à aferição dos critérios de valoração utilizados – e como utilizados – pelas instâncias

ordinárias, e não a apreciação dos fatos em si e as conclusões probatórias a respeito dos mesmos.

Assim, mantem-se o posicionamento de que a via estreita do *habeas corpus* não é compatível com a reavaliação das provas colhidas e apreciadas pelo juízo ordinário, tendo por objetivo o redimensionamento da pena aplicada ao paciente. O juízo concreto a respeito da imputação, das provas produzidas e a adequação do preceito secundário da norma penal diante do contexto fático-probatório, baseia-se essencialmente nas provas contidas nos autos e na interpretação do texto da norma legal realizado pelos juízos competentes à fixação da pena, no caso, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça competente ao julgamento do recurso de mérito.

A atuação da corte constitucional, a partir do uso de *habeas corpus* contra a decisão de controle de legalidade feita pelo Superior Tribunal de Justiça, competente a tal, limita-se ao controle eventual da legalidade dos critérios invocados e, se o caso, a correção de eventuais arbitrariedades que indiquem rompimento do princípio da legalidade estrita, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, especialmente quanto à correta fundamentação da decisão, ou outra norma decorrente do próprio texto da Constituição Federal. Nesta linha, de limitação ao controle da legalidade dos critérios invocados e a correção de arbitrariedades, além do próprio voto do Min. ROBERTO BARROSO no caso em questão, observam-se outros precedentes, de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal: HC 157.023/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 28/06/2018; HC 158.515/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 25/06/2018; RHC 156.515/BA, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, DJe de 22/06/2018; HC 144.020 AgR/RJ, Rel. Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, DJe de 13/06/2018; RHC 140.751 AgR/MG, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 13/06/2018 e HC 157.943/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 12/06/2018.

3. HC 181.311-AgR/SP – Impossibilidade de impetração de *habeas corpus* contra decisão monocrática

3.1. Caso concreto

O paciente foi condenado à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, com fundamento no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006. O recurso de apelação não foi provido pelo Tribunal

de Justiça de São Paulo, sendo interposto Recurso Especial, afirmando negativa de vigência do art. 28, da Lei 11.343/2006 pelo não acolhimento do pedido de desclassificação do crime de tráfico. O Recurso Especial foi admitido na origem, sendo remetido ao Superior Tribunal de Justiça.

Por decisão monocrática do Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, o REsp 1.846.872/SP não foi conhecido, afirmando-se que a questão da desclassificação do crime de tráfico para o porte de entorpecente havia sido enfrentada pela instância ordinária a partir da análise da quantidade de entorpecente apreendido, o que impediria seu conhecimento em recurso especial por envolver matéria estritamente fática. Incidiu, portanto, o entendimento da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A defesa impetrou o *Habeas Corpus* 181.311/SP, no Supremo Tribunal Federal, pretendendo a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o uso de entorpecentes, além da concessão de liberdade ao paciente. Em decisão monocrática, a Min^a. ROSA WEBER negou seguimento ao *habeas corpus*, sendo interposto Agravo Regimental, este julgado pela Primeira Turma em 11/05/2020, com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO ESGOTAMENTO DE JURISDIÇÃO. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. COMPETÊNCIA PRECÍPUA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE.

1. Há óbice ao conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática, indeferitória de writ, do Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisdição não se esgotou, ausente o manejo de agravo regimental. Precedentes.

2. Compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do recurso especial, cabendo-lhe, enquanto órgão ad quem, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade positivo ou negativo quanto a tal recurso de fundamentação vinculada. Salvo hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, inadmissível o reexame dos pressupostos de admissibilidade do recurso especial pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

3. *Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes.*
4. *Para acolhimento da tese de desclassificação do delito, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes.*
5. *Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 181.311 AgR/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe 21/05/2020).*

3.2. Questão em debate: conhecimento de *habeas corpus* impetrado contra decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O pedido apresentado pelo impetrante ao Supremo Tribunal Federal, consistiu, em aspecto essencialmente processual, na possibilidade de revisão de uma decisão monocrática de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu de recurso especial com base na Súmula 7, através do uso de *habeas corpus*, particularmente quando a decisão monocrática não esgota a jurisdição do referido Tribunal, ante a não interposição de Agravo Regimental ou Interno.

