

**18/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. JOAQUIM BARBOSA</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: CRISTIANO DE MELLO PAZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>

**EMENTA:** EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. RISTF, ART. 334. LITISCONSÓRCIO PASSIVO MULTITUDINÁRIO. APLICAÇÃO À HIPÓTESE, POR ANALOGIA, DO ART. 191 DO CPC.

1. Nos termos do art. 334 do Regimento Interno, é de quinze dias o prazo para a oposição de embargos infringentes. Todavia, conta-se em dobro o prazo recursal quando há litisconsórcio passivo e os réus estejam representados por diferentes procuradores. Aplica-se a essa hipótese, por analogia, o art. 191 do CPC (cf. AP 470 AgR-vigésimo segundo, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, Dje de 24-09-2013).

2. Agravo regimental provido.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro JOAQUIM BARBOSA, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, em dar provimento ao agravo regimental para admitir os embargos infringentes, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolheu o pedido de duplicação do prazo de interposição do recurso de embargos infringentes, vencidos os Ministros Relator, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Brasília, 18 de setembro de 2013.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

05/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. JOAQUIM BARBOSA</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: CRISTIANO DE MELLO PAZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR):** Trata-se de recursos de agravo regimental interpostos pelos réus **Delúbio Soares de Castro** (petição nº 23681/2013) e **Cristiano de Mello Paz** (petição nº 22880/2013 contra a decisão que proferi na AP 470 (fl. 62750/62757, vol. 284), publicada no DJe em 15/05/2013, a qual tem o seguinte teor:

*“Cristiano de Mello Paz (por meio das petições nº 17.695/2013 e nº 18.249/2013), pede que seja conferido às partes (...) prazo em dobro para a interposição de embargos infringentes, tendo em vista o fato de o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter concedido igual benefício para a oposição de embargos de declaração.*

*Já Delúbio Soares de Castro, na petição nº 20.981/2013, interpõe embargos infringentes ao acórdão proferido na ação penal 470, a fim de que prevaleçam os votos vencidos proferidos pelo min. Ricardo Lewandowski, pela min. Rosa Weber, pelo min. Dias Toffoli e pela min. Cármen Lúcia, que o absolveram da prática do crime de quadrilha.*

*É o relatório.*

*Decido.*

*Passo à análise da admissibilidade do recurso de embargos infringentes em ação penal originária de competência do Supremo Tribunal Federal, pois tal verificação é pressuposto do exame de ambos os pedidos.*

*Como se sabe, o art. 333, inciso I e parágrafo único, do Regimento Interno*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

do STF prevê que [c]abem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário (...) que julgar procedente a ação penal, desde que existam, no mínimo, de quatro votos divergentes.

Também é sabido que o Regimento Interno do STF foi recepcionado pela atual Constituição com status de lei ordinária, uma vez que, à época em que concebido, essa Corte tinha competência normativa para dispor sobre os processos da sua competência originária e recursal.

Porém, com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal **perdeu essa atribuição normativa**, passando a submeter-se à lei votada pelo Congresso Nacional para efeito da disciplina do processo e julgamento dos feitos da sua competência originária e recursal (CF, art. 22, I).

Pois bem. O fato de o Regimento Interno do STF ter sido recepcionado lá atrás com status de lei ordinária não significa que esse documento tenha adquirido características de eternidade. Longe disso.

Mesmo tendo sido recepcionado como lei ordinária, o Regimento Interno do STF vem sendo constantemente alterado por esta Corte, já havendo mais de 47 emendas regimentais. E essa revisão deve continuar, tendo em vista a existência, ainda hoje, de inúmeros dispositivos regimentais manifestamente ultrapassados, como, por exemplo, o inciso IX do art. 5º, que prevê o pedido de advocação, e a alínea b do inciso III do art. 6º, que ainda menciona o já extinto Tribunal Federal de Recursos. O próprio dispositivo regimental que abriga o recurso ora reivindicado ainda faz alusão a julgamento secreto, o que é, no mínimo, uma obsolescência.

Ademais, como ocorre com todas as espécies normativas, o RISTF, evidentemente, também pode ser alterado, total ou parcialmente, e mesmo tacitamente, quando lei posterior dispuser de forma diversa ou regular inteiramente a matéria de que ele tratava (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

É nesse cenário que intervém, com especial destaque, a Lei 8.038/1990, que tem por finalidade justamente instituir **normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**.

Note-se bem: trata-se de lei em sentido formal e material, votada pelo órgão

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

legislativo competente (o Congresso Nacional). A intervenção do Congresso Nacional na matéria, cumprindo desígnio do constituinte originário de 1988, teve uma consequência clara: o desaparecimento do mundo jurídico das normas regimentais que outrora regiam o processo e o julgamento de certos feitos no âmbito desta Corte, e que hoje se mostram incompatíveis com a nova disciplina legal da matéria.

A Lei 8.038/1990 além de dispor sobre os processos de competência originária, dentre eles a ação penal originária também especifica quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do STF, esgotando, assim, o rol de medidas processuais voltadas ao reexame dos julgados dessas duas Cortes Superiores. E, ao especificar quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do STF, a Lei 8.038/1990 não previu o cabimento de embargos infringentes em ação penal originária.

Na Lei 8.038/1990, somente há alusão a embargos infringentes no art. 42, que dá nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil. Noutras palavras, nos dias atuais, essa modalidade recursal é alheia ao Supremo Tribunal Federal quando este atua em ação penal originária.

Assim, não estando os embargos infringentes no rol dos recursos penais previstos na Lei 8.038/1990, que regula taxativa e inteiramente a competência recursal desta Corte, não há como tal recurso ser admitido.

O já citado art. 333, inciso I e parágrafo único, do RISTF foi, dessa forma, revogado pela Lei 8.038/1990, cujo art. 44 estabelece expressamente a revogação das disposições em contrário, entre elas, naturalmente, aquelas que contemplavam recursos não previstos no novo diploma legal (Lei 8.038/1990).

Tal conclusão, aliás, não poderia ser diferente. Com efeito, a razão de ser dos embargos infringentes é propiciar o reexame, no âmbito do mesmo órgão julgante, mas por composição diversa e ampliada, das decisões jurisdicionais proferidas por órgãos fracionários (turmas, câmaras, seções etc.). O objetivo é aperfeiçoar a prestação jurisdicional e assegurar maior legitimidade aos julgados não unânimes dos órgãos fracionários, cuja composição é diminuta, em geral de no máximo cinco componentes.

Não há como concluir, portanto, que esses embargos infringentes se prestem simplesmente a abrir espaço à mera repetição de julgamento realizado pelo

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

mesmo órgão plenário que já examinou exaustivamente uma determinada ação penal e já esgotou, por conseguinte, a análise do mérito dessa demanda.

Tanto é assim que o art. 609, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal restringe o cabimento de embargos infringentes em segunda instância aos casos de apelação ou de recurso em sentido estrito, não se admitindo a interposição dessa modalidade recursal em ação penal originária. Nesse sentido, cito o HC 72.465 (rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 24/11/1995):

CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO PENAL ORIGINARIA - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - DESCABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARAGRAFO ÚNICO).

A norma inscrita no art. 609, paragrafo único, do Código de Processo Penal não se aplica as hipóteses de condenação criminal, ainda que não-unânime, resultante de ação penal originária ajuizada perante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados (Lei n. 8.658/93), eis que os embargos infringentes somente são oponíveis a acórdão proferido em sede de apelação ou de recurso em sentido estrito. Precedentes: HC 71.949 e HC 71.951, Rel. Min. ILMAR GALVÃO.

Ora, se esta Corte, conforme se extrai do precedente acima, não admite a oposição de embargos infringentes em ação penal originária de competência de tribunal de segunda instância, não há como admiti-los no presente caso, sob pena de incorrer em uma irreparável contradição.

É oportuno lembrar, ainda, que o STJ também não admite embargos infringentes em ação penal originária de sua competência. Com efeito, a 3ª Seção daquela Corte Superior, em recentíssimo julgado, confirmou a tese de que o cabimento dos embargos infringentes - necessários, em regra, para o esgotamento das instâncias - se restringe a julgamentos não unânimes de 2ª instância, ou seja, não alcança a hipótese (...) de o tribunal atuar originariamente para processar e julgar a ação penal (agravo regimental nos embargos de divergência em agravo nº 1.321.228, rel. min. Assusete Magalhães, julgado em 27/2/2013, DJe de 5/3/2013).

A prevalecer a tese dos réus, o Supremo Tribunal Federal seria a única Corte brasileira a admitir embargos infringentes em ação penal originária da

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

competência do seu órgão jurisdicional pleno. Mais do que isso: nessa hipótese, tal recurso seria julgado pelo mesmo órgão plenário que proferiu o acórdão embargado.

Noutras palavras, admitir o recurso de embargos infringentes seria o mesmo que aceitar a ideia de que o Supremo Tribunal Federal, num gesto gracioso, inventivo, ad hoc, magnânimo, mas absolutamente ilegal, pudesse criar ou ressuscitar vias recursais não previstas no ordenamento jurídico brasileiro, o que seria inadmissível, sobretudo em se tratando de um órgão jurisdicional da estatura desta Suprema Corte.

Por outro lado, não há por que se falar na ausência, no caso, de duplo grau de jurisdição como justificativa informal ou implícita para admissão dos embargos infringentes, uma vez que se cuida de ação penal originária da competência mais alta Corte de Justiça do país. Os réus da presente ação penal foram julgados por esta Corte em razão de disposições constitucionais e legais expressas que lhes asseguraram a privilegiadíssima prerrogativa de responder às acusações que lhes foram feitas perante esta Corte, e não na primeira instância de jurisdição. A Constituição Federal e as leis brasileiras não preveem privilégios processuais adicionais.

Portanto, é absurda a tese que postula admissão dos embargos infringentes no presente caso, seja por que esta Corte já se debruçou sobre todas as minúcias do feito ao longo de quase cinco meses, seja por que, ao menos em tese, existe, ainda, a possibilidade de, caso necessário, aperfeiçoar-se o julgamento através de embargos de declaração e de revisão criminal.

Na verdade, admitir-se embargos infringentes no caso é, em última análise, apenas uma forma de eternizar o feito, o que seguramente conduzirá ao descrédito a Justiça brasileira, costumeira e corretamente criticada justamente pelas infundáveis possibilidades de ataque às suas decisões.

Por todas essas razões, **indefiro** o pedido de Cristiano de Mello Paz e **nego seguimento** aos embargos infringentes de Delúbio Soares de Castro”.

O agravante **Delúbio Soares de Castro** alega, em síntese, que:

(1) a decisão agravada é intempestiva, uma vez que: “pelo que dispõe o art. 339 do Regimento (com apoio no art. 538, caput, do CPC) os embargos declaratórios suspendem o prazo para qualquer outro recurso contra a decisão

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*embargada, tanto que o agravante, ao interpor os infringentes, protestou por novo prazo caso os declaratórios fosse recebidos ainda que em parte, de modo a emendar – se fosse o caso – sua petição. Assim, com prazo suspenso,[...]não cabia decidir sobre o seguimento dos infringentes, se somente se iniciaria após o julgamento dos declaratórios.”;*

(2) ainda está em vigor o artigo 333, I do Regimento Interno desse Tribunal, pois esse Estatuto “*é constantemente modificado, especialmente nos dispositivos que nunca tiveram força de lei e por isso não foram nesse status recepcionados. Quanto aos que o foram, há que se considerar as ponderações do eminente Decano CELSO DE MELLO, nesta mesma ação penal, no sentido de que, tendo força de lei, somente por lei em sentido formal poderiam essas disposições vir a ser revogadas*”;

(3) a Lei 8.038/90 não legislou sobre os embargos infringentes, nem mesmo revogou tacitamente esse recurso, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem assim “*jamais pretendeu desprestigiar os Regimentos dos Tribunais, tanto assim que seu regramento para a ação penal originária vai até o término da instrução: ‘art. 12 – Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno’.*”;

(4) “*quando quatro Ministros da Suprema Corte entendem que uma pessoa não merece ser condenada por determinada conduta, a apreciação do recurso quer parecer não somente indicada, mas necessária, ao menos quando se reconhece que os Juízes, por melhores que sejam, são humanos e, portanto, falíveis*”;

(5) a Lei 8.038/90 não esgotou todos os recursos no âmbito dos Tribunais Superiores ou pretendeu marginalizar os regimentos internos, tanto que os embargos de declaração serão examinados por esta Corte e não estão previstos na citada Lei; e

(6) “*há pouco mais um ano, essa Corte editou Emenda Regimental regulamentando o procedimento dos embargos infringentes, por meio da emenda regimental n. 47”, o que torna inequívoca a subsistência desses embargos, como forma de preservar a ampla defesa e um “processo penal essencialmente justo*”.



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Pede, ao final, o processamento dos embargos infringentes, nos termos dos artigos 335, § 3º e 76 do RISTF.

O agravante **Cristiano de Mello Paz** sustenta, em resumo, que a Lei 8.038/90, mais precisamente em seu artigo 12, é “*extremamente clara ao dispor que ‘finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno’*. Ou seja, a própria lei em comento permitiu fossem conciliadas as regras gerais por ela dispostas às normas constantes do Regimento Interno. Não houve, portanto, extinção dos embargos infringentes [...]”.

Requer que seja reconsiderada a decisão atacada ou, caso contrário, que seja provido o presente agravo regimental.

É o relatório.

05/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

## VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR): Senhores Ministros, o agravante Delúbio Soares alega, inicialmente, que a decisão agravada é “*intempestiva e precipitada*”.

Em verdade, é descabido falar em intempestividade de uma decisão judicial que não tem prazo estabelecido por lei para ser proferida. Muito menos se pode falar em *precipitação*, uma vez que a decisão somente foi prolatada porque o próprio agravante, sem observar o princípio da unirrecorribilidade das decisões, interpôs dois recursos contra o mesmo acórdão. Primeiro, opôs os embargos de declaração e, em seguida, antes da apreciação daqueles, opôs os embargos infringentes.

Lembro que os embargos de declaração, independentemente de terem sido opostos pela mesma parte ou pela parte adversa, destinam a complementar e integrar o acórdão recorrido, formando um todo indissociável; de modo que o ato impugnado seria passível de outro recurso somente quando esgotado o seu exame.

No entanto, caso a parte viole essa regra processual, o juiz não pode deixar de fazer o exame prévio de admissibilidade dos recursos. Ao contrário, trata-se de um dever do Julgador de apreciar todos os pedidos e, ao mesmo tempo, dar concretude ao princípio e direito de todos a uma prestação jurisdicional célere.

No mérito, conforme expus na decisão agravada: o art. 333, inciso I e parágrafo único, do Regimento Interno do STF prevê que “[c]abem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário (...) que julgar procedente a ação penal, desde que existam, no mínimo, quatro votos divergentes.

Também é sabido que o Regimento Interno do STF foi recepcionado pela atual Constituição com *status* de lei ordinária, uma vez que, à época em que concebido, essa Corte tinha competência normativa para dispor

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

sobre os processos da sua competência originária e recursal.

Porém, com o advento da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal **perdeu essa atribuição normativa extraordinária**, passando a submeter-se à lei votada pelo Congresso Nacional para efeito da disciplina do processo e julgamento dos feitos da sua competência originária e recursal (CF, art. 22, I).

Pois bem. O fato de o Regimento Interno do STF ter sido recepcionado lá atrás com *status* de lei ordinária não significa que esse documento tenha adquirido características de eternidade. Longe disso.

Mesmo tendo sido recepcionado como lei ordinária, o Regimento Interno do STF vem sendo constantemente alterado por esta Corte, já havendo mais de 47 emendas regimentais. E essa revisão deve continuar, tendo em vista a existência, ainda hoje, de inúmeros dispositivos regimentais manifestamente ultrapassados, como, por exemplo, o inciso IX do art. 5º, que prevê o pedido de avocação, e a alínea *b* do inciso III do art. 6º, que ainda menciona o já extinto Tribunal Federal de Recursos. O próprio dispositivo regimental que abriga o recurso ora reivindicado ainda faz alusão a julgamento secreto, o que é, no mínimo, uma obsolescência.

Ademais, como ocorre com todas as espécies normativas, o RISTF, evidentemente, também pode ser alterado, total ou parcialmente, e mesmo tacitamente, quando norma posterior dispuser de forma diversa ou regular inteiramente a matéria de que ele tratava (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

É nesse cenário que intervém, com especial destaque, a Lei 8.038/1990, que tem por finalidade justamente instituir **normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal**.

Note-se bem: trata-se de lei em sentido formal e material, votada pelo órgão legislativo competente (o Congresso Nacional). A intervenção do Congresso Nacional na matéria, cumprindo desígnio do constituinte originário de 1988, teve uma consequência clara: o desaparecimento do mundo jurídico das normas regimentais que outrora regiam o processo e

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

o julgamento de certos feitos no âmbito desta Corte, e que hoje se mostram incompatíveis com a nova disciplina legal da matéria.

