

RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.523 - CE (2019/0311355-6)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
RECORRENTE : MARIA INES CAVALCANTE FEITOSA
ADVOGADOS : LEANDRO DUARTE VASQUES - CE010698
ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO -
CE021999
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. OMISSÃO DO VOTO VENCIDO QUANTO AO EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO. ART. 939 DO CPC. PRELIMINAR. CONCEITO AMPLO PARA ORDENAR JULGAMENTO. *ERROR IN PROCEDENDO* EVIDENCIADO. NÃO PRONUNCIAMENTO SOBRE O MÉRITO. DIMINUIÇÃO DA MATÉRIA SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PREJUÍZO À DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Caso em que o Tribunal de origem procedeu à tomada global dos votos no julgamento da apelação, anotando o resultado das questões preliminar e meritória como resultado final do julgamento. Desse modo, o integrante que ficou vencido quanto à preliminar de cerceamento da defesa, pelo indeferimento de prova, não se pronunciou acerca do mérito recursal.

2. Nos termos do art. 939 do CPC, a possibilidade de encerrar o julgamento por incompatibilidade entre a preliminar e o mérito tem como destinatário todo o órgão colegiado, e não cada um de seus integrantes. Ademais, a acepção sobre o conceito de preliminar, para o fim de julgamento fatiado, é ampla, uma vez que a diferenciação entre preliminar e prejudicial não tem cabimento aqui (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 699).

3. Como os embargos infringentes são recurso de fundamentação vinculada, o Tribunal de origem não poderia conhecer da divergência meritória, supondo que o juiz que concluiu pela nulidade da prova - e foi vencido - absolvesse a recorrente. Portanto, o prejuízo à defesa está evidenciado.

4. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO (P/RCTE)

Brasília (DF), 09 de março de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS
Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.523 - CE (2019/0311355-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : MARIA INES CAVALCANTE FEITOSA

ADVOGADOS : LEANDRO DUARTE VASQUES - CE010698

**ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO -
CE021999**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por **MARIA INÊS CAVALCANTE FEITOSA**, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 5ª Região, assim ementado (e-STJ, fl. 255):

"PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. ESTELIONATO CONTRA O INSS. RECEBIMENTO DE PENSÃO POR MORTE. DOCUMENTOS FALSOS. FRAUDE COMPROVADA. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA E PRECLUSÃO. AUTORIA COMPROVADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos termos do art. 400, § 1º, do CPP, ao juiz cumpre analisar os pedidos de produção de provas formulados pelas partes, podendo indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. Considerando a existência de outros elementos a demonstrar a materialidade delitiva, justifica-se o indeferimento da perícia, diante da não pertinência. Ademais, diante da ausência de questionamento da nulidade no momento oportuno, qual seja, nas alegações finais, deve-se declarar a preclusão. Precedentes do STJ.

2. Diante da presença de vários elementos a comprovar a materialidade e a autoria delitivas, entre os quais, perícia e provas testemunhais, deve ser mantida a sentença que condenou a apelante como incurso nas penas do art. 171, §3º, do CP.

3. Considerando que a exasperação da pena-base mostra-se desproporcional à avaliação das circunstâncias judiciais, bem como por ter sido utilizado elemento do próprio tipo para embasar as circunstâncias do delito, deve ser provido o pedido de redução da pena-base, resultando a nova pena definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto. Pena privativa substituída por duas restritivas de direito, uma vez atendidos os requisitos do art. 44 do CP.

4. Apelação criminal parcialmente provida."

Embargos de declaração opostos, não foram acolhidos (e-STJ, fl. 342).

Opostos embargos infringentes e de nulidade, foram desprovidos, em acórdão que guarda a seguinte ementa (e-STJ, fls. 429-432):

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE

NULIDADE. PRESCRIÇÃO. TERMO 'A QUO'. PARTICIPE E BENEFICIÁRIO DA FRAUDE. CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES X CRIME PERMANENTE. NULIDADE NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIVISÃO NA VOTAÇÃO DAS PRELIMINARES E MÉRITO RECURSAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVAS INDIRETAS PARA ALÉM DE DÚVIDA RAZOÁVEL QUANTO À AUTORIA DELITIVA. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS.