Quanto ao ponto, é recorrente a posição da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido do não cabimento do *habeas corpus* ou recurso ordinário em *habeas corpus* contra decisão monocrática de Ministro de Superior Tribunal de Justiça, reafirmando-se, de maneira análoga, o entendimento afirmando no teor da Súmula 691/STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”. Neste sentido: HC 151.344 AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 21/3/2018; RHC 139.314-AgR/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 17/11/2017; RHC 140.655-AgR/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 29/06/2017; RHC 121.834/DF, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 06/11/2014; HC 122.718/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 03/09/2014 e RHC 114.961/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 8/8/2013.

O fundamento geral de tais decisões, ampliável a outros processos criminais ou não, mas com situações processuais semelhantes, é que a competência do Supremo Tribunal Federal, em caso de decisão

monocrática pelo Superior Tribunal de Justiça ou outro órgão julgador, somente se inicia com o exaurimento da instância recorrida. Nas palavras da Min. ROSA WEBER, tem-se que o *Habeas Corpus* teve o seu seguimento negado “forte na utilização imprópria do *writ* para revisão de juízo de admissibilidade do especial, porquanto compete constitucionalmente ao Superior Tribunal de Justiça o julgamento do apelo, cabendo-lhe, enquanto órgão **ad quem**, o segundo, e definitivo, juízo de admissibilidade, positivo ou negativo, deste recurso de fundamentação vinculada”, entendimento reiteradamente proclamado pela CORTE (HC 118.189/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 24/4/2014; HC 97.009/RJ, Rel. p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 4/4/2014; RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013 e RHC 111.935/DF, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 30/9/2013).

O óbice do não exaurimento da instância recorrida, considerando as competências próprias previstas na legislação processual, somente é afastado pela Primeira Turma em casos bastante específicos, quando se alega a ocorrência de teratologia, abuso de poder ou flagrante ilegalidade da decisão impugnada (HC 137.564-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/06/2017; HC 123.235, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 04/12/2014; HC 120.959, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 10/10/2014) ou em casos excepcionais (HC 137.078/SP, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 24/4/2017), exceção que tem o efeito de confirmar a regra restritiva ao conhecimento do *writ*.

4. RE 1.237.572-AgR/RO – Interrupção da prescrição punitiva pelo acórdão que confirma a sentença penal condenatória

4.1. Caso concreto

O recorrido foi condenado na origem, interpondo apelação ao Tribunal local, que negou provimento ao recurso. Em embargos de declaração contra o Acórdão que confirmou a sentença condenatória, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva, decisão objeto do Recurso Especial 1.817.278, pelo Ministério Público, afirmando ofensa aos arts. 117, IV, 312 e 317, todos do Código Penal, com a tese da interrupção da prescrição pelo acórdão que confirma a sentença condenatória. Foi negado provimento ao recurso especial,

primeiro por decisão monocrática, depois pela Sexta Turma, afirmando a posição à época do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o acórdão que apenas confirma a sentença condenatória não interrompe o prazo da prescrição da pretensão punitiva.

A decisão do AgRg no REsp 1.817.278 foi objeto do RE 1.237.572/RO, interposto pelo Ministério Público Federal, que apontou como violados o art. 5º, II, XXXV, XXXVI e LIV e LXXVIII, e art. 35, *caput*, da CF, com a tese de que o acórdão confirmatório da sentença condenatória implica a interrupção da prescrição. O RE teve seguimento inicial negado em decisão monocrática do Min. MARCO AURÉLIO, sendo impetrado Agravo Regimental pela Primeira Turma, julgado em 26.11.2019 e, por maioria, foi dado provimento ao recurso para afastar a prescrição, nos termos do voto do Min. ALEXANDRE DE MORAES, com a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. INTERRUPTÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INÉRCIA DO ESTADO. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A prescrição é, como se sabe, o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado. No art. 117 do Código Penal que deve ser interpretado de forma sistemática todas as causas interruptivas da prescrição demonstram, em cada inciso, que o Estado não está inerte.

2. Não obstante a posição de parte da doutrina, o Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatório confirmatório da decisão. Não há, sistematicamente, justificativa para tratamentos díspares.

3. A ideia de prescrição está vinculada à inércia estatal e o que existe na confirmação da condenação é a atuação do Tribunal. Consequentemente, se o Estado não está inerte, há necessidade de se interromper a prescrição para o cumprimento do devido processo legal.