A Lei 8.038/1990 além de dispor sobre os processos de competência originária, dentre eles a ação penal originária também **especifica quais são os recursos cabíveis** no âmbito do STJ e do STF, esgotando, assim, o rol de medidas processuais voltadas ao reexame dos julgados dessas duas Cortes Superiores. E, ao especificar quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do STF, a Lei 8.038/1990 não previu o cabimento de embargos infringentes em ação penal originária.

Com efeito, a 8.038/1990 somente faz alusão a embargos infringentes (v. art. 42), quando dá nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil. Noutras palavras, nos dias atuais, essa modalidade recursal é alheia ao Supremo Tribunal Federal quando este atua **em ação penal originária**. Assim, não estando os embargos infringentes no rol dos **recursos penais** previstos na Lei 8.038/1990, que regula **taxativa e inteiramente** a competência recursal desta Corte, não há como tal recurso ser admitido.

O já citado **art. 333, inciso I e parágrafo único, do RISTF foi**, dessa forma, **revogado pela Lei 8.038/1990**, cujo art. 44 estabelece expressamente a revogação das disposições em contrário, entre elas, naturalmente, aquelas que contemplavam recursos não previstos no novo diploma legal (Lei 8.038/1990).

Tal conclusão, aliás, não poderia ser diferente no sistema atualmente em vigor. Com efeito, a razão de ser dos embargos infringentes, nos casos em que ainda está previsto na legislação processual penal ordinária, é propiciar o reexame das **decisões jurisdicionais proferidas por órgãos fracionários** (turmas, câmaras, seções etc.), possibilitando uma nova decisão **por órgão diverso e de composição mais ampla**. Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci explica que se trata de recurso “*voltado a garantir uma segunda análise da matéria decidida por turma julgadora, por ter havido maioria de votos e não unanimidade, ampliando-se o quórum do julgamento*”. Assim, o recurso obriga que a câmara seja chamada a decidir por completo e não apenas com os votos dos magistrados que compuseram a turma julgadora” (Nucci, 2013, p. 1064[[i](#)][[i](#)][[i](#)][[i](#)][[i](#)]).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Por isso, nos termos do Código de Processo Penal, os embargos infringentes somente são cabíveis contra o julgamento de apelação ou recurso em sentido estrito, que são julgados nos órgãos fracionários, não se admitindo a interposição dessa modalidade recursal em ação penal originária (art. 609, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Penal). Nesse sentido, cito o HC 72.465 (rel. min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ de 24/11/1995):

*CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO PENAL ORIGINARIA - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - DESCABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARAGRAFO ÚNICO). - A norma inscrita no art. 609, paragrafo único, do Código de Processo Penal não se aplica às hipóteses de condenação criminal, ainda que não-unânime, resultante de ação penal originária ajuizada perante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados (Lei n. 8.658/93), eis que os embargos infringentes somente são oponíveis a acórdão proferido em sede de apelação ou de recurso em sentido estrito . Precedentes: HC 71.949 e HC 71.951, Rel. Min. ILMAR GALVÃO.*

Ora, se esta Corte, conforme se extrai do precedente acima citado, não admite a oposição de embargos infringentes em ação penal originária de competência de tribunal de segunda instância, não há como admiti-los no presente caso.

É oportuno lembrar, ainda, que o STJ também não admite embargos infringentes em ação penal originária de sua competência. Com efeito, a 3ª Seção daquela Corte Superior, em recentíssimo julgado, confirmou a tese de que “o cabimento dos embargos infringentes - necessários, em regra, para o esgotamento das instâncias - se restringe a julgamentos não unânimes de 2ª instância, ou seja, não alcança a hipótese (...) de o tribunal atuar originariamente para processar e julgar a ação penal” (Agravado Regimental nos Embargos de Divergência em Agravo nº 1.321.228, rel. min. Assusete Magalhães, julgado em 27/2/2013, DJe de 5/3/2013). Assim, não cabe recurso contra o mérito das decisões proferidas pelo STJ em ações penais originárias.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Em suma: o legislador entendeu que a reapreciação de fatos e provas, pelo mesmo órgão julgador, é de todo indevida e não deve ser acolhida por nosso ordenamento.**

Por outro lado, não há por que se falar na ausência, no caso, de duplo grau de jurisdição como justificativa informal ou implícita para admissão dos embargos infringentes, uma vez que se cuida de ação penal **originária** da competência mais alta Corte de Justiça do país. Os réus da presente ação penal foram julgados por esta Corte em razão de disposições constitucionais e legais expressas que lhes asseguraram a privilegiadíssima prerrogativa de responder às acusações que lhes foram feitas perante esta Corte, e não na primeira instância de jurisdição. A Constituição Federal e as leis brasileiras não preveem privilégios processuais adicionais.

Esta Corte já se debruçou sobre todas as minúcias do feito ao longo de quase cinco meses. Admitir embargos infringentes no caso é, em última análise, **apenas uma forma de eternizar o feito.**

O embargante argumenta, ainda, que a Lei 8.038/1990 não teria esgotado todos os recursos no âmbito dos Tribunais Superiores, sustentando que “*os embargos de declaração serão examinados por esta Corte e não estão previstos na citada lei*”.

Trata-se de comparação absolutamente imprópria.

Com efeito, como é de conhecimento geral, a **configuração jurídico-processual** dos embargos de declaração destoa dos embargos infringentes. **São institutos processuais absolutamente distintos**, em sua natureza e finalidade. Basta mencionar que os embargos de declaração estão previstos no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil. Estas leis ordinárias não foram alteradas e continuam a prevê-los para os processos em geral, já que nenhuma lei foi promulgada com o fim de disciplinar, inteiramente, os recursos por elas regulados. Mais: o caráter integrativo dos embargos de declaração não se confunde com as finalidades dos demais recursos, e é por essa razão que o legislador lhes dá um tratamento distinto.

A esse respeito, lembro, por oportuno, que, por **interpretação**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**extensiva** dos artigos 535 do CPC e 619 do CPP, são oponíveis embargos de declaração contra **qualquer decisão judicial**, independentemente dos limites da previsão legal (Grinover, Magalhães, Fernandes, 1999, p. 225). Essa “liberalidade interpretativa” se deve, é claro, o propósito fundamentalmente integrativo dessa modalidade recursal.

Portanto, absolutamente inadequada a equiparação feita pelo agravante, entre embargos de declaração e embargos infringentes.

O embargante Delúbio Soares afirma, igualmente, que: “*o fundamento central da r. decisão é que a Lei nº 8.038/90 não legislou sobre os embargos infringentes, o que teria revogado tacitamente o art. 333, n I, do Regimento Interno dessa Colenda Corte*”.

O embargante se equivoca quanto aos fundamentos da decisão recorrida.

Ao contrário do que afirma, a decisão recorrida funda-se, em essência, no fato de a Lei 8.038/1990 ter, à luz da Constituição Federal, **regulado integralmente os recursos cabíveis** em ação penal originária da competência desta Corte.

Nesse ponto, destaco que a Lei 8.038/1990 traz título específico, para a disciplina dos diversos recursos cabíveis nessa modalidade de ação, nele inserindo o recurso extraordinário e o recurso especial; o recurso ordinário em *habeas corpus*; o recurso ordinário em mandado de segurança; e, ainda, **criando recurso** para impugnar as decisões do Relator ou do Presidente, recurso esse que tinha anteriormente previsão puramente regimental.

Porém, o legislador nada diz sobre os embargos infringentes, mantendo-se num silêncio que me parece mais que eloquente.

Em artigo recentemente publicado sobre essa matéria, **Lenio Luiz Streck** realizou a seguinte análise sobre os embargos infringentes regimentais (2012):

*“[...] a assertiva da recepção tem limites, porque deve ser lida no sentido de que ‘essa recepção não se sustenta quando o legislador pós-Constituição de 1988 estabelece legislação que trata a matéria de forma diferente daquela tratada no Regimento Interno’. Caso*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*contrário, o Regimento Interno estaria blindado a qualquer alteração legislativa ou ainda se correria o risco de conferir ao STF o mesmo poder legiferante que possui a União, uma vez que ele estaria autorizado a legislar sobre matéria processual contrariando, assim, o que dispõe o inc. I do art. 22 da CF”.*

Por todos esses motivos, não tenho dúvida quanto à revogação do artigo 333, I, do Regimento Interno desta Corte, pela Lei 8.038/90, que é posterior e disciplinou, integralmente, o processo e julgamento das ações penais originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não prevendo qualquer recurso contra o julgamento do mérito dessas ações.

Em seu recurso o agravante Delúbio Soares sustenta, também, que: *“quando quatro Ministros da Suprema Corte entendem que uma pessoa não merece ser condenada por determinada conduta, a apreciação do recurso quer parecer não somente indicada, mas necessária, ao menos quando se reconhece que os Juízes, por melhores que sejam, são humanos e, portanto, falíveis”.*

O argumento é improcedente.

É importante ter em conta que todo sistema jurídico tem uma autoridade judiciária encarregada de proferir a última e irrecorrível decisão nos processos jurisdicionais. No Brasil, esse encargo cabe ao Supremo Tribunal Federal, não só nas ações penais originárias, mas também em qualquer outro processo que, segundo a Constituição Federal, deva ser apreciado pela Corte mais alta do país.

Fora disso, só a revisão criminal prevista no artigo 102, I, “j” da CF/1988, *verbis*:

*Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I - processar e julgar, **originariamente**:*

*b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;*

*j) **a revisão criminal** e a ação rescisória de seus julgados;*

Entendo, pois, que é indevida a **criação de outros meios** impugnativos das decisões desta Suprema Corte, proferidas em ação



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

penal originária, fora da previsão legal.

O embargante Delúbio Soares ainda alega que esta Corte, recentemente, por meio da Emenda 47, regulamentou o procedimento dos embargos infringentes, o que teria implicado, segundo sua opinião, reafirmação implícita da subsistência desse recurso.

Sem fundamento esta alegação.

Note-se que, a decisão recorrida não afirma que são “genericamente” incabíveis os embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em todo e qualquer procedimento. Limita-se a afirmar **a sua abrogação pela Lei 8.038/1990 para os efeitos da ação penal originária**, que é o caso concreto em julgamento.

De fato, não está em jogo a eventual subsistência dos embargos infringentes como gênero, mas apenas e tão somente na hipótese da **ação penal originária**, mesmo porque a decisão não poderia ultrapassar os termos do pedido feito na peça recursal.

E mais: a Emenda Regimental 47/2012 traz ligeira mudança no procedimento dos embargos de divergência e infringentes (gênero), passando ao largo de qualquer abordagem acerca da subsistência destes últimos **em ação penal originária**.

Lembro, inclusive, que em decisão monocrática, publicada no DJe-082, de 06/05/2009, Habeas Corpus n. 92303 EI/PR, o saudoso Min. MENEZES DIREITO, já sinalizava a necessidade de, em razão da atual Constituição Federal, decidir sobre a subsistência desse recurso, uma vez que ele foi criado pelo Regimento Interno desta Corte. Todavia, essa análise nunca foi feita, até o presente momento.

O agravante Delúbio Soares argumenta, por fim, que esta Corte, em 1980, *“em alentado rumo ao garantismo democrático, instituiu em seu Regimento a única forma de revisão de seus julgados, já que inexistente o acesso ao duplo grau de jurisdição.”*

Como já registrei linhas atrás, os acusados com prerrogativa de foro gozam de situação privilegiadíssima, ou seja, já são, de imediato, julgados pela última instância judiciária do país, em colegiado composto por 11 integrantes, não lhes sendo exigido percorrer todas as instâncias da

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

estrutura judiciária nacional, como é imposto aos demais cidadãos, com elevados custos financeiros, morais e psicológicos decorrentes da demora e das áleas procedimentais de todos conhecidas.

Assim, quanto aos beneficiários desse privilégio, o devido processo legal não abrange o duplo grau de jurisdição, exatamente porque são julgados pela Corte que dá a última palavra sobre o que é o Direito, no nosso ordenamento. Esta é uma das razões pelas quais os parlamentares federais sempre escolheram reservar, para si, o privilégio do julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, e não nos graus de jurisdição inferiores.

Nesse sentido, destaco que o ministro Celso de Mello, em cujo voto baseiam-se as razões dos recursos, na oportunidade do julgamento do pedido de cisão do processo-crime em exame, ação Penal n. 470, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sustentou, com a clareza que lhe é peculiar, que **o duplo grau de jurisdição não se aplica às ações penais originárias de competência da Corte Suprema**, conforme trecho que passo a citar:

*“[...] A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante “o Tribunal Máximo de cada país”, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal.” (Fls. 51.767-51768)*

Concluo, pois, que os argumentos do agravante Delúbio Soares não são aptos a ensejar uma mudança no entendimento adotado na decisão recorrida.

O agravante Cristiano Mello Paz, por seu turno, limita-se a sustentar

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

que a regra regimental não foi revogada, mas, sim, reforçada pelo artigo 12 da Lei 8.038/90, que estabelece: “*finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno*”. Ou seja, a própria lei em comento permitiu fossem conciliadas as regras gerais por ela dispostas às normas constantes do Regimento Interno. Não houve, portanto, extinção dos embargos infringentes [...]”.

Quanto a esse fundamento, basta verificar que o artigo invocado pelo agravante está inserido no Título I, Capítulo I, da Lei 8.038/90, que trata apenas e tão somente da forma de processamento da ação penal originária até a instrução do processo-crime. A referência ao regimento interno tem o propósito exclusivo de definir a “*forma*” (leia-se formatação) a ser observada para o julgamento. Nada mais. Não remete a recursos criados pela Corte Suprema, durante a Ditadura Militar.

Por todos esses motivos, **voto pelo não provimento dos agravos regimentais interpostos por Delúbio Soares de Castro** (petição nº 23681/2013) e **Cristiano de Mello Paz** (petição nº 22880/2013).

**REFERÊNCIAS**

GRINOVER, Ada Pelegrini; MAGALHÃES, Antonio; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 12ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. “Não cabem embargos infringentes no Supremo”. *Consultor Jurídico*, 13 ago. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo><http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

[embargos-infringentes-supremo](http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo)<http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo><http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>. Acesso em: 04.09.2013.

05/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

OBSERVAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O Supremo Tribunal Federal **realmente** firmou essa orientação, **tendo em vista, no entanto, o que dispõe** o art. 609, parágrafo único, do CPP.

Segundo essa diretriz jurisprudencial, **unicamente** aplicável aos casos de condenações penais **impostas** por Tribunais de Justiça em sede de ação penal **originária**, não se revelam admissíveis os embargos infringentes, **quando** majoritária a condenação, **porque** essa particular modalidade recursal **somente** tem pertinência, **no âmbito** dos Tribunais de segundo grau, **se** o acórdão **não** unânime, desfavorável ao réu, for proferido no julgamento de apelação criminal (**RT** 571/295) **e não** no julgamento de ações penais originárias, **eis** que, *neste caso*, **sempre haverá possibilidade** de controle por instância jurisdicional superior, **quer** mediante recurso especial (ao STJ), **quer** mediante recurso extraordinário (ao STF), **quer, ainda**, mediante impetração de “*habeas corpus*” a essas duas Altas Cortes judiciais.

Esse, *portanto*, **é o sentido** que claramente resulta **de vários** precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 71.949/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 71.951/RJ, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – HC 72.465/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O Regimento Interno do Supremo não é aplicável nesses Tribunais!

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A base normativa *dos embargos infringentes* no Supremo Tribunal Federal **reside** no art. 333, inciso I, de seu Regimento Interno, **editado, quanto a essa matéria, com**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**fundamento** em competência normativa primária outorgada, *diretamente*, a esta Corte **pela própria** Carta Constitucional de 1969 (art. 119, parágrafo 3º, alínea “c”).

**Evidente**, *pois*, que o nosso Regimento Interno não se mostra aplicável, *nesse específico tema*, aos Tribunais de segundo grau.

**05/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas na fase do artigo 135 do Regimento Interno, peço a palavra para uma reflexão por todos.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) -** Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Aponto que se faz em jogo a preclusão consumativa e tendo a prover o recurso para assentá-la. Simultaneamente foram interpostos, pela mesma parte, embargos declaratórios e embargos infringentes.

Os declaratórios, Vossa Excelência ressaltou muito bem, visam o esclarecimento ou a integração da decisão proferida. A premissa básica é a de que a prestação jurisdicional não se aperfeiçoou e, portanto, não se pode atacá-la mediante recurso de revisão, como é o de embargos infringentes.

O Tribunal chegou até mesmo ao extremo, contra o meu voto, de inadmitir o recurso antes da publicação do ato formalizado. Creio que Vossa Excelência atuou a tempo. Tinha que enfrentar o recurso protocolado. Mas, a meu ver, com a devida vênia, não atuou a modo, porque haveria de apreciar antes a adequação no tocante ao fator tempo e, também, o obstáculo maior a esse recurso – foi interposto inicialmente, penso, apenas pela defesa de Delúbio –, que seria a preclusão consumativa. Este é um instituto de direito reconhecido em todas as instâncias, inclusive no Supremo.