1. Cuida-se de embargos de nulidade interpostos por MARIA INÊS CAVALCANTE FEITOSA em face de acórdão prolatado em sede de julgamento de apelação criminal, oriundo da colenda Primeira Turma deste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em que, afastada a preliminar de cerceamento de defesa, restou decidido pela diminuição da pena de reclusão, de 04 anos e 08 meses, para 03 anos e 04 meses, diante da ofensa ao art. 171, § 3º do Código Penal.

2. Em suas razões recursais, suscitou a recorrente, em primeiro lugar, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (modalidade retroativa), sob o argumento de que se estaria diante de crime instantâneo de efeitos permanentes, hipótese em que o prazo prescricional deveria ser contado a partir do momento em que se realizou a fraude, e não do resultado dela, não havendo nos autos indícios de que tivesse recebido os valores. Neste sentido, buscou defender que a condenação por estelionato teria se dado pela implantação do benefício, tanto que, segundo argumentou, não constaria do acórdão qualquer menção ao reconhecimento do recebimento, por si, de quaisquer valores, muito menos condenação à devolução. Assim é que, tendo a fraude sido perpetrada em 26/09/2005, enquanto a denúncia foi recebida em 21/01/2015, teria transcorrido prazo superior aos oito anos previstos no art. 109, IV do Código Penal. Demais disso, arguiu a ocorrência de nulidade por ocasião do julgamento da apelação, consubstanciada no fato de não haver sido oportunizado, por ocasião do exame do mérito do apelo, o voto pelo Desembargador Federal que ficou vencido por ocasião da análise da preliminar de cerceamento de defesa. Quanto a este ponto, alegou violação ao disposto nos arts. 938 e 939 do Código de Processo Civil (norma de aplicação subsidiária), a qual preveria a necessidade de realização de julgamentos em separado, quanto à preliminar e ao mérito da causa. Bem assim, ressaltou que o prejuízo à defesa seria evidente, notadamente no que denominou de redução da matéria suscetível em sede de embargos infringentes e de nulidade - que ficaria restrita apenas à matéria relativa à preliminar. Mais à frente, pugnou pela prevalência do voto-vencido, da lavra do eminente Desembargador Alexandre Luna Freire, que acolhia a preliminar de cerceamento de defesa em razão do indeferimento de prova pericial, na medida em que o delito descrito na inicial se enquadraria dentre aqueles que deixam vestígio.

3. No que se refere à primeira das três teses recursais, conquanto se reconheça a diferenciação, a partir de construção doutrinária e jurisprudencial, quanto à contagem do prazo prescricional em relação ao agente que participa da fraude (crime instantâneo de efeitos permanentes) e o beneficiário direto dela (crime permanente), o fato é que, na hipótese ora sob exame, foi reconhecido tanto na sentença quanto no acórdão - que a ora recorrente recebeu indevidamente benefício previdenciário em prejuízo do INSS, de modo que não poderia ser enquadrada como "terceira não beneficiária". Neste contexto, cabe destacar que, a tese central relacionada

ao 'modus operandi' do delito, foi de que a ora recorrente, prevalecendo-se da condição de funcionária lotada no INSS, implantou o benefício em nome de outra pessoa, mas figurou como real beneficiária dos valores pagos a título de pensão. Assim é que, considerado como termo inicial da prescrição o dia em que cessou a percepção do benefício (dez/2009), patente que não transcorreram 8 (oito) anos entre a data do fato e a do recebimento da denúncia (21.01.2015). Arguição de prescrição afastada.

4. Nos termos do disposto no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal: '*Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 63. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência*'. Há um sentido jurídico na nomenclatura embargos infringentes e de nulidade, de modo que, configurada divergência no acórdão acerca do mérito do processo, tem-se, tecnicamente, apenas embargos infringentes. Enquanto isso, se a divergência estiver relacionada a nulidades, ou seja, a questões processuais, será a hipótese de embargos de nulidade.