4. Agravo regimental provido. (RE 1.237.572 AgR/RO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 07/02/2020)

4.2. Questão de debate: acórdão confirmatório de sentença penal condenatória é ato processual apto à interrupção da prescrição da pretensão punitiva

O Superior Tribunal de Justiça, a partir da modificação da redação do art. 117, IV, do Código Penal, decorrente da Lei 11.596/2007, adotou posicionamento inicial no sentido da limitação da eficácia interruptiva da prescrição aos acórdãos que tenham substituído uma sentença de absolvição, promovendo a condenação do réu somente em segundo grau. Interpretou-se o termo “acórdão condenatório” contido no texto da lei de forma restrita, atribuindo o efeito interruptivo somente para os casos em que a condenação tenha decorrido diretamente pela decisão do Tribunal.²

A partir da posição adotada inicialmente pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema³ – que se posiciona pela inexistência de efeito interruptivo da prescrição pelo acórdão que se limita a confirmar a sentença de primeiro grau –, a questão foi submetida à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela inexistência de distinção entre acórdão condenatório inicial e acórdão condenatória confirmatório de decisão condenatória anterior. Na decisão ora em comentário, de lavra

² Posição que posteriormente se modificou, tendo a Terceira Seção do STJ adotado a posição inaugurada pelo Supremo Tribunal Federal. Confira-se: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA CONDENAÇÃO COMO MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ENTENDIMENTO PACIFICADO NA TERCEIRA SEÇÃO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 168 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É firme no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça a orientação jurisprudencial de que o acórdão que confirma a condenação é marco interruptivo da contagem do prazo prescricional. 2. Nessa ordem de ideias, não há como afastar, no caso, a incidência do óbice do enunciado n. 268 da Súmula do STJ, segundo o qual “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.” 3. Agravo regimental desprovido. (AgR nos EAREsp 1.514.505/CE, Terceira Seção, rel. Min. JOEL PACIORNIK, j. 23.06.2021, DJe 25.06.2021).

A questão foi objeto de afetação em Recurso Especial, dando origem ao Tema Repetitivo 1.100, com a seguinte ementa na proposta de afetação: PROPOSTA DE AFETAÇÃO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. DIREITO PENAL. PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. 1. Delimitação da controvérsia: definir se, nos termos do inciso IV do art. 117 do Código Penal, o acórdão confirmatório da sentença de primeiro, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. 2. Afetação do recurso especial ao rito previsto nos arts. 1.036 e 1.037 do CPC/2015 e 256 ao 256-X do RISTJ. (ProAfr no REsp 1.920.091, Terceira Seção, rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, j. 22.06.2021, DJe 01.07.2021).

³ Assim como de parte da doutrina, como a de Bittencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, Item 7.5.1, afirmando tratar-se de indevida analogia *in malam partem*. No mesmo sentido: Estefan, André. *Direito penal*: vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2021, item 6.2.

do Min. ALEXANDRE DE MORAES, partiu-se da ideia de que a prescrição punitiva é fato jurídico vinculado à inércia estatal, tanto nos casos em que o acórdão reforma a sentença para condenar o agente, quanto nos casos em que o acórdão mantém uma condenação de primeiro grau. Neste último caso, haveria o reconhecimento de uma certeza maior em relação a questões fáticas, e ambos os títulos – acórdão condenatório e acórdão confirmatório de condenação, são dotados de eficácia interruptiva da prescrição, uma vez que em ambos há atuação do Tribunal. Assim, não há inércia do Tribunal quando emite acórdão confirmatório da condenação de primeiro grau, pois tal confirmação deve ser considerada um ato positivo do estado juiz e, ausente inércia, não haveria que se falar em prescrição, considerando seu conceito essencial.

Além da tese da inexistência de inércia do Estado quanto da emissão de acórdão que confirma a condenação, constituído de ato positivo, o Min. ALEXANDRE DE MORAES também afirmou que o acórdão confirmatório tem efeito substitutivo do título condenatório, de modo que se executar o acórdão e não a sentença, ainda que o teor do decreto condenatório já tenha sido descrito na sentença de primeiro grau, especialmente quanto à fixação da pena. Ou seja, o título executivo judicial da pena seria conformado após a emissão do acórdão confirmatório da condenação, integrando-se materialmente ao conteúdo da sentença.

Daí o posicionamento adotado, no sentido de ser o acórdão confirmatório da condenação ato formal e materialmente condenatório, com força para interromper a prescrição.