Surge um problema seriíssimo: outros envolvidos no processo, que poderiam manusear esse recurso, deixaram de fazê-lo observando justamente a ordem natural das coisas, e mais, a ordem jurídica, a ordem instrumental. Costumo dizer que processo, legislação instrumental, é liberdade em sentido maior. É ter-se visão do que pode – segundo as

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

regras estabelecidas, não é a forma pela forma – ou não ocorrer.

Por isso – para não utilizar mais a palavra –, peço vênica para prover o agravo e assentar a preclusão consumativa a que me referi, ou seja, o princípio da unirrecorribilidade, até aqui apenas foi excepcionado e o foi pela Carta da República, no que criado o Superior Tribunal de Justiça, presentes o especial e o extraordinário, estando essa matéria na Câmara dos Deputados para ser apreciada e viabilizar-se o especial para o Superior Tribunal de Justiça, como se tem o especial para o Eleitoral, como se tem a revista para o Tribunal Superior do Trabalho, também por violência à Constituição Federal.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Respondo ao ministro Marco Aurélio, inicialmente. Ministro Marco Aurélio, o recurso foi formulado perante o Relator. E o Relator limitou-se a examinar a admissibilidade do recurso. Nada além disso; nada além da sua admissibilidade.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sob o ângulo dos pressupostos de recorribilidade, havia matéria que preferia ao exame da sobrevivência ou não do Regimento Interno, ou seja, a preclusão consumativa.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Fica superado se entendo que o recurso já...



05/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

### EXPLICAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, ainda que eventualmente os nobres Advogados tenham feito dois pedidos na mesma peça, eles o fizeram certamente tendo em conta o tradicional princípio da eventualidade, que inclusive está expresso com todas as letras no art. 289 do Código de Processo Civil, que é aplicado subsidiariamente, como se sabe, ao Código de Processo Penal. O dispositivo diz o seguinte:

*"Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior".*

Então, o que os Advogados fizeram? Temendo que os embargos declaratórios não fossem conhecidos, simultaneamente, eles interpuseram os infringentes.

E creio que, *data venia*, Ministro Marco Aurélio, essa preclusão lógica ou preclusão consumativa, para mim, em face desse princípio, que é um princípio universalmente reconhecido, qual seja, o princípio da eventualidade fica superado.

05/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, só um esclarecimento.

É que aqui foi muito bem destacado por mais de um votante que há uma aplicação subsidiária, do Código de Processo Civil, aos feitos que tramitam aqui na Corte por autorização de uma regra de supradireito do Código de Processo Penal.

Cada recurso interposto tem uma finalidade distinta, tanto que a lei permite que haja interposição, em face da parte unânime, de recurso extraordinário; e, quanto à parte não unânime, de embargos infringentes. É uma interposição de dois recursos, só que o outro será processado depois.

De sorte que os embargos de declaração foram para esclarecer alguns pontos de vista, e os embargos infringentes foram interpostos em relação àquela não unanimidade. Tanto assim o é que vários e vários embargantes não ofereceram embargos infringentes, ainda.

Então, como é um ato ...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vossa Excelência me permite um aparte?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Só um... Pois não.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Caso não permita, não falo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Como é um ato postulatório...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Se não permite, não

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

falo.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não, eu permito. Eu terminando, Vossa Excelência pode falar à vontade.

Como é um ato postulatório, Vossa Excelência tem o dever de apreciar. Vossa Excelência, como ato postulatório que é o recurso de embargos infringentes, tem o dever de apreciar. Se Vossa Excelência alegou e o Regimento Interno prevê o cabimento de um recurso contra essa denegação, no meu modo de ver, com relação a este recorrente, Vossa Excelência tem que dar resposta, e a Corte tem que se manifestar também.

Só uma ponderação que eu faço.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Imaginemos se eu não tivesse decidido; iríamos esperar, provavelmente, até dezembro ou janeiro do próximo ano, não é?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Estaria denegando justiça; a parte pediu, sim ou não.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Aguardar até o fim do julgamento dos declaratórios para decidir.

05/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**SUSPENSÃO DE JULGAMENTO**

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Presidente, tenho em mãos um memorial, que possivelmente terá chegado a Vossas Excelências também, do Advogado de Breno Fischberg, Doutor Antônio Sérgio de Moraes Pitombo, em que ele pede que seja dada, aos demais acusados, que em tese têm a possibilidade de interpor embargos infringentes, a oportunidade...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vossa Excelência se refere àqueles que acreditaram no Direito posto, o Instrumental.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Os que imaginam que seja cabível. E, portanto, basicamente eles não querem correr o risco de que a nossa decisão, neste caso, feche as portas para a possibilidade de eles, mais adiante, interponem os embargos infringentes; se decidirmos que não cabem, eles não poderão fazê-lo.

Como Vossa Excelência trouxe o processo em que os embargos foram interpostos e já decidiu, penso que - em rigor técnico - podemos julgar, seguir adiante e julgar.

Porém, gostaria de fazer uma proposta que talvez seja conciliatória e razoável para todos os advogados. São cinco horas. Hoje tem Eleitoral e iremos terminar às 17h30, conforme combinado. De modo que acho que seria gentil e proveitoso que déssemos aos Advogados interessados a possibilidade de apresentarem não embargos infringentes, porque não é o caso, mas memoriais, em que eles defendam o cabimento dos embargos infringentes, sob pena de eles ficarem vinculados para todo o sempre a uma decisão de cuja formulação eles não puderam participar do debate jurídico.

De modo que, eu creio que nem mesmo o meu voto eu conseguiria

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

terminar nos vinte minutos que faltam, eu, então, faria ao Tribunal essa sugestão. Acho que é uma deferência legítima aos Advogados: que eles, até quarta-feira, de preferência até terça, apresentem memoriais pelo cabimento - suponho que defenderão esse ponto de vista - dos embargos infringentes para que a gente possa considerar argumentos que, eventualmente, este embargante não tenha trazido.

É a sugestão que submeto à consideração do Plenário.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Bom, não me oponho, mas lembro o seguinte: a minha decisão foi proferida há cerca de três meses; todos tiveram prazos para trazer memoriais.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Em síntese, tivemos a apreciação de embargos infringentes pelo relator antes de o Colegiado enfrentar os declaratórios.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Bem, estão todos de acordo?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - De acordo.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - De acordo.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Está bem, está encerrada a sessão.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA**

AGTE.(S) : CRISTIANO DE MELLO PAZ

ADV.(A/S) : CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao agravo regimental, o julgamento foi suspenso. Plenário, 05.09.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procuradora-Geral da República, interina, Dra. Helenita Amélia Gonçalves Caiado de Acioli.

p/ Luiz Tomimatsu  
Assessor-Chefe do Plenário

11/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. JOAQUIM BARBOSA</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: CRISTIANO DE MELLO PAZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>

**OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** É importante destacar a relevância da outorga, pela Carta Política de 1969, que deferiu ao Supremo Tribunal Federal poder normativo primário, permitindo-lhe legislar, em sede *meramente regimental*, sobre normas de direito processual pertinentes às causas de sua competência originária e recursal.

Em razão *dessa competência normativa primária*, esta Corte pode ampliar, *legitimamente*, o prazo recursal dos embargos de declaração em matéria penal, vindo a estabelecer o lapso de 05 (cinco) dias para sua tempestiva oposição, embora o Código de Processo Penal preveja, tratando-se de embargos declaratórios, o prazo mais reduzido de 02 (dois) dias (art. 619).

11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

DEBATE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Roberto Barroso, esses trechos citados por Vossa Excelência não seriam meros **obiter dicta**?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu penso, Presidente, eu até refleti sobre isso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - São acórdãos da lavra deste Plenário? Esta é a pergunta.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu refleti sobre isso também e acho que a observação...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Mas Vossa Excelência tem como verificar. Consta da ementa de algum acórdão?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E a situação concreta que apreciamos não estava em jogo. Então, não houve decisão a respeito.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Exatamente. Eu refleti sobre essa questão, Presidente. E, verdadeiramente, as referências, no mais das vezes, foram feitas, sim, em **obiter dicta** ou na motivação da decisão, mas claramente, na construção do seu argumento, todos esses Ministros consideraram que o artigo 333 estava em vigor. Portanto, eu não estou afirmando que se formou coisa julgada, material que fosse, em relação à subsistência, o que eu estou afirmando é que todos esses Ministros que eu estou citando, e mais outros tantos que integram o



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Plenário, ao argumentarem sobre embargos infringentes, em outras situações, reconheceram, de maneira inequívoca, que eles continuavam vigentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência admite que não há precedente sobre a matéria?

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu admito que não há um dispositivo de acórdão específico sobre a matéria.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Então, não há precedente, Ministro. O que há são frases esparsas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Precedente pressupõe dispositivo, não fundamentação estranha ao que esteve em julgamento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Exatamente. O que há são frases esparsas encontráveis em votos. Precedente é exatamente isso que o Ministro Marco Aurélio acaba de dizer.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu entendo perfeitamente. O que eu estou afirmando é que o Ministro Cezar Peluso, aqui desta bancada, considerou que não estava revogado. E o Ministro Sepúlveda Pertence, aqui desta bancada, considerou que não estava revogado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que, no início do voto, Vossa Excelência veiculou que haveria inúmeros precedentes sobre a matéria, e não há.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Que o Ministro...  
Pois, não, Ministro Celso de Mello, antes de eu concluir.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Ainda que não haja precedente específico desta Corte em torno da subsistência dos embargos infringentes fundados no art. 333, nº I, do RISTF, o fato relevante reside na circunstância de que diversos e eminentes Juízes do Supremo Tribunal Federal, quer em decisões monocráticas, quer em julgamentos colegiados, têm reconhecido a inocorrência da extinção dessa modalidade recursal no contexto da prática jurisdicional da Corte.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Vossa Excelência, então, veja o voto do Ministro Pertence, em 1994:

Nessa linha de raciocínio, é significativo que a Lei nº 8.038, de 90, que cuidou das ações penais originárias de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça, não haja cogitado de transportar para o último a regra de admissibilidade dos embargos infringentes - e diz ele - que, por força do Regimento, aqui subsiste.

De modo que eu não tenho nenhuma dúvida do que acha o Ministro Sepúlveda Pertence.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Vale destacar que, no **julgamento** em que proferido esse voto mencionado por Vossa Excelência (HC 71.124/RJ), o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE **bem justificou**, ainda que em "*obiter dictum*", a razão justificadora da exigência mínima de 04 (quatro) votos vencidos.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – A inexigibilidade seria decorrência de não termos mais o julgamento secreto.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A exigência mínima de 04 (quatro) votos vencidos vincula-se ao fato de que esse número

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**traduz** clara atestação de que se reveste de plausibilidade jurídica a pretensão recursal **deduzida** pelo réu que haja sofrido condenação penal em julgamento majoritário proferido por esta Corte em sede originária.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Seriam cabíveis, de ponta a ponta, os embargos infringentes.

11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

### EXPLICAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Ministro Barroso, leio, especialmente para Vossa Excelência, o acórdão proferido por este Tribunal - este, sim, um precedente -, este acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.591, que é do conhecimento de todos. O que eu leio deste acórdão:

"Ação direta de inconstitucionalidade: irrecorribilidade da decisão definitiva declaratória da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas, por força do art. 26 da Lei nº 9.868/99, que implicou a abolição dos embargos infringentes previstos no art. 333. "

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Que revogou expressamente...

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Ou seja, casuísmo seria isso, a meu ver: para o efeito da ação direta, o artigo 333 do Regimento não mais subsiste, mas, para protelar um julgamento, levar um julgamento à eternidade, ele subsiste. Isso é uma grande contradição. Mas há mais, Ministro...

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Eu entendo o argumento de Vossa Excelência e respeito, porém, a Lei nº 9.868/99, que é a que cuida da ação direta de inconstitucionalidade, ela revogou expressamente, dizendo: não cabe nenhum recurso. Mas a Lei nº 8.038/90 não procedeu dessa forma. De modo que o argumento prova o contrário: onde revogou, fê-lo expressamente. Com todo o respeito.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**RELATOR)** - Eu entendo, Ministro, que é contraditório afirmar que os embargos infringentes ingressaram, no Direito brasileiro, pelas Ordenações Filipinas, Manuelinas, e, ao mesmo tempo, dizer que ele foi criado pelo Regimento Interno. Ou ele foi criado por lei ou ele é de extração regimental. Uma coisa ou outra.

O certo é que o Supremo Tribunal Federal perdeu a atribuição normativa que detinha no regime constitucional anterior à Constituição de 1988 - perdeu -, o Supremo não pode mais legislar sobre matéria regimental como fazia anteriormente.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Também aqui Vossa Excelência tem razão.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - E o Supremo já afirmou, em diversas ocasiões, que esse Regimento Interno foi recepcionado com força de lei. Ora, se ele foi recepcionado com força de lei, o argumento de Vossa Excelência de que esse artigo 333 permanece *on the books* - como dizem os americanos - , está lá no regimento e não foi revogado, esse argumento não prospera, porque o Supremo simplesmente, se a matéria tem **status** de lei ordinária, o Supremo não pode mais sobre ela dispor.

Portanto, é uma norma que está no Regimento, mas que não tem mais nenhuma validade.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Presidente, eu concordo com Vossa Excelência na conclusão, porém a premissa...

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Revogado inteiramente pela Lei ....

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Vossa Excelência me permite um aparte? A figura do revisor está no Regimento e não está contemplada na lei também. Então, a seguir esse raciocínio -

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

respeitável - às últimas consequências, nós teríamos que suprimir todas as intervenções do revisor também.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Sabemos que o Direito Brasileiro ...

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, eu tenho a impressão de que o ideal... Esse é o primeiro julgamento, não tem precedentes.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não tem nenhum precedente, é isso o que eu quero dizer. Não há nenhum precedente.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Muito bem, então é o primeiro julgamento sobre esse recurso em relação às ações penais. Cada integrante tem uma posição respeitável, seria importante nós colhermos ...

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Vamos colher, mas eu sou o Relator ...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Não estou criticando a sua intervenção, mas começam a surgir vozes colaterais.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não, no meu caso, não é colateral, porque eu estou simplesmente respondendo ao voto que foi calcado na minha decisão.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Ministro Luiz Fux e

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Presidente, permitam-me apenas apontar um aspecto. Falou-se muito em ausência de derrogação do Regimento Interno pela Lei nº 8.038/90. Mas sabemos que, no campo da derrogação, pode-se ter – e a disciplina é anterior à lei que cogitou da revogação expressa – a derrogação expressa ou implícita, esta decorrente da incompatibilidade normativa.

Há mais. Sabemos que existe um sistema que se mostra coerente, conjunto. Indago: julgando o Supremo, ante prerrogativa de foro, e verificados – já se cogitou de chegar até mesmo à admissibilidade plena dos embargos pela simples divergência – quatro votos vencidos, cabíveis são os embargos infringentes. Mas se um Tribunal que tem um "S", que não é equivalente a Supremo, e sim a Superior, julga no âmbito da competência originária – e há detentores da prerrogativa de serem julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, como os governadores –, essa decisão, ainda que verificados quatro votos a favor da defesa, não é impugnável mediante embargos infringentes. Há alguma coisa errada nessa colocação! Digo que só temos uma justificativa para essa previsão: a derrogação tácita do Regimento Interno pela Lei nº 8.038/90.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Senhor Presidente, eu não vou alongar a discussão e vou ser muito pontual, apenas porque Vossa Excelência fez uma consideração sobre um aspecto do meu voto - e ouvi - e gostaria de esclarecer.

Vossa Excelência afirmou - e eu disse que com razão - que o Supremo Tribunal Federal perdeu, com a Constituição de 1988, a atribuição normativa primária, o que é fato. Mas o Supremo já reconheceu, em mais de um precedente, que o Regimento Interno subsistiu com o **status** de lei ordinária - eu até acho que essa poderia ser uma discussão lateral muito interessante -, mas nunca houve dúvida de que o Regimento foi recepcionado como lei ordinária. Ele poderia sim ter sido revogado pela Lei nº 8.038, porque lei pode revogar um ato normativo com **status** de lei, mas o Regimento não perdeu o seu **status** de lei quando sobreveio a Constituição de 88, porque não existe inconstitucionalidade formal superveniente; portanto, esse **status** ele não

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

perdeu. O ponto que o Ministro Marco Aurélio suscitou, este é o ponto de debate: saber se houve revogação de sistema, e eu me manifestei no sentido diverso e respeito a posição dele, mas o **status** do Regimento não está em questão.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** O Supremo Tribunal Federal, a **partir** da promulgação da vigente Constituição, **perdeu** a competência normativa primária de que se achava *até então* investido, **não** mais podendo alterar ou suprimir a regra inscrita no art. 333 de seu Regimento Interno, por tratar-se de matéria posta, *agora*, sob a égide do princípio constitucional da reserva de lei formal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Todos estamos de acordo sobre a inexistência de inconstitucionalidade formal superveniente. Isso não está em discussão.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** A **questão** ora em debate **consiste em definir se** a regra inscrita **no inciso I** do art. 333 do RISTF **ainda** subsiste **ou, *então*, se** sofreu derrogação implícita (ou tácita) **em razão** do advento da Lei nº 8.038/90.