5. As controvérsias relacionadas ao julgamento de matérias atinentes a preliminares e ao mérito, é objeto de técnicas diversas no âmbito dos Tribunais e, especificamente no que se refere ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, as Turmas Julgadoras - *especificamente em matéria penal* - tem aplicado justamente o método que constou do julgamento do apelo interposto no presente feito (em que não há dissociação no julgamento). Portanto, conquanto se reconheça a possibilidade de aplicação - *também no âmbito penal* - da técnica de julgamento prevista nos arts. 938 e 939 do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo penal), o fato é que, por si só, a técnica aplicada por ocasião do julgamento do apelo, não constitui nulidade, inclusive porque, ao contrário do afirmado pela ora recorrente, não restringiu o âmbito de divergência ou de impugnação apresentável nos presentes embargos infringentes e de nulidade. Em outras palavras: a discussão, inclusive quanto ao mérito - *cometimento ou não do delito* - era também facultada à ora recorrente.

6. Quanto à tese de cerceamento de defesa, o atento exame dos autos evidencia que, por ocasião do julgamento da apelação, a colenda Primeira Turma afastou a alegação de cerceamento de defesa sob dois fundamentos: o de ausência de relevância ou pertinência da prova; bem como de preclusão. Acerca do tema, ainda que se pudesse afastar o fundamento de preclusão - o pedido de realização de perícia grafotécnica constou da resposta à acusação e foi indeferido por ocasião do fim da audiência de instrução, não tendo sido incluído nas alegações finais, mas apenas em preliminar em apelação - quando se identifica quais os documentos a serem periciados ('Proposta de abertura de conta do Bradesco'; 'Contrato de Conta de Depósito'; 'Termo de Adesão a Produtos e Serviços'; 'Autorização para crédito em conta corrente/poupança dos beneficiários do INSS'), se conclui pela absoluta irrelevância do exame pericial para efeito de fundamentar a inocência da ré, ora recorrente.

7. Cabe, também, afastar o argumento de incoerência ou de 'aplicação de dois pesos e duas medidas', apresentado pela ora recorrente, em relação a si e aquela que foi a 'beneficiária formal' da prestação previdenciária ('ALDILENE RAMOS'). E que, a realização do exame grafotécnico, apenas serviu para excluir esta - 'ALDILENE RAMOS', em nome de quem

constavam as assinaturas - da condição de beneficiária do INSS e de participante da fraude. A propósito, tal exclusão serviu justamente a evidenciar o ardid.

8. Não se pode deixar de mencionar o equívoco na versão apresentada pela defesa, no sentido de que "o motivo para a condenação foi em razão de se encontrar um suposto vínculo entre a ré e a falsificação documental". Em verdade, a autoria delitiva se fundou na demonstração de que a ré, ora recorrente, foi a autora da fraude para viabilizar a percepção do benefício, em seu favor, mas em nome de outra pessoa.

9. Igualmente como fundamentos para a autoria delitiva, de modo a se chegar a uma conclusão, para além de uma dúvida razoável, pela prática do crime, pela ré, ora recorrente, podem ser citados: 1 - Depoimento da beneficiária formal no sentido de que a ré, ora recorrente, pediu os seus documentos pessoais, prometendo-lhe uma cesta básica; 2 - Condição da ré, ora recorrente, de atuar no INSS coletando documentos; 3 - Forma como se dava o trabalho na agência. De acordo com um funcionário do INSS (agência Crateús/CE), ouvido durante o processo, os funcionários da mencionada agência iam a Tauá/CE uma vez por mês (onde funcionava um Posto de Atendimento vinculado à Prefeitura). No caso de requerimento de benefícios de pensão por morte, não havia entrevista, bastando a entrega de documentos básicos. A documentação era recebida e o pretenso segurado assinava a documentação na frente do servidor (ré, ora recorrente), a qual conferia a documentação recebida de quem requeria o benefício e às vezes colocava o carimbo do servidor, o qual assinava por cima do carimbo quando via original. 4 - Local de recebimento do benefício (Fazenda contígua àquela onde mora a ré, em nome do tio do marido dela, que não conhecia a beneficiária).

10. Por fim, merece registro que, o fundamento utilizado pelo juízo a quo para efeito de agravar a pena (revisto em segunda instância), não foi a falsificação de quaisquer dos documentos em relação aos quais se pediu a realização de perícia grafotécnica, mas, diferentemente, a contrafação da certidão de casamento (atestada como inautêntica pelo próprio cartório).