Posteriormente ao julgamento pela Primeira Turma do STF, a questão foi novamente objeto de apreciação, agora pelo Pleno da CORTE que, no julgamento do HC 176.473, reafirmou a eficácia do acórdão confirmatório da sentença condenatório de primeiro grau como ato apto à interrupção do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV do Código Penal, sendo vencidos no julgamento os Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, GILMAR MENDES e CELSO DE MELLO, com a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ALEGADA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO PELO ACÓRDÃO CONFIRMATÓRIO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA.

1. A prescrição é o perecimento da pretensão punitiva ou da pretensão executória pela inércia do próprio Estado; prendendo-se à noção de perda do

direito de punir por sua negligência, ineficiência ou incompetência em determinado lapso de tempo.

2. O Código Penal não faz distinção entre acórdão condenatório inicial ou confirmatório da decisão para fins de interrupção da prescrição. O acórdão que confirma a sentença condenatória, justamente por revelar pleno exercício da jurisdição penal, é marco interruptivo do prazo prescricional, nos termos do art. 117, IV, do Código Penal.

3. Habeas Corpus indeferido, com a seguinte TESE: Nos termos do inciso IV do artigo 117 do Código Penal, o Acórdão condenatório sempre interrompe a prescrição, inclusive quando confirmatório da sentença de 1º grau, seja mantendo, reduzindo ou aumentando a pena anteriormente imposta. (STF – HC 176.473/RR, Pleno, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 27.04.2020)

Observe-se que a questão passa, de maneira indireta, pela análise da constitucionalidade do art. 112, I, do Código Penal, que regula o início da contagem do prazo prescricional da pretensão executória, eis que se a prescrição executória se iniciar com o trânsito em julgado para a acusação e o acórdão que confirma a condenação original não tiver o efeito de interromper a prescrição, haverá evidente risco de prescrição sem que a acusação possa tomar qualquer medida. Some-se a isto o entendimento atual pela impossibilidade de início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado como regra geral, afastada somente em casos em que se justifique a prisão preventiva, traduzindo em posição que coloca em evidente risco as execuções criminais pela ocorrência da prescrição da pretensão executória. Ou seja, iniciado o prazo de prescrição para a execução da pena, pelo trânsito em julgado, não se poderia nem executar a pena, nem impedir o curso do prazo ante a interposição de recurso exclusivo da defesa, o que traduziria numa quebra da paridade de armas no processo penal.

Bem por isto, reconheceu-se também a repercussão geral da questão, afetada pelo Supremo Tribunal Federal no Tema 788, com a seguinte ementa na admissão da repercussão geral, pendente de julgamento de mérito:

CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DA PRESCRIÇÃO NA

MODALIDADE EXECUTÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO SOMENTE PARA A ACUSAÇÃO. ARTIGO 112, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REFERIDO INSTITUTO PENAL COM O ORDENAMENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL VIGENTE, DIANTE DOS POSTULADOS DA ESTRITA LEGALIDADE E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, INCISOS II E LVII). PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS, A REPERCUTIR NA ESFERA DO INTERESSE PÚBLICO. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL. (ARE 848.107-RG, Pleno, rel. Min. DIAS TOFFOLI, j. 11.12.2014)

5. RHC 170.559/MT – Possibilidade de revisão da decisão do Tribunal do Júri que absolve o réu contra as provas dos autos

5.1. Caso concreto

O réu foi denunciado e pronunciado pelo crime do art. 121, § 2º, I, CP, sendo absolvido pelo Conselho de Sentença a partir da votação de quesito genérico de absolvição, embora os jurados tivessem respondido positivamente aos quesitos de materialidade e autoria, sendo a única tese sustentada pela defesa em plenário a negativa de autoria. A acusação interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região que, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para anular o julgamento realizado pelo Conselho de Sentença, sob o argumento de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, determinando a renovação do julgamento pelo Tribunal do Júri. Opostos embargos infringentes, também foram desprovidos.

Contra a decisão que acolheu a apelação do Ministério Público foi impetrado o *Habeas Corpus* 348.327/MT no Superior Tribunal de Justiça, tendo por finalidade o restabelecimento da decisão absolutória do Tribunal do Júri. O *writ* não foi conhecido pelo STJ, em decisão de relatoria do Min. JORGE MUSSI, sob o fundamento de que “há contradição na resposta dos quesitos quando a negativa de autoria for a única defesa apresentada e, afastado o argumento com a votação positiva quanto ao segundo quesito, houver a absolvição pelo quesito genérico.”