**Essa, “in nuce”, é a questão jurídica** a ser resolvida no presente momento.



11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

### ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, egrégio Tribunal Pleno, senhores advogados presentes, ilustre representante do Ministério Público.

Tencionava eu, de início, fazer talvez um resumo do voto, mas, tendo em vista a envergadura intelectual do que aqui, até então, se esclareceu e se votou, sinto-me no dever de, na qualidade de membro integrante que participou de cinquenta sessões desse julgamento, me colocar à altura daquilo que foi expendido aqui e que precisa, de alguma sorte, encontrar um debate típico de um colegiado que soma as suas manifestações divergentes.

Anotei algumas questões rápidas aqui, antes da leitura do voto, e gostaria de deixá-las esclarecidas, desde já. E aqui foi citado uma vez, depois foi citado novamente, que haveria um certo casuísmo nessa decisão. Na qualidade de integrante da Corte, gostaria de esclarecer que a importância dessa decisão está exatamente na medida em que os gabinetes têm uma média de quarenta ações penais. São quatrocentas ações penais originárias, e que, evidentemente, se submeterão a um novel regime que será estabelecido pelo Plenário. Daí a razão da importância do precedente - que ele não tem, evidentemente, nenhum propósito de casuísmo como aqui nunca se teve.

Em segundo lugar - como aqui foi citado inúmeras vezes também pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira, eu tive a honra e o prazer de trabalhar com ele, de ser seu amigo, como sou até hoje -, o Professor Barbosa Moreira dizia o seguinte: uma lei especial processual, ela só vai regular aquilo que é especial; de resto, ela sugere que se aplique subsidiariamente a lei geral. No caso específico, nós temos ou o Código de Processo Civil ou o Código de Processo Penal. Não teria sentido a lei, aqui, repisar citação, nulidade, litisconsórcio, que já está previsto no

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Código de Processo Penal. Então, a aplicação, aqui, subsidiária, é a do Código Processo Penal e a do Código de Processo Civil. E exatamente por isso é que essa lei não precisaria regular agravo de instrumento, apelação, embargos de declaração - claro que são cabíveis, estão previstos nessa lei, estão previstos no ordenamento processual como um todo. Então, gostaria já de expungir esses argumentos, porque efetivamente isso não constava do teor do meu voto.

Precisamente em relação à Lei nº 8.038, também gostaria de deixar fixada uma tese para reflexão dos que ainda irão proferir o seu voto: quando a Lei nº 8.038 delega, para o Regimento Interno, alguns aspectos, esses aspectos efetivamente são aspectos procedimentais, porque a lei não poderia, depois de 1988, delegar, para um regimento interno, o estabelecimento de normas processuais que são privativas da União Federal, e o Tribunal não teria competência legislativa para isso.

Feitas essas observações, Senhor Presidente, num primeiro momento, porque também houve essa citação num dos belos votos que antecederam a esse que irei proferir, afirmou-se algo sobre a vida dos embargos infringentes. É muito importante, independentemente das fontes históricas que aqui foram mencionadas, que, tanto na origem do Código de 1832, quanto no de 41, não constavam os embargos infringentes. Os embargos infringentes constavam, lá atrás, das Ordenações Filipinas, e eles foram reintroduzidos por uma modificação de 1952. E por que eu cito esse aspecto? Porque há aí uma afinidade entre o Processo Penal e o Processo Civil. É que, no Projeto Buzaid, também não havia a previsão de embargos infringentes.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Apenas havia a previsão para as causas de alçada exclusiva, talvez mesmo em homenagem ao duplo crivo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É. Mas é como hoje: há na execução fiscal. Mas não esse, com essa feição recursal. Porque não se entendia como é que se poderia tentar reverter um julgamento com base

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

num voto vencido, tendo em vista o índice de julgamentos unânimes em confronto com julgamentos por maioria.

Então, realmente, a figura dos embargos infringentes não é uma figura tradicional, não é uma figura prestigiada pelos ordenamentos, tanto assim que o Ministro Barroso, estudioso, fez aqui menção apenas a um regime jurídico europeu que contemplava esse recurso de embargos infringentes.

11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, Senhores Ministros,

Coloca-se, como questão que deve ser solucionada pela Corte, a problemática relativa ao cabimento do recurso denominado embargos infringentes.

**1. Histórico dos Embargos Infringentes no Brasil**

É de sabença histórica que os embargos infringentes não eram previstos no Código de Processo Criminal de 1832, nas leis posteriores e tampouco no Código de Processo Penal de 1941, até hoje em vigor. Apenas com o advento da Lei nº 1.720-B de 1952 é que o referido meio de impugnação foi inserido no Código Processual Criminal pátrio, ressuscitando o regime das Ordenações Filipinas. Incluiu-se, a partir de então, o parágrafo único do art. 609 do CPP, que dispõe: *“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. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Regimento Interno, editado em 1980, repetindo regimentos anteriores, albergou a figura dos embargos infringentes, que seriam cabíveis nas seguintes hipóteses:

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;

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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.

(Parágrafo único atualizado com a introdução da Emenda Regimental 2/1985).

Ocorre que o referido Regimento, posto que recepcionado pela Constituição de 1988 como lei ordinária, restou suplantado por legislações posteriores que versaram sobre os mesmos procedimentos nele tratados. Assim, especificamente quanto aos embargos infringentes, já decidiu esta Corte inúmeras vezes.

**2. Afastamento das hipóteses de cabimento dos Embargos Infringentes pela jurisprudência do STF**

Já sob a égide da nova Carta Magna, o Congresso Nacional tratou de regular os processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, por meio da Lei nº 8.038/90. Fê-lo no intuito de esgotar a disciplina de diversas classes processuais apreciadas por tais Cortes, como a ação penal originária, a reclamação, a intervenção federal, dentre outros.

À luz dos postulados que regem as hipóteses de sucessão de normas no tempo, as novas leis que versam exaustivamente sobre o processo e julgamento no âmbito do Supremo Tribunal Federal devem prevalecer sobre o regramento pretérito, procedendo à sua derrogação. Tal conclusão, conforme afirmado, é corroborada pela jurisprudência desta Corte, que sistematicamente vem negando vigência ao quanto disposto no art. 333 do Regimento Interno.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Isso ocorreu, *v. g.*, quanto à ação rescisória – cujo julgamento, nos termos do art. 333, III, do Regimento Interno, seria suscetível de embargos infringentes. A Lei nº 8.038/90 determinou, no seu art. 24, a aplicação da “*legislação processual em vigor*” para o procedimento da ação rescisória proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Diante da normativa póster, **este Pretório Excelso decidiu não ser mais aplicável o Regimento Interno no que tange aos embargos infringentes em ação rescisória**, mas sim o Código de Processo Civil, como se extrai dos seguintes precedentes, *verbis*:

EMBARGOS INFRINGENTES - REGÊNCIA. Dá-se considerado o Código de Processo Civil no que veio a suplantar o Regimento Interno do Supremo.

(AR 1472 EI-AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2010, DJe-159 DIVULG 26-08-2010 PUBLIC 27-08-2010 EMENT VOL-02412-01 PP-00006)

EMENTA: - Ação Rescisória. 2. Embargos infringentes. 3. Regimento Interno do STF, art. 333 e § único. 4. Lei nº 8038/1990, art. 24. 5. Código de Processo Civil, art. 530. 6. **Desde o advento da Lei nº 8038/1990, art. 24, não cabe exigir o número mínimo de quatro votos dissidentes, previsto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, para a admissão de embargos infringentes, contra acórdão do Plenário do STF, em ação rescisória. Bastante se faz não seja o aresto unânime.** 7. **Questão de Ordem que se resolve no sentido de não ser mais aplicável às ações rescisórias o disposto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, mas, sim, o art. 530 do Código de Processo Civil.**

(AR 1178 EI-QO, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/1996, DJ 15-05-1998 PP-00056 EMENT VOL-01910-01 PP-00013)

O Plenário deste Supremo Tribunal foi ainda mais além, decidindo

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

pela **inadmissibilidade dos embargos infringentes contra decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade**. Apesar de previsto esse recurso no **art. 333, IV, do RISTF**, considerou-se que o dispositivo **foi tacitamente revogado pelo art. 26 da Lei nº 9.868/99**, diploma este que versou por completo sobre o processo e julgamento da ADI. Eis o teor da ementa do julgado:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: irrecurribilidade da decisão definitiva declaratória da inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas, por força do **art. 26 da L. 9868/99**, que **implicou abolição dos embargos infringentes previstos no art. 333, IV, RISTF**: inaplicabilidade, porém, da lei nova que abole recurso aos casos em que o acórdão, então recorrível, seja proferido em data anterior ao do início da sua vigência: análise e aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. II. "Unificação, pela Lei Complementar nº 10.933-97, do Rio Grande do Sul, em nova carreira de Agente Fiscal do Tesouro, das duas, preexistentes, de Auditor de Finanças Públicas e de Fiscal de Tributos Estaduais. Assertiva de preterição da exigência de concurso público rejeitada em face da afinidade de atribuições das categorias em questão, consolidada por legislação anterior à Constituição de 1988" (ADIn 1591, 19.09.88, Gallotti): reafirmação, por maioria, do acórdão embargado.

(ADI 1591 EI, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 27/11/2002, DJ 12-09-2003 PP-00029 EMENT VOL-02123-01 PP-00054)

A mesma conclusão se estende às hipóteses em que esta Corte julga improcedente a revisão criminal. O art. 24 da Lei nº 8.038/90, tal como dispôs quanto às ações rescisórias, determinou a aplicação da "legislação processual em vigor" às revisões criminais julgadas pelo Supremo Tribunal Federal. Esta Corte, como já demonstrado, tem jurisprudência consolidada no sentido de que o aludido dispositivo da Lei nº 8.038/90 suplantou o regime do art. 333 do Regimento Interno em favor da

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

incidência das normas insertas nas leis processuais. Sendo assim, prevalece o regime instituído no Código de Processo Penal. Ocorre que também é entendimento pacífico deste Tribunal que os **embargos infringentes previstos no art. 609, parágrafo único, do CPP são cabíveis apenas no julgamento de apelação e recurso em sentido estrito**. Assim decidiu este Colendo Tribunal, *v. g.*, no seguinte julgado:

CONDENAÇÃO PROFERIDA POR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM AÇÃO PENAL ORIGINARIA - ACÓRDÃO NÃO-UNÂNIME - DESCABIMENTO DE EMBARGOS INFRINGENTES (CPP, ART. 609, PARAGRAFO ÚNICO). - A norma inscrita no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal não se aplica as hipóteses de condenação criminal, ainda que não-unânime, resultante de **ação penal originaria ajuizada perante os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados** (Lei n. 8.658/93), eis que os **embargos infringentes somente são oponíveis a acórdão proferido em sede de apelação ou de recurso em sentido estrito**. (...)

(HC 72465, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995)

Se o Código de Processo Penal **não admite a interposição dos embargos infringentes no bojo de revisão criminal**, referido recurso será igualmente inadmissível nas revisões apreciadas pela Suprema Corte. O art. 333, II, do Regimento Interno, que previa o cabimento de embargos infringentes contra a decisão de improcedência em revisão criminal, consequentemente também não mais subsiste.

O aresto mencionado alberga, ainda, uma segunda tese jurídica, que se ajusta, por força da máxima de hermenêutica *ubi eadem ratio ibi eadem dispositio*, à problemática que interessa ao presente caso, qual seja, a admissibilidade dos embargos infringentes nas ações penais originárias. Naquele julgado da Primeira Turma, registrou-se, com muita propriedade, a incidência da Lei nº 8.658/93, que determina a aplicação



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

dos dispositivos da Lei nº 8.038/90 regulamentadores das ações penais de competência originária do STF e do STJ também aos julgamentos dessas ações no âmbito dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais Regionais Federais. Como a Lei nº 8.038/90 esgota o rito das ações penais originárias sem tipificar o cabimento dos embargos infringentes, conclui-se ser vedado o conhecimento desse recurso. Essa conclusão não se restringe aos Tribunais inferiores, senão que se estende aos processos da competência do Supremo Tribunal Federal, inclusive o caso *sub judice*.

Portanto, na linha dos precedentes deste Pretório Excelso, é de se entender que o advento da Lei nº 8.038/90 revogou também o art. 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, excluindo o cabimento dos embargos infringentes em face da decisão que julgar procedente a ação penal.

**3. O duplo grau de jurisdição***3.1. Fundamentos do duplo grau de jurisdição*

Não procede o argumento de que a admissibilidade dos embargos infringentes no Pretório Excelso seria indispensável ao cumprimento do art. 8º, 2, 'h', da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que assim dispõe: “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior*”.

O duplo grau de jurisdição, como mecanismo de otimização do resultado da prestação jurisdicional, tem algumas razões justificadoras, sem as quais o postulado transformar-se-ia em mero apego à tradição. A doutrina trata de enumerá-las. Afirma-se que o juiz de primeiro grau

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

tende a ser mais cuidadoso ao proferir suas decisões sabendo que elas passarão pelo crivo de seus superiores. Considera-se, também, que ninguém é bom juiz de si mesmo, motivo pelo qual é prudente atribuir a um outro órgão jurisdicional, não enviesado pela prévia formulação de uma opinião juris sobre a causa, a tarefa de apreciar as impugnações à primeira decisão. Esse outro órgão, superior, seria composto por magistrados mais experientes e instruídos, com maior capacidade, portanto, para identificar equívocos cometidos na instância inferior (PERROT, Roger. *Le principe du double degré de juridiction et son evolution en droit judiciaire privé français*. In: *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: A. Giuffrè, 1979. V. 3. p. 1.971).

Dentre os fundamentos para o duplo grau de jurisdição, conforme arraigado entre os juristas desde tempos remotos, também figura a possibilidade de que a decisão final seja submetida a um número maior de juízes, **diversos daqueles que apreciaram a causa em primeiro lugar** (BOWYER, Sir George. *Commentaries on Universal Public Law*. London: V. & R. Stevens & G. S. Norton, 1854. p. 239). Não por outro motivo, o art. 252, III, do Código de Processo Penal proíbe o magistrado de exercer a jurisdição quando tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

Nenhum desses fundamentos, como se percebe, tem aplicação no que toca à competência originária do Supremo Tribunal Federal. Na hipótese *sub judice*, pretende-se que o mesmo Plenário se debruce sobre as mesmas provas e decida novamente sobre o mesmo caso. Tratar-se-ia, isso sim, de uma revisão criminal dissimulada que, enquanto pendente de julgamento, obsta a produção de efeitos da decisão original, fazendo cair em descrédito a própria justiça criminal, de cuja efetividade depende o Estado de Direito.

Não se pode desprezar, como alertava o jurisconsulto romano Ulpiano, que muito frequentemente a decisão que reforma é pior que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

aquela reformada (“*Nonnumquam bene latas sententias in pejus reformant*” – cf. Digesto, XLIX, “*De appellationibus et relationibus*”). Por isso, não se pode alçar o duplo grau de jurisdição a um patamar que não lhe é ínsito, nem alargar o seu conteúdo para abranger a presente situação, de todo desconforme com os seus pressupostos básicos.

Os perigos da sobrevaloração do duplo grau de jurisdição foram ressaltados por Piero Ziccardi, ex-professor da Universidade de Milão, para quem a adoção dessa característica é uma escolha política do legislador para cada sistema processual. O jurista italiano ressaltava, ainda, a necessidade de uma reforma do processo penal, urgente e essencial, para combater as graves e dramáticas consequências do duplo grau de jurisdição, mormente a não executoriedade da sentença de primeiro grau. De acordo com as suas lições, o duplo grau de jurisdição é um mito judiciário que não tem nenhuma justificação racional e é intrinsecamente contraditório, pois desvaloriza o processo de primeiro grau e não é eficaz na redução de erros judiciários (ZACCARDI, Piero. *Doppio grado o doppia fase del giudizio di merito? Una scelta politica. In: Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*. Milano: A. Giuffrè, 1979. V. 3. p. 2.041-2.043).

Ainda que não se entenda pela absoluta falta de utilidade do duplo grau de jurisdição, há que se constatar que um de seus efeitos deletérios para o Judiciário é o descrédito gerado pela eventual reforma da decisão recorrida, demonstrando a fragilidade da prestação jurisdicional, que revelou não ser digna de confiança, assemelhando-se mais a um mero ensaio. Mesmo que mantida a decisão impugnada, o descrédito advém da falta de serventia da segunda análise, cuja consequência terá sido apenas a de protelar o resultado final.

Levada ao extremo, a argumentação do embargante quanto ao cabimento dos embargos infringentes nos conduziria a uma conclusão completamente absurda. Isso porque o Plenário do Supremo Tribunal

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Federal, em nenhuma hipótese de sua competência (originária ou não), aprecia uma mesma causa mais de uma vez, numa espécie inusitada de “rejulgamento” da matéria, como se sua “primeira” manifestação tivesse sido apenas um ensaio para um pretense e ulterior veredito definitivo. E assim o é justamente em razão da *suficiência* de um único pronunciamento do Plenário da Corte para pacificar controvérsias e sanar eventuais incorreções.