11. Embargos infringentes e de nulidade desprovidos."

Nas razões do especial, aponta violação aos arts. 938 e 939 do CPC; argumentando, em suma, que o fato de desembargador restar vencido quanto ao acolhimento de preliminar de cerceamento de defesa, pelo não acolhimento do pedido de produção de prova, não impediria que se manifestasse também sobre o mérito da apelação.

Salienta que o prejuízo decorrente da inobservância da formalidade seria evidente, uma vez que limitou a matéria suscetível de impugnação na via dos Embargos Infringentes e de Nulidade apenas à questão preliminar.

Contrarrazões às fls. 451-461 (e-STJ).

O Ministério Público Federal opina pelo não conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento do recurso (e-STJ, fls. 1.198-1.216).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.843.523 - CE (2019/0311355-6)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS

RECORRENTE : MARIA INES CAVALCANTE FEITOSA

ADVOGADOS : LEANDRO DUARTE VASQUES - CE010698

**ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO -
CE021999**

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. NULIDADE. OMISSÃO DO VOTO VENCIDO QUANTO AO EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO. ART. 939 DO CPC. PRELIMINAR. CONCEITO AMPLO PARA ORDENAR JULGAMENTO. *ERROR IN PROCEDENDO* EVIDENCIADO. NÃO PRONUNCIAMENTO SOBRE O MÉRITO. DIMINUIÇÃO DA MATÉRIA SUSCETÍVEL DE IMPUGNAÇÃO NOS EMBARGOS INFRINGENTES. PREJUÍZO À DEFESA. OCORRÊNCIA. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE JULGOU A APELAÇÃO. PROVIMENTO.

1. Caso em que o Tribunal de origem procedeu à tomada global dos votos no julgamento da apelação, anotando o resultado das questões preliminar e meritória como resultado final do julgamento. Desse modo, o integrante que ficou vencido quanto à preliminar de cerceamento da defesa, pelo indeferimento de prova, não se pronunciou acerca do mérito recursal.

2. Nos termos do art. 939 do CPC, a possibilidade de encerrar o julgamento por incompatibilidade entre a preliminar e o mérito tem como destinatário todo o órgão colegiado, e não cada um de seus integrantes. Ademais, a acepção sobre o conceito de preliminar, para o fim de julgamento fatiado, é ampla, uma vez que a diferenciação entre preliminar e prejudicial não tem cabimento aqui (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 699).

3. Como os embargos infringentes são recurso de fundamentação vinculada, o Tribunal de origem não poderia conhecer da divergência meritória, supondo que o juiz que concluiu pela nulidade da prova - e foi vencido - absolvesse a recorrente. Portanto, o prejuízo à defesa está evidenciado.

4. Recurso especial provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

A fim de delimitar a controvérsia, reproduzo a ata de julgamento da apelação julgada pelo TRF da 5ª Região:

"A turma, por maioria, deu parcial provimento à apelação, para reduzir a pena aplicada, nos termos do voto do relator. Vencido o Desembargador

Superior Tribunal de Justiça

Federal Alexandre Lunas Freire, que acolhia a preliminar de cerceamento de defesa, por entender imprescindível a produção da prova pericial requerida, e, conseqüentemente, decretava a nulidade da sentença"

Pelo que se vê, o Tribunal de origem procedeu ao julgamento conjunto da apelação, julgando a questão preliminar e meritória na mesma assentada. Desse modo, o integrante que acolheu a preliminar, restando vencido quanto ao ponto, também não se pronunciou acerca do mérito recursal.

Em razão disso, a defesa opôs embargos infringentes unicamente quanto à parte não unânime do julgado. Todavia, alegou, preliminarmente, a nulidade do acórdão recorrido, por inobservância da formalidade de colher os votos em separado sobre questão preliminar e de mérito.