Contra a decisão do *habeas corpus* foi interposto Recurso em *Habeas Corpus* 170.559, no Supremo Tribunal Federal, de relatoria inicial do

Min. MARCO AURÉLIO, que concedeu medida cautelar para suspender o processo-crime, impedindo a realização do novo júri determinado pelo acórdão da apelação.

Em Sessão de Julgamento realizada no dia 10/03/2020, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Min. ALEXANDRE DE MORAES, que ficou Redator para o Acórdão, vencidos o Min. MARCO AURÉLIO, Relator natural, e a Min. ROSA WEBER, ganhando a decisão a seguinte ementa:

CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. QUESITO GENÉRICO. TRIBUNAL DO JÚRI E DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DE APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO QUANDO A DECISÃO DOS JURADOS FOR MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. COMPATIBILIDADE COM A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. EXCLUSIVA COMPETÊNCIA DO JÚRI PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO E DEFINITIVO JULGAMENTO DE MÉRITO. RECURSO IMPROVIDO.

1. A soberania dos veredictos é garantia constitucional do Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; sendo a única instância exauriente na apreciação dos fatos e provas do processo. Impossibilidade de suas decisões serem materialmente substituídas por decisões proferidas por juízes ou Tribunais togados. Exclusividade na análise do mérito.

2. A introdução do quesito genérico na legislação processual penal (Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008) veio claramente com o intuito de simplificar a votação dos jurados – reunindo as teses defensivas em um quesito –, e não para transformar o corpo de jurados em “um poder incontrastável e ilimitado”.

3. Em nosso ordenamento jurídico, embora soberana enquanto decisão emanada do Juízo Natural constitucionalmente previsto para os crimes dolosos contra a vida, o específico pronunciamento do Tribunal do Júri não é inatacável, incontrastável ou ilimitado, devendo respeito ao duplo grau de jurisdição. Precedentes.

4. A apelação não substitui a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, pois, ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, simplesmente, determina novo e definitivo julgamento de mérito pelo próprio Júri.

5. Sendo constitucionalmente possível a realização de um novo julgamento pelo próprio Tribunal do Júri, dentro do sistema acusatório consagrado pelo nosso ordenamento jurídico como garantia do devido processo legal, não é possível o estabelecimento de distinção interpretativa para fins de recursos apelatórios entre acusação e defesa, sob pena de ferimento ao próprio princípio do contraditório, que impõe a condução dialética do processo (par conditio).

6. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RHC 170.559/MT, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe 03.11.2020)

5.2. Questão de debate: possibilidade de o Ministério Público recorrer de julgamento em que o Tribunal do Júri absolve o réu por quesito genérico, mesmo tendo reconhecido a existência de materialidade e autoria

A questão debatida e acolhida pela Primeira Turma do STF é a possibilidade de manejo de recurso pela acusação, para fins de renovação do julgamento pelo Tribunal do Júri, quando a decisão do Conselho de Sentença, a partir de quesito genérico de absolvição, decidir de forma manifestamente contrária à prova dos autos. A mesma questão foi objeto de afetação no julgamento do ARE 1.225.185-RG (Tema 1.087), sem suspensão nacional de processos, com o seguinte tema: “Possibilidade de Tribunal de 2º grau, diante da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, determinar a realização de novo júri em julgamento de recurso interposto contra absolvição assentada no quesito genérico, ante suposta contrariedade dos autos.”

Nos termos do voto do Relator para o acórdão do RHC 170.559/MT, Min. ALEXANDRE DE MORAES, assentou-se que é à luz da garantia constitucional da soberania dos vereditos (art. 5º, XXXVIII, “c”, da CF) que o regramento recursal vigente no Código de Processo Penal (arts. 406

a 497) permite, apenas, a retificação da pena ou da medida de segurança ou a anulação do primeiro julgamento, com determinação da realização de novo julgamento pelo Tribunal do Júri, haja a vista que a responsabilidade penal do réu sempre deverá ser assentada soberanamente pelo Júri.