A prevalecer a tese de que o STF, em nome de uma suposta garantia do duplo grau de jurisdição, deveria reapreciar os casos já aqui decididos, toda e qualquer questão que chegasse ao Tribunal deveria, *a fortiori*, também ser analisada mais de uma vez pelo próprio Plenário do STF, porquanto a existência de julgamento pelas instâncias inferiores em nada minimiza a possibilidade de o próprio plenário do STF errar originariamente. Em outras palavras, a possibilidade de a Corte equivocar-se em um julgamento originário não é diferente daquela que existe nos julgamentos de recursos oriundos dos juízos de menor hierarquia. A rigor, pode-se até cogitar de que as chances de equívoco são menores em casos julgados originariamente pelo Tribunal, uma vez que (i) inexistem decisões anteriores que possam “contaminar” a percepção da lide pelos Ministros, o que viabiliza a análise da matéria sem qualquer viés particular em proveito de uma ou outra parte; (ii) a instrução do feito ocorre direta e imediatamente perante o Tribunal, aproximando-o, em grau incomparável, da verdade material.

Destarte, se decisões originárias do plenário Corte desafiam revisão pelo mesmo órgão colegiado, decisões proferidas em competência recursal também deveriam receber o mesmo tratamento, vez que igualmente sujeitas à possibilidade (talvez até com maior intensidade) de erro pelo Tribunal. Esse raciocínio, porém, inviabilizaria o funcionamento do Tribunal, duplicando os trabalhos (já volumosos), além de alimentar uma generalizada desconfiança quanto à consistência das decisões da Corte.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Estabelecidas essas premissas, é de se indagar se o duplo grau de jurisdição pode ser invocado como garantia processual nos casos em que o julgamento é promovido no foro competente *ratione muneris*.

*3.2. O foro por prerrogativa de função e a sua relação com o duplo grau de jurisdição no Direito Comparado*

**3.2.1. Visão geral**

O foro por prerrogativa de função não é uma exclusividade do ordenamento brasileiro. Herdamos essa característica das Constituições de Portugal de 1822 e da Espanha de 1812, e não são poucos os ordenamentos que até hoje estabelecem o julgamento de autoridades perante órgãos superiores do Judiciário.

Preveem foro especial por prerrogativa de função, mais ou menos abrangentes, as Constituições dos seguintes países, que cito exemplificativamente: Portugal (art. 130.º), Espanha (art. 102), França (arts. 68 e 68-1), Itália (art. 134), Bélgica (arts. 103 e 125), Suíça (art. 32, 3), Venezuela (art. 200), Perú (arts. 99 e 100), Colômbia (arts. 174, 175, 186 e 199) *etc.*

**3.2.2. A jurisprudência na Espanha**

Na Espanha, a norma da Constituição que institui a competência originária do Tribunal Supremo para o julgamento criminal do Presidente e demais membros do Governo (art. 102, 1) é complementada pela Lei Orgânica do Poder Judiciário (Lei n. 6, de 1º de julho de 1985), que não apenas estende o foro especial perante o Tribunal Supremo para diversas outras autoridades (art. 57, 2º), mas também atribui aos Tribunais Superiores de Justiça competência criminal originária em determinadas hipóteses.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Na Sentença n. 51 de 1985, o Tribunal Constitucional espanhol julgou o caso em que um indivíduo condenado pelo Tribunal Supremo em único grau de jurisdição pleiteava o reconhecimento do seu direito a uma dupla instância de julgamento, invocando o art. 24 da Constituição da Espanha, que garante um processo “com todas as garantias”, bem como o art. 14, 5, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (“*Toda pessoa declarada culpada por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória e da pena a uma instância, em conformidade com a lei*”). O Tribunal rechaçou a aplicabilidade do Pacto, tendo em vista que o seu art. 14, item 5, não seria capaz de criar recursos inexistentes no plano interno. Demais disso, declarou-se que a própria Constituição prevê, em favor de determinadas pessoas, por força de seus cargos, uma especial proteção, que contrabalanceia a impossibilidade de acudir a uma instância superior, qual seja, o julgamento pelo órgão jurisdicional máximo. Assim, não haveria lesão às garantias processuais do réu, visto que o duplo grau de jurisdição seria compensado pela submissão da causa ao órgão mais qualificado do Judiciário.

Adotando idêntica orientação, a Sentença n. 66 de 2001 do Tribunal Constitucional espanhol assentou que o próprio constituinte efetuou uma ponderação entre o direito ao duplo grau de jurisdição dos Deputados e Senadores e as necessidades de proteção tanto da independência do Legislativo como do exercício da jurisdição. Portanto, à luz do princípio da proporcionalidade, a restrição ao direito de recorrer responde a um fim constitucionalmente legítimo, sendo medida adequada e necessária ao alcance desse objetivo.

**3.2.3. A jurisprudência na Colômbia**

No caso da Colômbia, a Constituição de 1991 confere à Corte Suprema de Justiça a incumbência de julgar os delitos cometidos pelo Presidente da República, por congressistas e por outras autoridades (arts.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

174, 175, 186 e 199). A mesma Carta também prevê que o réu, no processo penal, tem o direito de impugnar a sentença condenatória (art. 29). Essa garantia, contudo, não é incompatível com a existência de foro especial. A Corte Constitucional colombiana, na Sentença C-142 de 1993, entendeu que tal direito comporta exceções, mormente porque o art. 234 da Carta Magna colombiana define a Corte Suprema de Justiça como o Tribunal máximo da jurisdição não-administrativa (*“La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinária (...)”*). Seguindo essa linha, consignou-se na Sentença C-650 de 2001 que a garantia do duplo grau de jurisdição não é forçosa e obrigatória, sendo admitidas exceções sempre que respeitadas as garantias do devido processo e do direito de defesa.

O mesmo entendimento foi esposado na Sentença C-934 de 2006, na qual a Corte Constitucional da Colômbia afirmou que um processo de única instância não viola o devido processo e o duplo grau de jurisdição quando, apesar da eliminação da possibilidade de impugnar a sentença adversa, seja oportunizado o direito de defesa. É digna de menção, ainda, a Sentença C-545 de 2008, na qual a aludida Corte explicitou que o foro especial gera em favor do seu detentor dois benefícios: traduz economia processual e evita que o réu se submeta a possíveis erros cometidos pelos juízes ou Tribunais inferiores, aos quais se soma a possibilidade de promover posteriormente a revisão criminal.

**3.2.4. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos**

No plano comunitário europeu, deve ser conferido destaque ao Protocolo n.º 7 à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, cujo artigo 2º, após prever o direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal, estabelece que esse direito pode ser objeto de exceções, dentre outros casos, *“quando o interessado tenha sido julgado em primeira instância pela mais alta jurisdição”*. A Corte Europeia de Direitos Humanos tem sólida jurisprudência no sentido de que os Estados-partes dispõem de um vasto poder de apreciação para

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

decidir sobre o exercício do direito à dupla instância, ressaltando apenas que as limitações devem ser proporcionais e atender a fins legítimos (por todos, v. caso Didier contra França, decisão de 27 de agosto de 2002).

**3.2.5. O caso Barreto Leiva contra Venezuela – não aplicabilidade**

Nem se pode invocar, como precedente favorável ao agravante, o caso “Barreto Leiva contra Venezuela”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante a Sentença de 17 de novembro de 2009. Frise-se, de plano, que no referido caso a Corte Interamericana reconheceu diversas violações do Pacto de San José que não se verificam no caso *sub judice*, como a inobservância dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, ‘b’), à concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa (art. 8º, 2, ‘c’), à possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (art. 8º, 2, ‘d’), dentre outros. A respeito do foro por prerrogativa de função, a mencionada Corte internacional ressaltou que a sua finalidade, de proteger a integridade da função estatal, é compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como que o julgamento de outras pessoas por conexão evita a prolação de decisões contraditórias e homenageia a economia processual, o que também está de acordo com a Convenção (§ 74[1][1]). Destacou-se, em seguida, que o julgamento em foro por prerrogativa de função pode garantir ao acusado o direito de recurso quando estabelecido que o primeiro grau de jurisdição ficará a cargo de um órgão fracionário, enquanto que o conhecimento da impugnação corresponderia ao Plenário, “**com exclusão daqueles que já se pronunciaram sobre o caso**” (§ 90[2][2]).

Nota-se, com isso, que sequer os embargos infringentes seriam suficientes para consagrar o direito alegado pelo agravante, tendo em vista que a irresignação seria julgada pelo mesmo Plenário deste Supremo Tribunal Federal e sem exclusão daqueles Ministros que já se pronunciaram sobre o caso. Reconhecer um direito recursal, nessa



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

extensão, aos réus submetidos originalmente à jurisdição desta Corte equivaleria, em última análise, a decretar a nulidade dos arts. 5º, I e II, do Regimento Interno, que conferem ao Plenário a competência para o julgamento das ações penais originárias. O absurdo dessa conclusão demonstra, só por si, que a tese não merece acolhida.

Ademais, caso assim se entendesse, seria necessário reformular por completo o sistema recursal brasileiro. A Lei nº 8.038/90, ao não prever o cabimento dos embargos infringentes nas ações penais originárias, definiu o procedimento que deve ser observado não apenas no Supremo Tribunal Federal, mas também perante o Superior Tribunal de Justiça. O Regimento Interno desta última Corte, por sua vez, não dispõe serem cabíveis embargos infringentes em ações penais julgadas originariamente. Sabe-se que, em caso de condenação decretada pelo STJ no julgamento de réu com foro por prerrogativa de função, seria admissível a interposição de Recurso Extraordinário apenas para a discussão de matéria constitucional. Em todos os demais casos, restaria a sentença condenatória como a decisão final do processo. Não parece ser correto dizer que o tão só cabimento do Recurso Extraordinário nas ações penais decididas pelo Superior Tribunal de Justiça atenderia à garantia do duplo grau de jurisdição, enquanto que, no Supremo Tribunal Federal, a mesma garantia dependeria da admissibilidade dos embargos infringentes para não ver-se violada.

*3.3. O duplo grau de jurisdição na jurisprudência do STF*

Estabelecido que o foro por prerrogativa de função é considerado uma legítima exceção ao duplo grau de jurisdição por diversas Cortes nacionais e internacionais no plano comparado, resta saber qual a extensão conferida no Brasil ao duplo grau de jurisdição.

A nossa Carta Magna, que alberga um extenso catálogo de garantias fundamentais, não alude, em nenhum de seus muitos dispositivos, a um

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

direito ao duplo grau de jurisdição. A leitura do texto constitucional nos revela, isso sim, uma permissão para que sejam decididas causas em única instância, nos termos do art. 102, III, e do art. 105, III, que tratam, respectivamente, do cabimento dos recursos extraordinário e especial.

Aqueles que defendem o *status* constitucional da garantia do duplo grau de jurisdição costumam argumentar que a Constituição, ao dispor sobre a existência de diversos Tribunais, implicitamente exigiria que as decisões jurisdicionais fossem submetidas à revisão por órgão superior. O argumento não convence, como alerta Nelson Nery Jr., pois a previsão da existência de recursos não significa garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição (Princípios do Processo na Constituição Federal. 9ª ed. São Paulo: RT, 2009. p. 280).

Ainda que assim não fosse, ao adotar-se o referido argumento, seria necessário concluir, por imperativo lógico, que a mera atribuição de competências originárias pela Carta Magna ao Supremo Tribunal Federal, órgão acima do qual inexistia qualquer outro na hierarquia do Judiciário, é um demonstrativo de que, quanto às decisões desta Corte, não há que se cogitar de um direito fundamental à previsão de recursos. Como demonstrado, essa é a orientação que prevalece no Direito Comparado, inclusive quando há expressa previsão constitucional do direito ao duplo grau de jurisdição.

Neste sentido, o Plenário desta Corte já teve a oportunidade de rejeitar o caráter constitucional do duplo grau de jurisdição, afastando a sua aplicação nos processos da competência originária dos Tribunais Superiores, nos moldes dos argumentos aqui elencados, para assentar que, *verbis*:

**EMENTA: I. Duplo grau de jurisdição no Direito brasileiro, à luz da Constituição e da Convenção Americana de Direitos Humanos. 1. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. 2. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. 3. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, h, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". 4. Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. II. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas. 1. Quando a questão - no estágio ainda primitivo de centralização e efetividade da ordem jurídica internacional - é de ser resolvida sob a perspectiva do juiz nacional - que, órgão do Estado, deriva da Constituição sua própria autoridade jurisdicional - não pode ele buscar, senão nessa Constituição mesma, o critério da solução de eventuais antinomias entre normas internas e normas internacionais; o que é bastante a firmar a supremacia sobre as últimas da Constituição, ainda quando esta eventualmente atribua aos tratados a prevalência no conflito: mesmo nessa hipótese, a primazia derivará da Constituição e não de uma apriorística força intrínseca da convenção internacional. 2. Assim como não o afirma em

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e a promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição e menos exigente que o das emendas a ela e aquele que, em consequência, explicitamente admite o controle da constitucionalidade dos tratados (CF, art. 102, III, b). 3. Alinhar-se ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não implica assumir compromisso de logo com o entendimento - majoritário em recente decisão do STF (ADInMC 1.480) - que, mesmo em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais, preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis ordinárias. 4. **Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força abrogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.** III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

(RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-01010)

Observa-se, assim, que este Egrégio Plenário já declarou que o duplo grau de jurisdição: (i) não tem caráter constitucional, decorrendo do art. 8º, 2, 'h', da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José); (ii) não tem aplicação aos processos de competência originária dos Tribunais, à falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, a viabilizar a sua aplicação. Essas conclusões estão em estreita consonância com aquelas a que chegaram outras Cortes Supremas do Direito alienígena, referidas anteriormente.

**4. A revogação do Regimento Interno e a inaplicabilidade da vedação do retrocesso**

Outra argumentação aventada, deveras extravagante, é a de que, admitida a potencialidade da Lei n.º 8.038/90 para proceder à revogação do art. 333, I, do Regimento Interno do STF, a extinção dos embargos infringentes seria obstada pelo princípio da vedação do retrocesso. Noutras palavras, não seria admitida a restrição das possibilidades recursais do acusado, visto que se configuraria retrocesso na implementação do seu direito à ampla defesa e ao devido processo legal.

Uma consequência dessa ilação, causadora de perplexidade, é a de que a proibição do retrocesso também restou violada pela extinção do

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

protesto por novo júri, modalidade recursal cabível nos procedimentos de crimes dolosos contra a vida até o advento da Lei n.º 11.689/2008. Afinal, cuida-se igualmente de diminuição das hipóteses recursais do réu, o que se revela ainda mais delicado no Tribunal do Júri, onde é o corpo de jurados, composto por cidadãos leigos, que decide sobre a condenação. Todavia, creio que ninguém chegará ao extremo de defender a persistência do protesto por novo júri no processo penal pátrio.

A extinção de modalidades recursais, ainda que em desfavor do réu, não significa retrocesso. De acordo com a melhor doutrina, o princípio da vedação do retrocesso tem por pressuposto a implementação, por lei, de direitos sociais previstos na Constituição, bem como que, em razão disso, radique na consciência jurídica geral que a concretização daquele direito deve ser entendida como uma complementação ou desenvolvimento da norma constitucional. O *status* alcançado pela concretização promovida pela lei, a impedir que o legislador a elimine, decorre do consenso básico em torno da sua imprescindibilidade para a eficácia do direito garantido pela Constituição, ampliando o seu núcleo fundamental por meio de legítima mutação constitucional (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 411-413).

Idêntica é a conclusão de Vieira de Andrade, para quem existe a possibilidade de que algumas normas, conquanto positivadas em lei, possam prevalecer sobre outras de igual hierarquia, quando o seu conteúdo possa ou deva ser considerado materialmente constitucional, hipótese essa excepcional e decorrente do consenso profundo sobre a concretização de um direito social, para além da “aceitação mais ou menos aparente e superficial da opinião política dominante”, que só se alcança com o tempo e que não se estende a “pormenores de regulamentação” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2.ª ed. Coimbra:

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Almedina, 2001. p. 391-393). Essa também a orientação da doutrina nacional (DERBLI, Felipe. O princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

Tomo de empréstimo a expressão do jurista português para afirmar que os embargos infringentes, como espécie recursal, são “pormenores de regulamentação”, não havendo direito fundamental à sua manutenção no ordenamento jurídico, tal como não se haveria de sustentar o caráter constitucional do protesto por novo júri. Nenhum desses recursos compõe o núcleo essencial do devido processo legal, tampouco goza de consenso na comunidade jurídica a aptidão dos embargos infringentes para ampliar o conteúdo da referida garantia.