O Tribunal de origem afastou o preliminar suscitada nos infringentes. Colhe-se do voto do relator, que capitaneou o voto vencedor no colegiado quanto à prefacial (e-STJ, fls. 391-392):

"[...]Feitas essas considerações, tem-se que, as questões relacionadas ao julgamento de matérias relativas a preliminares e ao mérito, é objeto de técnicas diversas no âmbito dos Tribunais e, especificamente no que se refere ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, as Turmas Julgadoras - especificamente em matéria penal - tem aplicado justamente o método que constou do julgamento do apelo interposto no presente feito (em que não há dissociação no julgamento). Registre-se que, em julgamentos outros no âmbito deste Tribunal, foi objeto de consideração, inclusive, a dificuldade quanto à aplicação da pena por aquele Desembargador que proferiu voto pela absolvição do réu. Portanto, conquanto se reconheça a possibilidade de aplicação - também no âmbito penal - da técnica de julgamento prevista nos arts. 938 e 939 do CPC (aplicável subsidiariamente ao processo penal), o fato é que, por si só, a técnica aplicada por ocasião do julgamento do apelo, não constitui nulidade, inclusive porque, ao contrário do afirmado pela ora recorrente, não restringiu o âmbito de divergência ou de impugnação apresentável nos presentes embargos infringentes e de nulidade. Em outras palavras: a discussão, inclusive quanto ao mérito - cometimento ou não do delito - era também facultada à ora recorrente. Rejeita-se, pois, a preliminar supra."

Como se vê, o Tribunal de origem concluiu pela observância da formalidade prescrita nos arts. 938 e 939 do CPC quanto à ordem de julgamento na apelação da questão preliminar e de mérito. Ademais, concluiu que não houve qualquer prejuízo suportado pela defesa, por considerar que a tomada global dos votos não teria restringido o âmbito da matéria suscetível de impugnação na via dos infringentes.

Quanto ao aspecto formal, não há dúvida de que o art. 938 do atual CPC - que repete o teor do art. 561 do CPC/73 - impõe o julgamento fatiado da apelação. O dispositivo assim preceitua:

Art. 939. Se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar

Superior Tribunal de Justiça

Como se vê, a possibilidade de encerrar o julgamento por incompatibilidade entre a preliminar e o mérito tem como destinatário todo o órgão colegiado, e não cada um de seus integrantes, já que o comando final extraído do dispositivo é claro ao determinar que "[...] deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar".

Por outro lado, a acepção sobre o conceito de preliminar, para o fim de julgamento fatiado, é ampla. Conforme esclarece Barbosa Moreira, a diferenciação entre preliminar e prejudicial não tem cabimento aqui. A propósito, confira-se o comentário ao art. 561 do CPC/73, cujo preceito é idêntico ao art. 939 do atual CPC:

O Código usa a palavra em acepção um pouco mais ampla. Conforme ressalta do teor do art. 561, admite que a apreciação do mérito seja compatível com o acolhimento da preliminar (verbis: "... ou se com ela for compatível a apreciação do mérito"). Supõe, portanto, a existência de preliminares que, seja qual for o sentido em que se resolvam, permitem que o órgão judicial, depois de resolvê-las, prossiga em sua atividade cognitiva (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 699)

De todo modo, mesmo para quem adote interpretação mais restritiva sobre o conceito de preliminar, não vislumbro qualquer possibilidade de tratar o cerceamento de defesa, resultante do indeferimento de prova, como prejudicial. Em relação ao processo, o seu acolhimento impõe obstáculo ao julgamento da causa, dada a necessidade de refazimento da prova. Em relação ao mérito recursal, o seu acolhimento também obstará o julgamento dos demais pontos suscitados pela defesa no apelo, por implicar a remessa dos autos à origem.

Assim, sob qualquer ponto de vista considerado, a decisão sobre a nulidade de prova deve ser tida como questão preliminar.

Desse modo, ao não tomar o voto quanto ao mérito da apelação do juiz vencido na preliminar, houve *error in procedendo* pelo Tribunal de origem, evidenciando a violação ao art. 939 do CPC.

De todo modo, assiste razão ao recorrente quanto ao prejuízo suportado pela defesa. Ao impedir a participação do juiz vencido na preliminar, houve julgamento unânime do mérito recursal da apelação, diminuindo o espectro da matéria possível de impugnação na via dos infringentes.