Eventual recurso de apelação contra a sentença do Tribunal do Júri, seja da acusação, seja da defesa, não substituiria a previsão constitucional de exclusividade do Tribunal do Júri na análise de mérito dos crimes dolosos contra a vida, garantida pelo princípio constitucional da soberania dos veredictos, pois ao afastar a primeira decisão do Conselho de Sentença, não importando se condenatória ou absolutória, simplesmente determina-se a renovação do julgamento de mérito pelo próprio Tribunal do Júri, tendo este último julgamento caráter definitivo em relação à decisão plenária, dada a proibição de segundo recurso interposto em face de decisões manifestamente contrárias à prova dos autos.

O cerne da discussão é se a inclusão de quesito genérico de absolvição do réu, a ser aplicado aos jurados quando afirmada a autoria e a materialidade delitiva (art. 483, § 2º, CPP), enseja eventual conflito com o teor do art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal, que permite recurso de apelação contra a sentença de mérito proferida com base na decisão dos jurados que contrarie a prova dos autos, sem especificar a situação de eventual absolvição fundada em quesito genérico em favor do acusado, sem necessidade de amparo em tese específica.

Especificadamente sobre a situação do recurso contra absolvição fundada no quesito genérico em favor do réu, observa-se possível contradição entre a finalidade pretendida com o quesito genérico, a priori de facilitar a votação pelos jurados de todas as teses defensivas arguidas, e a anulação da sentença, por conta do acolhimento, pela defesa, de uma tese defensiva inominada, ou várias delas, que, no aspecto objetivo, contrariem as provas produzidas nos autos. Ou seja, se os jurados podem absolver o réu pelo acolhimento de um quesito genérico de absolvição não fundamentada, não haveria lógica no acolhimento de recurso da acusação que se sustente, justamente, na falta de correspondência entre as provas acusatórias e a absolvição procedida.

A situação foi bem percebida pela doutrina⁴ e pelo Superior Tribunal de Justiça, indicando-se inicialmente três correntes jurisprudenciais

⁴ Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021, cap. XVII, item 2. Bonfim, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Item 9.2.3; Marcão, Renato. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, item 5.5.2.1.

específicas, ora afirmando a possibilidade do manejo de apelação pela acusação, com fundamento no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, em caso de absolvição no plenário do Júri decorrente de acolhimento de quesito genérico de absolvição, independentemente de motivo debatido, mesmo que por simples clemência:

HABES CORPUS. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. RECONHECIMENTO. QUESITO ABSOLUTÓRIO GENÉRICO. ACOLHIMENTO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. CLEMÊNCIA. CABIMENTO. CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA. NECESSIDADE. ANULAÇÃO. PRESUNÇÃO DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. ILEGALIDADE CONFIGURADA.

1. O entendimento de que o Júri não poderia absolver o acusado, quando reconhecesse a materialidade e a autoria, é diretamente contrário às determinações do art. 483 do Código de Processo Penal, pois, conformes seus §§ 1º e 2º, a votação do quesito absolutório genérico somente ocorre quando há resposta afirmativa em relação aos quesitos referentes à materialidade e à autoria.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem jurisprudência firme no sentido de que o quesito absolutório é genérico, ou seja, deve ser formulado independentemente das teses apresentadas em Plenário, em observância ao princípio da plenitude da defesa e soberania dos veredictos.

3. É possível ao Tribunal de Apelação, por uma única vez, anular o julgamento proferido pelo Tribunal do Júri que absolve o acusado, apesar de reconhecer a autoria e a materialidade, sob o argumento de ser contrário à prova dos autos, desde que o faça a partir de fundamentação idônea, lastreada em elementos probatórios concretos colhidos ao longo da instrução processual e não em mera presunção.

4. A viabilidade da absolvição por clemência ou qualquer outro motivo de foro íntimo dos jurados é decorrência lógica da própria previsão legal de formulação de quesito absolutório genérico, ou seja, não está vinculado a qualquer tese defensiva específica, sendo votado obrigatoriamente mesmo quando o Júri já reconheceu a materialidade e a autoria.