A supressão dos embargos infringentes também não configura retrocesso na consagração do duplo grau de jurisdição – cujo caráter infraconstitucional, ademais, já foi afirmado por esta Corte. A Lei n.º 8.038/90 excluiu a possibilidade de interposição de determinados recursos com o propósito de racionalizar o processo nos Tribunais Superiores e assegurar a sua duração razoável, garantindo, inequivocamente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa no julgamento da ação penal. Pode-se dizer, portanto, que a nova legislação trouxe mudança necessária e adequada para o alcance de finalidade legítima, adequando-se ao postulado da proporcionalidade.

Por fim, como repisado reiteradamente ao longo deste voto, não se mostra razoável defender que os embargos infringentes são dotados das características básicas necessárias à satisfação do duplo grau de jurisdição, mercê de tratar-se de recurso voltado ao mesmo órgão jurisdicional, restrito à hipótese de dissidência mínima de quatro votos no julgamento e limitado à matéria em que houve divergência. A própria expressão “duplo grau de jurisdição” denota que, à luz dessa garantia, o inconformismo deve ser apreciado por órgão diverso do que proferiu a decisão recorrida, o que se revela impossível em se tratando da mais alta

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Corte do país. Se os embargos infringentes não revelam “progresso” no que diz respeito ao duplo grau de jurisdição, é absolutamente impróprio cogitar de inobservância da proibição do retrocesso.

**5. Conclusão**

De tudo quanto exposto, é possível concluir que: (i) a superveniência da Lei nº. 8.038/90 operou a revogação dos dispositivos do Regimento Interno que versam sobre os embargos infringentes, na esteira da jurisprudência desta Corte em casos análogos; (ii) os fundamentos para a existência do duplo grau de jurisdição revelam que os embargos infringentes são inadequados à sua satisfação, máxime em virtude de terem caráter limitado e serem apreciados pelo mesmo órgão jurisdicional; (iii) o estudo de Direito Comparado demonstra que Tribunais de outros países e Cortes Internacionais admitem seja excepcionado o duplo grau de jurisdição nos casos em que o ordenamento consagra foro *ratione muneris*; (iv) o Plenário do Supremo Tribunal Federal se posicionou no sentido de que o direito ao duplo grau de jurisdição previsto no Pacto de San José não incide nos casos de competência originária dos Tribunais; (v) é impertinente qualquer discussão sobre a vedação ao retrocesso no presente caso, visto que os embargos infringentes não compõem o núcleo essencial de qualquer garantia constitucional.

*Ex positis*, voto pelo não conhecimento dos embargos infringentes, dada a revogação tácita do art. 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

[\[1\]\[1\]](#) Trecho da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva contra Venezuela:

*“74. Este Tribunal estima necesario formular algunas consideraciones acerca del fuero, la conexidad y el juez natural, que vienen al caso para la materia de esta sentencia. El fuero ha sido establecido para proteger la integridad de la*



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*función estatal que compete a las personas a las que alcanza esta forma de inmunidad y evitar, así, que se altere el normal desarrollo de la función pública. No constituye um derecho personal de los funcionarios. Sirve al interés público. Entendido en esos términos, el fuero persigue un fin compatible con la Convención. Por su parte, la conexidad busca el fin, convencionalmente aceptable, de que un mismo juez conozca diversos casos cuando existen elementos que los vinculen entre sí. De esta forma, se evita incurrir en contradicciones y se garantiza la unidad de las decisiones y la economía procesal.”*

[\[2\]\[2\]](#) Trecho da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barreto Leiva contra Venezuela:

*“90. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana (supra párr. 74). Sin embargo, aun en estos supuestos el Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso.”*

11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A discussão que se coloca diz respeito ao cabimento de embargos infringentes em sede de ação penal originária neste Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, ressalto, de início, que o seu cabimento está disciplinado no Regimento Interno da Corte, precisamente em seu art. 333, *in verbis*:

“**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.”

Resta saber se as normas processuais relativas aos embargos infringentes contidas no regimento foram objeto de recepção pela atual Constituição Federal. A esse respeito, rememoro julgado da Corte que, do ponto de vista constitucional, cuidou da questão. Refiro-me ao julgamento da Rcl nº 377/PR-EI-AgR, Tribunal Pleno, no qual o eminente Ministro **Moreira Alves** ressaltou, em seu voto, que

“(…) as normas processuais - e as relativas aos embargos infringentes em seu âmbito o são - contidas no seu Regimento Interno foram objeto de recepção pela atual Constituição no que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

com esta se mostrarem compatíveis.

Ora, é evidente que as restrições ao cabimento dos embargos infringentes admitidos pelo referido Regimento não são incompatíveis com o princípio constitucional do artigo 5<sup>a</sup>, LV ('aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'), uma vez que os meios e recursos inerentes [à] ampla defesa são os previstos na legislação, com a observância dos requisitos nela estabelecidos, e consequentemente os previstos também no Regimento desta Corte na parte dele objeto de recepção, como ato normativo com força de lei, pela atual Constituição" (DJ de 27/10/94).

Atento a essa questão, o eminente Ministro **Celso de Mello**, no julgamento desta ação penal, por ocasião dos debates instaurados, compartilhou desse entendimento. Aliás, nos autos da AP nº 409/CE-EI, do qual foi o Relator, Sua Excelência proferiu decisão nessa linha de raciocínio.

Vê-se, assim, que o tema não é nenhuma novidade para a Corte, que, pelo que se verifica, já interpretou essa norma regimental.

Portanto, tendo o Regimento Interno deste Supremo Tribunal sido recepcionado pela CF/88 e ingressado no ordenamento jurídico pátrio com **status** de lei ordinária - na linha do que preconizado pelos Ministros **Moreira Alves** e **Celso de Mello** -, a meu ver, são cabíveis os embargos infringentes em sede de ação penal originária desta Suprema Corte, desde que preenchido o requisito do parágrafo único do art. 333 do RISTF, o qual condiciona o seu cabimento à existência de, no mínimo, quatro votos divergentes.

Vale registrar, a esse respeito, que essa redação do parágrafo único foi atualizada pela Emenda Regimental nº 2 de 4 de dezembro de 1985, que alterou o número de votos divergentes - de três para quatro - necessários para o cabimento dos embargos.

Ademais, um percurso pela história do nosso regimento permite

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

concluir que ele, há tempos, já previa, de alguma forma, a recorribilidade de julgados em feitos de competência originária da Corte, não se exigindo, em alguns momentos, sequer um número mínimo de votos divergentes para o manejo do recurso.

**Vide** o que estabelecia o art. 310 do Regimento em sua versão de 4 de setembro de 1970:

“Art. 310 – Caberão embargos à decisão não unânime do Plenário:

- I – que julgar procedente ação penal (art. 223);
- II – que julgar improcedente a revisão criminal (art. 245);
- III – que julgar a ação rescisória (art. 241);
- IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade, se houver três ou mais votos divergentes;
- V – que, em recurso criminal ordinário, (art. 286), for desfavorável ao acusado” (grifei).

Por sua vez, o art. 194 do Regimento, em sua versão de 28 de fevereiro de 1940, trazia a seguinte previsão:

“Art. 194. Admitem-se embargos de nulidade ou infringentes do julgado às decisões terminativas do feito, proferidas:

I. Pelo Tribunal Pleno:

- a) nas ações cíveis ou criminais originárias;
- b) nas rescisórias de seus julgados ou dos das Turmas;
- c) nas homologações de sentença estrangeira;
- d) nas revisões criminais” (grifei).

Essa análise histórica do regimento deste Supremo Tribunal nos dá a ideia de que a figura recursal dos embargos infringentes em regimentos pretéritos era admitida, no que toca às ações penais julgadas procedentes, nos casos de decisões não unânimes do Tribunal Pleno, sem menção a um número mínimo de votos divergentes para o manejo do recurso. Essa previsão, ao longo do tempo, restou alterada por este Supremo Tribunal,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

de forma legítima, em vista do que dispunha o art. 115, parágrafo único, alínea c, da Carta de 1967 - com correspondência na Carta de 1969 -, que lhe atribuía competência para dispor, em seu regimento, sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

Esses aspectos foram abordados pelo eminente Ministro **Celso de Mello** na seguinte decisão monocrática:

**“A inviabilidade** dos embargos infringentes, **autorizadora** do presente **juízo negativo de admissibilidade**, **decorre** da ausência do requisito fundado **no parágrafo único** do art. 333 do RISTF, **eis que, tal como assinalado** pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, **inexistem**, na espécie, ‘(...) quatro votos divergentes **pela absolvição** do acusado e também porque a decisão embargada não ocorreu em sessão secreta (...)’ (**vol. 06**, fls. 1.455 - **grifei**).

**Nem se diga**, no ponto, **que a exigência** em questão **mostrar-se-ia destituída** de validade constitucional **pelo fato** de preceitos regimentais **revelarem-se inidôneos** à veiculação **de regras de direito processual**.

**Não se pode desconhecer**, quanto a tal aspecto, **um fato constitucionalmente relevante**: a norma regimental em referência (**RISTF**, art. 333, parágrafo único), **embora veiculasse (como ainda veicula)** matéria de natureza processual, **revelava-se plenamente legítima em face** do que **então** dispunha o art. 119, § 3º, ‘c’, da Carta Federal de 1969, **que outorgava**, ao Supremo Tribunal Federal, **poder normativo primário, conferindo**, a esta Corte Suprema, atribuição para, **em sede meramente regimental, dispor** sobre ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...)’.

**Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal**, no regime constitucional **anterior, dispunha, excepcionalmente, de competência** para estabelecer, **ele próprio**, normas **de direito processual** em seu regimento interno, **não obstante fosse vedado, aos demais Tribunais judiciais**, o exercício dessa mesma prerrogativa, **cujas prática - considerado** o sistema

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

institucional de divisão de poderes - **incumbia**, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (**RTJ** 54/183 - **RTJ** 69/138, v.g.).

Essa excepcional competência normativa primária permitiu, ao Supremo Tribunal Federal, prescrever em sede formalmente regimental, normas de caráter materialmente legislativo, legitimando-se, em consequência, a edição de regras como aquela consubstanciada no art. 333, parágrafo único, do RISTF.

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

Em virtude desse novo contexto jurídico, essencialmente fundado na **vigente** Constituição da República (1988) - **que não reeditou** regra **com o mesmo** conteúdo daquele preceito inscrito no art. 119, § 3º, 'c', da Carta Política de 1969 -, **veio**, o Congresso Nacional, mesmo tratando-se de causas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal, **a dispor**, uma vez mais, **em plenitude**, do poder que historicamente **sempre** lhe coube, qual seja, o de legislar, **amplamente**, sobre normas de direito processual.

Não se pode desconhecer, contudo, **que se registrou**, na espécie, com o advento da Constituição de 1988, a recepção, por esse **novo** estatuto político, **do mencionado** preceito regimental (**RISTF**, art. 333, parágrafo único), posto que veiculador de norma de direito processual, **que passou**, agora, **a partir** da vigência da nova Lei Fundamental da República, **a ostentar** força, valor, eficácia e autoridade **de norma legal**, consoante tem proclamado, de modo iterativo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (**RTJ** 147/1010 - **RTJ** 151/278).

Impende acentuar, bem por isso, que a norma **inscrita** no art. 333, parágrafo único, do RISTF, hoje com força e eficácia de lei, **foi editada**, validamente, pelo Supremo Tribunal Federal, **com apoio** em regra de competência **que permitia**, a esta Corte,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**formular**, em sede meramente regimental, **preceitos de conteúdo materialmente legislativo**, como aqueles que disciplinavam o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal.

**Daí o fato**, juridicamente relevante, de que a cláusula regimental em questão **foi recebida pelo vigente** ordenamento constitucional, **achando-se**, por isso mesmo, **impregnada** da plena validade e eficácia jurídicas, o que legitima, em consequência, a sua invocação” (AP nº 409/CE-EI, DJe de 20/4/12 – grifos do autor).

Destaco, ainda, que não houve, depois de 1988, nenhuma inovação legislativa que impedisse a interposição de embargos infringentes em ação penal julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, ficando a admissibilidade dos embargos sujeita ao comando do parágrafo único do art. 333 do RISTF, que, repito, está revestido de plena eficácia.

É importante frisar que considero inexistir inovação legislativa pós 1988 que tenha impedido a interposição de embargos infringentes no particular, pois, com a **devida venia** daqueles que entendem de modo diverso, a norma regimental disciplinadora dos infringentes não foi derogada pela Lei nº 8.038/90.

A meu ver, a Lei nº 8.038/90 não traz, em sua essência, dispositivo que se oponha, pelo seu conteúdo, à disciplina dos embargos infringentes contida no regimento da Corte (art. 333 do RISTF), assim como não regulou inteiramente as ações e os recursos no âmbito deste Supremo Tribunal, tanto é que foi omissa quanto aos embargos infringentes no âmbito da ação penal.

Como reforço argumentativo, ressalto que admitir que a Lei nº 8.038/90 regulou inteiramente a questão, exaurindo, portanto, a matéria sobre as ações e os recursos no âmbito deste Supremo Tribunal, salvo melhor juízo, traria como consequência a impossibilidade de se manejarem, por exemplo, os embargos de declaração (art. 337 do RISTF) em ações penais de competência originária, já que a lei foi igualmente omissa a esse respeito. Do mesmo modo, não caberia a observância do

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

prazo legal de 5 (cinco) dias estabelecido para a sua utilização (§ 1º do art. 337 do RISTF), que, como é sabido, não guarda correspondência ao prazo previsto no art. 619 do CPP (dois dias).

**Reparem, Senhores Ministros, a intensidade da força normativa que possui o regimento da Corte!**

Essas circunstâncias afastam, no meu entendimento, a incidência do § 1º, segunda parte, do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Note-se, por exemplo, que determinados dispositivos da Lei nº 8.038/90, ao prestigiarem o regimento, a ele conferiram eficácia. O art. 12 da lei é um bom exemplo disso, uma vez que consignou expressamente que o julgamento de ações penais originárias deve ocorrer conforme determina o regimento interno.

O raciocínio que se emprega nesse exemplo não gira em torno do caráter da norma (se é processual ou procedimental), mas, sim, em torno do fato de que, se o legislador o quisesse, ele teria, de forma expressa - assim como o fez nessa hipótese (procedimental) -, incutido no bojo da lei norma (processual) que versasse sobre a impossibilidade de se manejarem embargos infringentes em feitos de competência originária da Corte, ou, ainda, teria revogado, expressamente, a norma regimental (§ 1º, primeira parte, do art. 2º da LINDB), por ser essa contrária à disposição legal (art. 44 da Lei nº 8.083/90).

Portanto, valendo-me das técnicas de hermenêutica para estabelecer a interpretação da norma, entendo que a Lei nº 8.038/90 não derogou o regimento interno no tocante à matéria.

Corroborar meu entendimento o julgamento pelo Tribunal Pleno da ADI nº 29/RS-EI-AgR, Relator o Ministro **Marco Aurélio**. Naquela oportunidade, o eminente Ministro **Carlos Velloso** assim discorreu sobre a vigência da norma regimental do art. 333 em face da Lei nº 8.038/90:

**“O Senhor Ministro CARLOS VELLOSO – Sr. Presidente, a norma do Regimento Interno que disciplina o recurso de embargos infringentes foi editada quando o Supremo Tribunal Federal detinha competência normativa. Vale ela, pois, como**



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

ato normativo primário, enquanto não revogad[a]. A Lei 8.038, de 1990, não disciplinou os embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal. O art. 496 do CPC, segundo o art. 42 da Lei 8.038, ganhou nova redação apenas para acrescentar os novos recursos instituídos pela Constituição de 1988, por exemplo, o recurso ordinário em mandado de segurança e o recurso especial. Quando a Lei 8.038 quis inovar, fê-lo de forma expressa: no art. 498 simplesmente houve o acréscimo do recurso especial e quando cuidou a Lei 8.038 dos embargos infringentes a acórdão não unânime. No art. 500 o inc. II ganhou nova redação apenas e tão só para acrescentar-se o recurso especial.

De modo que permanecem de pé, Sr. Presidente, com a vênua sempre devida ao eminente Advogado, as normas regimentais que disciplinam, no âmbito da Corte Suprema, estes embargos infringentes. Por isso mesmo, adiro ao voto do Sr. Ministro MARCO AURÉLIO, Relator” (DJe de 12/3/91 - grifei).

Em idêntico sentido posicionou-se naquela assentada o eminente Ministro **Célio Borja**:

“Sr. Presidente, sendo claramente processual a norma do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, foi ela recepcionada na ordem normativa inaugurada com a Constituição de 5 de outubro de 1988, porque outra regra de lei ordinária, nem norma constitucional a ela se opõem pelo conteúdo.

De sorte, Sr. Presidente, que ela permanece íntegra e por isso acompanho o eminente Ministro Relator” (grifei).

Trago à colação, ainda, o julgamento da ADI nº 171/MG-EI, no qual a Corte, em remissão ao entendimento externado na citada ADI nº 29/RS-EI-AR, assim decidiu:

“EMENTA: - Embargos infringentes em ação direta de

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

inconstitucionalidade.