Como os embargos infringentes são recurso de fundamentação vinculada, o Tribunal de origem não poderia conhecer da divergência meritória, supondo que o juiz que concluiu pela nulidade da prova - e foi vencido - absolvesse a recorrente. Acerca da dificuldade enfrentada para o exercício da ampla defesa, extrai-se a seguinte passagem do acórdão recorrido (e-STJ, fl. 396)

Apenas uma observação. Penso que a questão não é essa. Como o Desembargador Federal Alexandre Costa de Luna Freire não votou quanto ao mérito, não poderíamos discutir embargos infringentes quanto ao mérito à míngua do voto vencido. O que o advogado está sustentando é que haveria uma nulidade do julgamento. Para argumentar, S.Exa. disse que, se o julgamento houvesse sido complementado, o espectro do recurso poderia ter sido maior, mas não foi. Então, agora, não há que se discutir se os embargos infringentes irão analisar o mérito ou não, porque não há mérito para analisar. Os embargos infringentes aforados foram apenas sobre a

existência ou não do cerceamento de defesa. Não quero adiantar o meu pensamento, mas o que podemos analisar é, em se entendendo que haveria nulidade, anular o julgamento e devolver para a Turma. **No entanto, não é possível ampliar o espectro, aqui e agora, para se discutir o mérito.** O advogado não argumentou nesse sentido, porque não havia espaço para tanto. S.Exa. sustenta que houve um prejuízo. Não estou dizendo que concordo, mas o fundamento claramente explicitado da tribuna foi que a falta do voto de um dos desembargadores quanto ao mérito teria limitado o espectro do recurso. (grifo meu)

Em precedente no qual analisada a mesma situação fática, concluiu esta Corte sobre a necessidade de complementação do acórdão pelo voto vencido na preliminar, nos termos do art. 561 do CPC/73, com preceito idêntico ao que constante no art. 931 do CPC/15.

Na oportunidade, a anulação do acórdão foi rechaçada, ante o não cabimento dos embargos infringentes contra acórdão que julga apelação em mandado de segurança, hipótese diversa da dos presentes autos, em que os infringentes são manifestamente pertinentes.

No ponto:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO DO VOTO VENCIDO QUANTO AO EXAME DO MÉRITO DA APELAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO DE FORMA NO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF*.

1. Em princípio são cabíveis os embargos de declaração visando obter a complementação do acórdão pelo voto vencido na preliminar, quanto ao exame do mérito da apelação, conforme o disposto no art. 561 do CPC.

2. Hipótese em que visava o embargante esclarecer os limites da divergência e permitir a interposição de embargos infringentes.

3. Sendo incabíveis embargos infringentes contra acórdão que julga apelação em mandado de segurança, conforme a jurisprudência consolidada do STJ e do STF (Súmulas 169/STJ e 597/STF), desnecessária a anulação do acórdão de origem para corrigir o erro de forma, principalmente porque o ato atingiu sua finalidade e sua eventual anulação teria o intuito tão-somente de propiciar a interposição de recurso incabível.

4. Aplicação do princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo).

5. Recurso especial improvido.

(REsp 797.805/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 04/09/2006, p. 252)

Assim, cabíveis os infringentes na origem, e constatada o erro no procedimento relativo ao julgamento da apelação, deve o acórdão apelatório ser anulado, com o retorno dos autos à origem, para que se proceda ao julgamento da apelação com a manifestação de todos os julgadores sobre as questões preliminar e de mérito.

Ante o exposto, com amparo no art. 255, § 4º, III, do RISTJ, dou **provimento** ao recurso especial para cassar integralmente o acórdão recorrido, determinando seja procedido novo julgamento da apelação nº 0000172-04.2014.4.05.8106.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0311355-6 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.843.523 / CE**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00001720420144058106 00027236820114058103 1720420144058106 27236820114058103

PAUTA: 09/03/2021

JULGADO: 09/03/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro RIBEIRO DANTAS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FRANCISCO XAVIER PINHEIRO FILHO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARIA INES CAVALCANTE FEITOSA
ADVOGADOS : LEANDRO DUARTE VASQUES - CE010698
 ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE SEGUNDO - CE021999
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Estelionato Majorado

SUSTENTAÇÃO ORAL

PRESENTE NA VIDEOCONFERÊNCIA: DR. ANTONIO DE HOLANDA CAVALCANTE
SEGUNDO (P/RCTE)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.