5. A possibilidade de absolvição por clemência traz um diferencial a mais quando se trata de anular o veredicto por suposta contrariedade às provas dos autos, quando aquela for postulada pela defesa. Nessa hipótese, deverá o Tribunal de Apelação, além de evidenciar concretamente que o veredicto absolutório não encontra nenhum respaldo nas provas dos autos, também demonstrar que a aplicação da clemência está desprovida de qualquer elemento fático que autorize sua concessão. (STJ – HC 350.895/RJ, Sexta Turma, rel.^a Min.^a MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, rel. p/ Acórdão Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 14.03.2017)

Ora afirmando a possibilidade de exame de conformidade da decisão dos jurados com a prova dos autos, por uma vez, mesmo em se tratando de absolvição baseada em quesito genérico, mas fundada em tese arguida pela defesa, afastando a simples clemência:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ART. 483, III, DO CPP. RECURSO MINISTERIAL. SUBMISSÃO A NOVO JÚRI. DECISÃO CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. POSSIBILIDADE. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA.

1. Ressalvada pessoal compreensão pessoal diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Ao prever a Lei n. 11.689/2008 que podem os jurados absolver o acusado mesmo sem rejeitar a existência do fato ou sua autoria (art. 483, inc. III, do CPP), apenas facilitou ao juiz leigo o acolhimento de teses quaisquer da defesa ou mesmo expressar diretamente seu convencimento final pela absolvição. Houve simplificação dos quesitos, não ampliação dos poderes do Júri.

3. *Permanece na nova sistemática de quesitação garantido ao Tribunal de Apelação o exame de conformidade mínima da decisão dos jurados à prova dos autos, por única vez (art. 593, III, d, c/c § 3º, do CPP).*

4. *Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC 288.054/SP, Sexta Turma, rel. Min. NEFI CORDEIRO, j. 18.09.2014)*

Ora afirmando a impossibilidade absoluta de manejo da apelação pela acusação quando há absolvição do réu fundada no quesito de absolvição genérico, sem qualquer motivação aparente, ampliando-se o alcance do conceito de soberania dos veredictos, em posição adotada pelos Ministros SCHIETTI CRUZ e SALDANHA PALHEIRO no mesmo HC 350.895/RJ, julgado pela Sexta Turma do STJ.

Por fim, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, fixou o entendimento de que a absolvição do réu pelos jurados, com base em quesito genérico fundado em tese defensiva da defesa ou por clemência, não é absoluta, sujeitando-se ao juízo de verificação da dissociação da decisão com a prova dos autos, permitindo o acolhimento do recurso da acusação para anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri (STJ – HC 313.251/RJ, Terceira Seção, rel. Min. JOEL PACIORNIK, j. 28.02.2018).

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal, inclinando-se a Segunda Turma da CORTE pelo reconhecimento da impossibilidade de recurso pela acusação em caso de absolvição fundada no quesito genérico do art. 483, III, c.c. § 2º, do Código de Processo Penal (RCH 192.431-Agr-segundo, Segunda Turma, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 23.02.2021; RHC 117.076-AgR, Segunda Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, rel. do Acórdão Min. GILMAR MENDES, j. 20.10.2020; HC 178.856, Segunda Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 10.10.2020); enquanto decisões da Primeira Turma inclinam-se pela legitimidade do recurso acusatório em tais circunstâncias (HC 182.467, Primeira Turma, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. do Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 31.08.2020; RHC 170.559, Primeira Turma, rel. Min. MARCO AURÉLIO, rel. do Acórdão Min. ALEXANDRE DE MORAES, j. 03.12.2019; HC 197.599, rel.^a Min.^a CÁRMEN LÚCIA, monocrática, j. 11.02.2021).

A questão constitucional, atinente à soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, CF), pende de solução final pelo Supremo Tribunal Federal, sendo reconhecida a repercussão geral da matéria para fins de fixação de tese pelo Supremo Tribunal Federal, com a seguinte ementa de admissão da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI E SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, CF). IMPUGNABILIDADE DE ABSOLVIÇÃO AP ARITR DE QUESITO GENÉRICO (ART. 483, III, C/C § 2º, CPP) POR HIPÓTESE DE DECISÃO MANFIESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). ABSOLVIÇÃO POR CLEMÊNCIA E SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANIFESTAÇÃO PELA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (STF – ARE 1.225.185-RG, Tribunal Pleno, rel. Min. GILMAR MENDES, j. 07.05.2020)

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: vol. 1: parte geral. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri: do inquérito ao plenário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- ESTEFAN, André. *Direito penal*: vol. 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2021.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraivajur, 2021.
- MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte do direito*. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. Limites cognitivos do exame judicial em habeas corpus nos Tribunais Superiores. In: MASCARENHAS, Gustavo *et al.* (org). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.