- Tendo sido objeto de recepção os dispositivos do Regimento Interno da Corte que, por causa da competência legislativa que lhe fora outorgada pela ordem constitucional anterior, dizem respeito a matéria processual, eles persistem com força de lei até serem revogados por legislação posterior, o que não ocorreu pela circunstância de a Lei nº 8.038, de 28.05.90, que não é exauriente sobre as ações e os recursos no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, ter sido omissa quanto a tais embargos.

- Nesse sentido, aliás, já decidiu esta Corte, quando do julgamento dos embargos infringentes na ação direta de inconstitucionalidade nº 29.

(...)

Embargos infringentes conhecidos, mas rejeitados” (Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Moreira Alves**, DJ de 14/9/94).

Com essas singelas considerações de ordem teórica, voto pelo provimento do recurso, de modo que se admita o cabimento dos embargos infringentes, na forma do art. 333 do RISTF, se preenchidos os requisitos regimentais previstos.

11/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

ADITAMENTO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, em primeiro lugar, louvo os magníficos votos e os debates realizados nessas duas tardes, a de hoje e a da última quinta-feira, na qual se iniciou a discussão do tema da recepção, ou não; ou melhor, da vigência, ou não, do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O que se coloca é que a Lei 8.038/90 teria derogado o art. 333 do RISTF e que, portanto, não seria mais cabível a apresentação dos embargos infringentes. Não farei aqui debate teórico – isso vai ficar para o meu voto escrito. Vamos à lei. Se a discussão é se a Lei 8.308/90 derogou ou não o art. 333 do RISTF, vamos à lei.

Sobre o que dispõe a Lei 8.038/90?

Eis o seu cabeçalho:

"Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Título I

Processos de Competência Originária

Capítulo I

Ação Penal Originária."

A matéria sobre ação penal originária vai do art. 1º ao art. 12. Depois, não se fala mais, na Lei 8.038/90, em ação penal originária. Então, vamos ver o que têm esses dispositivos. Não vou ler todos por completo, vou apenas citar o início deles - é o suficiente para a compreensão dos colegas:

"Art. 1º - Nos crimes de ação penal pública, o Ministério

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Público terá o prazo de quinze dias para oferecer denúncia ou pedir arquivamento do inquérito ou das peças informativas."

(...)

Art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução (...)[ e por aí vai]"

(...)

Art. 3º - Competência do relator [ o que compete ao relator].

(...)

Art. 4º - Apresentada a denúncia ou a queixa ao Tribunal, far-se-á a notificação do acusado para oferecer resposta no prazo de quinze dias [e vêm os parágrafos estabelecendo essas condições da resposta].

(...)

Art. 5º - Se, com a resposta, forem apresentados novos documentos, será intimada a parte contrária para sobre eles se manifestar, no prazo de cinco dias.

(...)

Art. 6º - A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas [então, o art. 6º trata do recebimento ou não da denúncia].

(...)

Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar (...) [ou seja, começa, aqui, a ação penal. Aquilo que, até o art. 6º, era um inquérito, a partir do recebimento da denúncia ou da queixa pelo Plenário, a partir do art. 7º, vira ação penal, e, aí, o art. 7º fala como se dará a instrução; por aí vai o art. 8º também].

(...)

Art. 8º - O prazo para defesa prévia será de cinco dias (...).

(...)

Art. 9º - A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal.

(...)

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Art. 10 - Concluída a inquirição de testemunhas, serão intimadas a acusação e a defesa, para requerimento de diligências (...).

(...)

Art. 11 - Realizadas as diligências, ou não sendo estas requeridas nem determinadas pelo relator, serão intimadas a acusação e a defesa para, sucessivamente, apresentarem, no prazo de quinze dias, alegações escritas [as alegações finais].

[Depois das alegações finais, vem o julgamento. E aí vem o art. 12.]

Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno.”

A partir daqui, finda a instrução, não se remete ao CPP, não se remete à Constituição, não se remete a nenhum outro ato normativo que não, única e exclusivamente, o Regimento Interno. Ou seja, ao revés de ter derogado o art. 333 do RISTF, a Lei 8.038/90 o ratificou, no que diz com a ação penal originária. A lei expressamente dispôs sobre os procedimentos de inquérito, recebimento da denúncia e instrução do processo. Finda a instrução, a ação vai a julgamento. E a partir do julgamento, segue-se o quê? Volto a ler o *caput* do art. 12:

“Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno.”

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro Toffoli, se Vossa Excelência me permite.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Pois não.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Está na jurisprudência desse Tribunal e está na consciência constitucional universal: competência de corte suprema ou de corte constitucional, etapas recursais, categorias recursais constam de constituição e não de regimento interno.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas não está em discussão a recepção.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Regimento interno não pode criar.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Foi recepcionado. Isso não está em discussão, porque a Constituição de 88 recepcionou o Regimento.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Vejam: todas as ações da competência deste Tribunal constam da nossa Constituição, e só dela. E o Supremo já disse que só ela que pode criar.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas a competência que a Constituição traz é a do foro especial por prerrogativa de função.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Não, não. Todas.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas, Senhor Presidente, continuando meu voto, a Lei 8.038/90, ao invés de ter derogado, expressamente fez remissão ao RISTF: uma vez encerrada a instrução, segue-se o que está no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Regimento esse que - não vou repetir o que vários colegas já falaram e o que é de conhecimento de todos - foi recepcionado pela Constituição de 88. O debate concerne à derrogação, ou não, do art. 333 do Regimento pela 8.038/90. A minha leitura é que o art. 12 da Lei 8.038/90 expressamente o manteve, na medida em que diz: finda a instrução, se fará o procedimento seguinte de acordo com o Regimento Interno da Corte. Não se trata, aqui, de duplo grau de jurisdição.

Não é por esse motivo que estou a acompanhar a divergência, pedindo vênias ao Ministro **Joaquim Barbosa**, Presidente, e ao Ministro **Fux**, que o acompanhou, mas pelo fato de a Lei 8.038/90 ter confirmado o Regimento Interno, a partir de encerrada a instrução, como o meio normativo processual para a realização do julgamento e o seu

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

prosseguimento. E o art. 333 do RISTF prevê os embargos infringentes na hipótese lá estabelecida da ação penal originária.

Não se trata de duplo grau de jurisdição.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Pois não.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu terei que sair rapidamente, não quero cometer essa desconsideração com Vossa Excelência. Só para atender uma questão urgente, peço vênias a Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Nem seria necessário.

Quanto à questão da preclusão consumativa, que foi trazida pelo Ministro **Marco Aurélio**, penso que o momento de sua análise é posterior, porque o Ministro Relator, monocraticamente, entendeu que não era cabível a aplicação do art. 333 do Regimento Interno. Por esse motivo, negou seguimento aos embargos infringentes. Ora, qual é, então, o meu voto, pedindo vênias ao eminente Ministro Presidente e Relator, ao Ministro **Fux**, que o acompanhou, e ao Ministro **Marco Aurélio**, no fundamento que ele sugere a preclusão; meu voto é pelo provimento do agravo regimental, de modo a dar-se seguimento aos embargos infringentes. Quando esses embargos forem pautados, eu me manifestarei em relação à preclusão consumativa ou não. Quando esses embargos vierem ao colegiado, caso sejam eles, diante do debate que está aqui colocado, admitidos pela maioria, aí sim, eu me manifestarei quanto à eventual preclusão consumativa.

Por isso, Senhor Presidente, eu voto acompanhando a linha de divergência aberta pelo Ministro **Roberto Barroso**.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA**

AGTE.(S) : CRISTIANO DE MELLO PAZ

ADV.(A/S) : CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao agravo regimental, o julgamento foi suspenso. Plenário, 05.09.2013.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Dias Toffoli, dando provimento ao agravo regimental, e o voto do Ministro Luiz Fux, acompanhando o Relator negando provimento ao agravo, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 11.09.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procuradora-Geral da República, interina, Dra. Helenita Amélia Gonçalves Caiado de Acioli.

p/ Luiz Tomimatsu  
Assessor-Chefe do Plenário



12/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, Senhores Ministros, gostaria de fazer três observações iniciais.

A primeira, pedindo licença ao Ministro Marco Aurélio, que, em data de ontem enfatizou, e Vossa Excelência também: este é um julgamento - a matéria específica, o núcleo da discussão - que não tem precedentes específicos. Trago aqui alguns casos meus, decisões monocráticas, e até um acórdão, nos quais fiz referência ao artigo 333 do Regimento Interno para afirmar que, naqueles que eram casos de **habeas corpus**, não cabiam os Embargos, e, nem se fosse em face daquele dispositivo, não caberiam. Portanto, não fiz esta análise que estamos fazendo relativamente ao inciso I do artigo 333. Digo isso para não ficar a impressão de que haveria mudança de tendência ou de que haveria um comportamento inovador. Não! As referências feitas eram basicamente em **habeas corpus**, quer em decisões monocráticas, quer em caso de um acórdão, nos quais não conhecia por incabíveis embargos infringentes, e, fazendo referência aos precedentes, que sempre eram nesse mesmo tipo de ação, eu fiz referência ao artigo 333, praticamente transcrevendo, sem fazer qualquer anotação sobre a sua subsistência, sobre a sua validade. E a ênfase é apenas para, secundando o que foi afirmado ontem, tanto por Vossa Excelência, Presidente, quanto pelo Ministro Marco Aurélio, reafirmar a inexistência de ter havido, pelo menos da minha parte, antes, exame detalhado sobre a subsistência ou não do dispositivo, embora tenha feito referência ao artigo 333 para dizer que não se conhecia, daquele caso, porque incabível, e, portanto, não detalhei e não adentrei o exame da matéria.

A segunda observação inicial que gostaria de fazer e deixar claro é que acho que estamos todos de acordo num ponto: todo cidadão tem direito ao devido processo legal, todo cidadão tem o direito, nos termos

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

da Constituição, aos recursos que sejam inerentes a cada processo, a cada ação. E, por isso mesmo, o que estamos a discutir é se haveria a possibilidade de cabimento dos embargos - que Vossa Excelência, Presidente, concluiu no sentido da inviabilidade - no ordenamento jurídico brasileiro. Mas estamos todos de acordo quanto aos direitos dos cidadãos, dos jurisdicionados, e, no caso, dos réus acusados nesta ação especificamente. Só para deixar claro que não há nenhuma divergência quanto a este ponto e quanto ao respeito ao devido processo legal, o que há é uma questão técnica de entendimento que eventualmente diverge de um para outro voto.

Em terceiro lugar, Senhor Presidente, apenas para encaminhar o meu raciocínio, gostaria de enfatizar que faço a minha análise a partir de uma constatação óbvia, de primeiro ano de Direito, mas apenas para o meu encaminhamento, no sentido de que o Direito positivado é um sistema, e, portanto, temos que sempre fazer a interpretação das normas considerando a sua conjugação, o seu entrosamento, para chegar a uma conclusão a respeito de um ou outro ponto. E é neste sentido, portanto, que voto neste caso específico.

Não vou fazer a leitura do voto, Senhor Presidente, como não é meu hábito, mas apenas para fazer a análise da lógica processual tal como é a minha compreensão. De pronto digo que - com todo o respeito pelos fundamentos e argumentos, quer apresentados de uma parte a outra, quer dos belíssimos trabalhos dos advogados que apresentaram memoriais com tanto empenho, com tanto arrojo, e todos eles com muita profundidade - examinei tudo que me foi apresentado nos últimos dias, especialmente, relativamente a esses embargos infringentes, e tenho como ponto nuclear, neste caso, a seguinte questão - e acho que são fundamentos que se anexam para um ou para outro caminho que se tome: há uma lei, no Brasil, que cuida da ação penal originária no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. E há uma norma, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, anterior a esta lei e recebida como lei ordinária, tal como afirmado e reafirmado por este Supremo Tribunal Federal, que trata desses embargos infringentes

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

que não foram cuidados pela lei. O que estamos a discutir é isto, e, para mim, basicamente isto. Mesmo aquela lei não tendo tratado deste assunto, a circunstância de haver uma norma regimental com força de lei ordinária pode ser considerada como aderente a este modelo e aplicável? Sim ou não, isto é o que examino neste caso. Para isso, Senhor Presidente, eu parti de um dado, e vou deixar de repetir alguns belos argumentos e fundamentos que foram trazidos, que não vão interferir na minha conclusão, pelo menos, no seu núcleo.

O artigo 22 da Constituição, em seu inciso I, estabelece que:

"Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito (...), processual,...);"

Isso significa dizer que, no Brasil, o direito processual é nacional. Há uma lei nacional valendo. Quer seja o cidadão processado numa determinada circunstância, esteja ele em Monte Azul ou Porto Alegre aquela lei se aplicará. Isso é a lei nacional. E nós temos uma lei nacional a cuidar deste tema.

O artigo 48 estabelece que cabe ao Congresso Nacional legislar sobre todas as matérias de competência da União. Significa dizer que há, neste caso, uma reserva de lei formal, conferida materialmente ao Congresso Nacional. O artigo 49 da Constituição tem a disposição do inciso XI, no qual estabelece competir exclusivamente ao Congresso Nacional zelar pela preservação de sua competência legislativa em face da atribuição normativa dos outros Poderes, ou seja, a Constituição não apenas entregou a competência legislativa para o Congresso Nacional, como deu a ele o dever de zelar para que esta competência não seja, de alguma forma, atalhada por atribuições normativas - é a expressão - de outros Poderes. Dois anos após o início da vigência da Constituição, sobreveio a Lei nº 8.038, que estabeleceu, no Título I, Capítulo I, artigos 1º a 12, o processo referente à ação penal originária no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. E como é processo, é um direito só a valer para esses dois órgãos judiciais, porque, como eu dizia antes, é direito nacional, é um só.

Antes do advento da Constituição de 1988, por força da Emenda

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

7/77, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência normativa para estabelecer sobre os processos de sua competência originária, havia sido editado o Regimento Interno do Supremo, no qual se teve exatamente, em 1980, a introdução desse artigo 333, prevendo, no exercício regular da competência normativa do Supremo, os embargos infringentes.

O que se põe agora é se, com o advento de uma norma legal formal, que é a Lei nº 8.038, a cuidar do tema referente à ação penal originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, haveria ainda espaço para manutenção da norma regimental, uma vez que na lei não se tratou do Direito Processual, no qual se tem a configuração do instituto dos embargos infringentes. Valeria a norma regimental a complementar esta reserva de lei do legislador ou não? E o que se põe a exame, quer dizer, o Supremo Tribunal Federal antes tinha essa competência; deixou de ter, mas esse regimento foi recebido como lei ordinária com o advento da Constituição de 1988. A lei que tratou do assunto não exauriu a matéria, se omitiu na matéria, e aí permitiu a subsistência desta norma ou não? Como nós temos a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em cujo artigo 2º, §§ 1º e 2º, se afirma que a lei será revogada por ser contrária, quando não for expressamente, ou incompatível, seria de se perguntar se seria incompatível o embargo infringente com a nova norma prevista, relativamente aos embargos infringentes nos casos de ação penal originária, o inciso I que estou tratando, do artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal.

Faço o seguinte raciocínio, voltando ao que dizia antes: o artigo 22, inciso I, estabelece que o Direito Processual é nacional e é um só. Quem legisla sobre o Direito nacional é o Congresso Nacional, e legislou. E eu tive um dado que foi extremamente difícil para a minha superação, e é a razão pela qual eu peço vênias aos que divergem de maneira tão brilhante, para dizer que não consegui superar para aceitar o acolhimento desses embargos. Digamos que duas pessoas tivessem incorrido em algum ato que fosse objeto de denúncia do Ministério Público - o mesmo Ministério Público Federal -; essas pessoas hoje estão em duas posições que as leva a

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

serem julgadas em órgãos do chamado foro especial ou foro privilegiado. Uma, em razão do seu cargo, seria julgada por um fato, subsumido a um tipo penal, no Superior Tribunal de Justiça, portanto, sujeito à Lei nº 8.038/90. A outra, em razão do seu cargo, por fato muito parecido ou de igual natureza, mas em razão do cargo que hoje ocupa, é julgada, segundo a Lei nº 8.038/90, mas no Supremo Tribunal Federal.

Se eu admitir que a Lei nº 8.038/90 não exauriu a matéria, e que não tratou deste recurso, mas que pode ser complementada, estou afirmando que este que é julgado no Supremo, se tiver quatro votos favoráveis à sua absolvição, poderia ter os embargos infringentes; aquele que é julgado por fatos análogos, sujeito a mesma norma penal, acusado pelo mesmo Ministério Público, apenas pelo endereço em Brasília, não terá direito aos embargos infringentes, porque lá não há a norma regimental - porque não se pode ter norma regimental tratando de matéria processual - e aqui, por este aproveitamento de uma norma anterior à Constituição, teria. E aí eu teria a ruptura do princípio da isonomia, que é de todos serem julgados, segundo a lei nacional, porque a Constituição assim decidiu, pelos mesmos fatos, sujeitos a uma mesma norma porque o foro deu a eles essa condição, mas não teria o mesmo processo. Tenho enorme dificuldade de considerar este ponto, pois se teria mais de um modelo processual, e não posso dizer que é para tratar desigualmente os desiguais, porque, neste caso, seriam iguais, porque os tipos penais seriam os mesmos, porque o processo é o mesmo, porque está tratado pela lei, e porque a Constituição dispõe que o Direito Processual é nacional. Então este aproveitamento da norma, que completaria o modelo processual da ação penal originária no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, faria com que o sistema fosse dúplice, seria uma dualidade de processos, e não a unidade processual prevista no artigo 22.

Bem sei que há ótimos argumentos para afirmar que também não haveria uma incompatibilidade da previsão destes embargos infringentes com o que se pôs para o Supremo Tribunal Federal, porque antes ele detinha esta competência. Ocorre que a lei existe, tal como existe, tal como posta, e eu não posso considerar que, quando na epígrafe estabelece

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

"institui normas procedimentais para os processos originários no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal", ele não levou em consideração o artigo 22 da Constituição.

Por outro lado, perpassando algumas obras até doutrinárias sobre o tema, eu chamaria a atenção, por exemplo, à obra, entre outras, do Eugênio Pacelli: ele é taxativo no capítulo em que ele faz a análise da sobrevivência, ou não, do artigo 333, afirmando exatamente que a natureza desses embargos não permitiu o seu acolhimento, porque o sistema é integral. Realmente, como disse antes, o ordenamento jurídico é sistêmico, ele gravita em torno de princípios, e teria havido a ruptura desses nortes. Como disse, não discuti isso antes, embora tenha feito referências em julgados ao artigo 333, quando deixei de conhecer, em tantos e quantos casos, em **habeas corpus**, basicamente, embargos infringentes que tinham sido opostos. Eu não tinha me detido antes sobre o ponto que estamos nos detendo: a compatibilidade ou a subsistência do artigo 333, em seu inciso I, com os artigos 1º a 12 da Lei nº 8.038, que o legislador, segundo o que estabelecido na Constituição de 1988, veio trazer.

Também considero, Senhor Presidente, para essa finalidade muito específica, e muito se falou aqui que essa seria uma forma de garantir o duplo grau de jurisdição "atípico", digamos. O duplo grau de jurisdição, postulado inferido de alguns princípios constitucionais, e que, para um grande número de constitucionalistas, nem chega a ser erigido a princípio constitucional, pelo menos expresso, mas é um postulado, como afirma, dentre outros, o mestre José Afonso da Silva, tem os seus limites no próprio modelo. Enquanto nós tivermos - e me parece que foi o Ministro Teori que chegou a chamar a atenção para o ponto - foro especial, nós vamos ter situações especiais a não permitirem que o processamento se passe com essa possibilidade de haver um outro grau, uma outra gradação para se submeter um determinado resultado. Mas basicamente, para mim, o quadro que me impede de acompanhar a ilustradíssima divergência, e acompanhar o Ministro-Relator, é que a competência para legislar sobre processo é da União, pela Constituição de 1988, pelo artigo

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

22-I combinado com o 48, e mais ainda com o inciso IX do artigo 49, que determinou que o Congresso zele - o verbo é zelar - pelas suas competências, em face das atribuições normativas dos outros Poderes.

O Congresso atuou de maneira completa. É bem certo que havia um argumento que me chamou a atenção e que me fez debruçar de uma maneira ainda mais detida, que foi a circunstância de a Lei nº 8.038 fazer uma referência ao Regimento Interno, mas eu li com detenção o artigo 12, que afirma: "finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo Regimento Interno, observando-se o seguinte....". O julgamento terá os seus desdobramentos. E o advento da lei que trata de interrogatório, a Lei nº 11.719, tem sido observado por nós, não obstante nós nunca tenhamos desconstituído ou já considerado não recepcionado ou revogados os dispositivos do Regimento Interno que tratavam desse assunto. Até mesmo nas Turmas, nós nos cansamos de dizer que: Não obstante a Lei nº 11.719, como nós temos a norma regimental, nós continuamos aplicando quando não se comprovar que não houve prejuízo, porque *pas de nullité sans grief* - razão pela qual esse tipo de advento de lei, durante algum tempo, ainda subsiste com essas circunstâncias.

Então, tenho para mim que, ao fazer remissão ao Regimento, é no espaço de atuação regimental do Tribunal, que não é de inovação da ordem jurídica, menos ainda em matéria de lei reservada ao Congresso Nacional; e Direito Processual - e recurso é Direito Processual - é reservado ao legislador.

Ademais, até mesmo para este fim, o legislador de 1990 estabeleceu que :

"Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte:

(Vide Lei nº 8.658, de 1993)

I - a acusação e a defesa terão, sucessivamente, nessa ordem, prazo de uma hora para sustentação oral, assegurado ao assistente um quarto do tempo da acusação, etc."

Teve o cuidado de adentrar e de pormenorizar alguns dados que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

nem o Regimento poderia alterar, exatamente para se estender até o que ele, legislador, considerou ser o cumprimento da sua competência prevista na Constituição.

Por isso, Senhor Presidente, com todas as vênias pelos brilhantíssimos votos, os argumentos do Ministro Barroso, do Ministro Teori, da Ministra Rosa, do Ministro Toffoli, que tão bem trataram o tema, e considerando que, realmente, este é um tema muito polêmico ainda, porque nós continuávamos fazendo referência - especialmente quanto a ação penal originária, até porque não tinha uma situação como esta - sem nos debruçarmos para afirmar da sua subsistência ou não, até este momento, em ação penal originária, insisto - porque, como eu digo, para não dizer de decisões minhas em que fiz remissão ao artigo 333, ao não conhecer de habeas corpus ou de recurso em habeas corpus -, para dizer que não me convenço de que, com todo esse arcabouço normativo, tenha havido qualquer equívoco na decisão de Vossa Excelência, Presidente, que considerou, nos termos do artigo 38 da Lei nº 8.038, incabíveis os embargos infringentes, e, por isso mesmo, a eles negou seguimento, trazendo o agravo, agora desprovido por Vossa Excelência. Acompanho com as vênias da divergência tão bem posta e com argumentos tão substanciais, mas que não chegaram a me convencer para eu superar, especialmente, este ponto específico da reserva constitucional da Lei.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite um aparte? Coloquei certa matéria e importa-me muito o seu pensamento a respeito: suscitei a preclusão consumativa.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Ah, sim, é verdade. E está, aqui, no voto, Ministro. Peço desculpas a Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E creio que não falei apenas às paredes.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, está aqui



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

escrito, até, no meu voto. É que, como não li, eu peço, também, vênia a Vossa Excelência para não acompanhá-lo no ponto. E desculpas por não ter começado, porque se eu tivesse feito a leitura do voto, com certeza...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – É que a matéria seguinte é de importância tão vital, em termos institucionais, que Vossa Excelência acabou colocando a precedente em segundo plano!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É porque como eu não leio voto... Eu começo dizendo: Inicialmente, o item posto pelo eminente Ministro Marco Aurélio... É que eu não li. Como não leio voto, acabo saltando e fica sempre alguma coisa. Desculpe-me Vossa Excelência por esta falha. E peço vênia, agora, por não acompanhá-lo, mas, quanto à preclusão consumativa, eu considero que, superada a questão do cabimento, acho que seriam ou serão pertinentes os embargos.

É como voto, Senhor Presidente.

12/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**ANTECIPAÇÃO DE VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, eu também peço vênia, desde logo, ao Ministro Marco Aurélio, quanto à preliminar por ele suscitada, acompanhando, no ponto, a objeção aqui trazida pelo Ministro Teori Zavascki.

Como nós sabemos, Presidente, já estamos, certamente, a adentrar o número – não sei – de sessenta, setenta sessões dedicadas a este caso – somente a este caso. Pelo que me lembro, foram mais de cinquenta sessões dedicadas tão somente ao processo principal, de conhecimento, tanto é que estamos praticamente com a pauta hipotecada.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Excelência, permita-me um aparte?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Por favor.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – E oito sessões gastas com os embargos declaratórios!

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** – Exatamente. Veja, portanto.

E tivemos, Presidente, discussões preliminares que se renovaram, como a discussão da prerrogativa de foro para aqueles que não tinham a prerrogativa de foro definida no texto constitucional; matéria que foi renovada, sucessivas vezes, em diversos agravos regimentais e que tomou, eu não me lembro se duas ou três sessões desta Corte.

Tivemos, Presidente, para dar um exemplo, dois Ministros que, pelo atraso no julgamento, dele não puderam participar na sua integralidade.

Aceitos os embargos infringentes, muito provavelmente, vamos ter

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

um STF.2. Eu já brinquei com o Ministro Teori que talvez nós já não estejamos mais aqui quando eles vierem a ser julgados.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - STF.2 ou STF.3, talvez.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Portanto, esse é o quadro que se desenha em nome da celeridade processual e da atenção que esta Corte dedicou a esta matéria.

Recentemente, Presidente, nós discutíamos – e é objeto dessa discussão – esse caso importante do Deputado Natan Donadon. E surgiu, então, um debate sobre a própria pena que foi aplicada, e que está alimentado o pano de fundo, *leitmotiv*, desta discussão: o crime de quadrilha. Falou-se no exagero, no excesso, inclusive numa fórmula matemática que teria de guardar proporcionalidade em relação à fixação de um crime determinado e também do crime de quadrilha, quando se sabe que isso não subsiste ou, se se quiser ter paridade, pode-se adotar o mesmo aumento. É claro, o crime de quadrilha vai de um a três anos. Logo, ele exige uma elevação quando houver maior responsabilidade. Este Deputado Natan Donadon foi condenado, salvo engano, pela proposta da Ministra Cármen Lúcia, no crime de quadrilha, a dois anos e três meses, e não houve nenhuma revolta. Ninguém impugnou; salvo engano, o Ministro Toffoli fixava em dois anos e seis meses, se não estou enganado. Mas este Deputado está preso, condenado a treze anos e quatro meses de prisão.

Veja o que se falou sobre este caso? Eu leio uma passagem do voto do Ministro Celso de Mello a propósito da quadrilha:

**"Formou-se, na cúpula do poder, à margem da lei e do Direito e ao arrepio dos bons costumes administrativos, um estranho e pernicioso sodalício** constituído de altos dirigentes governamentais e partidários, **unidos** por um perverso e comum desígnio, por um vínculo associativo estável **que buscava conferir** operacionalidade, exequibilidade e eficácia **ao**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**objetivo espúrio** por eles estabelecido: **cometer** crimes, **qualquer** crime, **agindo**, nos subterrâneos do poder, **como** **conspiradores** à sombra do Estado, **para**, em assim procedendo, **vulnerar, transgredir e lesionar** a paz pública, **que representa**, em sua dimensão concreta, **enquanto** expressão da tranquilidade da ordem e da segurança geral e coletiva, **o bem jurídico** posto sob a égide e a proteção das leis e da autoridade do Estado.

**Nada se mostra mais lesivo** [e eu enfatizo os grifos do Ministro Celso de Mello] aos valores **que informam** a ordem democrática e republicana e, *por consequência*, **a própria integridade** da paz pública, do que a presença, **na condução** do Estado e de agremiações políticas, **de altos** dirigentes governamentais e partidários **integrantes** de quadrilha formada e constituída **para corromper** o Poder e **submeter**, à vontade hegemônica do Poder Executivo e de determinados grupos nele encastelados, a direção do Estado, **ainda** que **mediante** prática de crimes os mais diversos."

Essa é a referência do nosso caríssimo decano a este fato – “Nada mais lesivo” – e não houve discrepância nos seis votos em relação aos fatos aqui constatados:

**"Nada mais ofensivo e transgressor** da paz pública **do que a formação** de quadrilha **no núcleo mais íntimo e elevado** de um dos Poderes da República **com o objetivo** de obter, **mediante** perpetração de outros crimes, **o domínio** do aparelho de Estado e **a submissão** *inconstitucional* do Parlamento aos desígnios criminosos de um grupo que desejava controlar o poder, **quaisquer** que fossem os meios utilizados, **ainda** que vulneradores da própria legislação criminal do Estado brasileiro.

**O que vejo neste processo**, Senhor Presidente, **emergindo** da prova **nele** produzida contra os ora acusados, **são homens** **que desconhecem** a República, **que ultrajaram** as suas instituições e **que, atraídos por uma perversa vocação** para o

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

controle **criminoso** do poder, **vilipendiaram** os signos do Estado democrático de Direito e **desonraram**, com os seus gestos **ilícitos** e ações **marginais**, *a ideia mesma que anima* o espírito republicano **pulsante** no texto de nossa Constituição.

**Mais** do que práticas criminosas, *por si profundamente reprováveis*, **identifico**, no comportamento desses réus, **notadamente** dos que exerceram ou ainda exercem parcela de autoridade do Estado, **grave atentado** às instituições do Estado de Direito, à ordem democrática que lhe dá suporte legitimador e aos princípios estruturantes da República.

Este processo **revela** um dos episódios **mais vergonhosos** da história política de nosso País, **pois** os elementos probatórios que foram produzidos pelo Ministério Público **expõem** aos olhos de uma Nação *estarecida, perplexa e envergonhada* um grupo de delinquentes **que degradou** a atividade política, **transformando-a** em plataforma de ações criminosas.

A acusação criminal contra esses antigos dirigentes estatais e partidários, cuja atuação se deu no contexto de um esquema delituoso estruturado nos subterrâneos do Poder e que contou com o auxílio operacional de agentes financeiros e publicitários, demonstra que a formação de quadrilha constituiu, no caso ora em julgamento, um poderoso instrumento viabilizador da prática de crimes contra a administração pública, contra o sistema financeiro nacional, contra a estabilidade do sistema monetário e contra a paz pública."

É essa a imputação que se fez. É essa a constatação que se fez em relação aos crimes praticados. Mas aqui, exatamente com base na decisão tomada no crime de quadrilha, diz-se: é necessário que haja a revisão.

Já não se disse que esse crime era o maior escândalo já perpetrado? Os números aqui verificados talvez não sejam tão expressivos; o que se constatou, segundo os dados da Procuradoria, foi uma fraude de cerca de cento e setenta milhões de reais. Não se falou obviamente que há outras investigações em curso, que as investigações não prosseguiram nos fundos de pensão. Eu me lembrava apenas de um episódio que é

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

marcante nessa história toda: a atuação de Pizzolato no Banco do Brasil, Visanet. Setenta milhões são retirados em ordem de pagamento destinados ao Partido, sem que houvesse qualquer simulação de prestação de serviço. É a confusão clara entre Partido e Estado que domina determinadas mentes. Pode-se apoderar para servir ao Partido. É disso que nós estamos falando. Mas, Presidente, se cento e setenta milhões verificados não se trata de tudo o que se fez – certamente, até porque as investigações ou estão inconclusas, ou não prosseguiram; o próprio Procurador-Geral, Antônio Fernando, responsável pela investigação, optou – e fê-lo bem – por oferecer a denúncia, para não dar curso a investigações indefinidas; ressaltou que a própria CPI recomendava que se prosseguisse nos fundos de pensão, porque, em todos esses desvãos, havia essa confusão entre Estado e Partido! Basta ver o empréstimo em Minas Gerais, objeto de discussão aqui, em que são garantidos cinco milhões ao Partido e são garantidos em investimento de cinco milhões da agência publicitária. É disso que estamos falando!

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Dez milhões.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Dez milhões.**

Presidente, nesse contexto, é bom que se diga, o crime de Donadon, que envolve uma fraude de licitação de oito milhões, deveria ser tratado em Juizado de Pequenas Causas! Em Juizado de Pequenas Causas! E certamente ele terá que ter direito à revisão! É disso que nós estamos a falar! Portanto, estamos a falar de fatos extremamente graves, que têm consequências para todo o sistema. Portanto, quando se fala numa assimetria, ou numa dosimetria exagerada do crime de quadrilha, é claro, se se tivesse estabelecido o teto máximo para o crime de quadrilha neste caso, para aquele reconhecido como chefe de quadrilha, teria sido adequado, porque o próprio Código Penal, no parágrafo único do art. 288, trata de forma diferenciada a quadrilha armada. É disso que nós estamos a falar e não vamos tentar minimizar. Esse Deputado que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

participou de fraude, em Rondônia, de licitação, no valor de oito milhões, sem todos esses desvios institucionais graves que foram apontados, foi condenado por formação de quadrilha à pena dois anos e três meses de prisão. Onde está o exagero na fixação dessa pena? Deixar isso muito claro, porque foi objeto esses dias de repto em relação a isso.

Passo à discussão sobre essa temática, saudando todos os votos que foram aqui proferidos num sentido ou noutro. E nós sabemos que essa temática, desde o começo, sugere, indica divisões em função de não ter sido objeto de uma análise aprofundada em concreto, como já disse, aqui hoje, a Ministra Cármen Lúcia, de forma muito clara, até porque há vários casos citados, Presidente, em que as pessoas entraram, por exemplo, com embargos infringentes em relação a um julgado em que tinha apenas um voto. Então, muito provavelmente, o Relator encaminhava a manifestação dizendo: não preenche os requisitos. Isso, obviamente, não era discussão sobre o precedente.

Também, o debate a propósito da ADI é de todo impróprio aqui por uma razão também singela: é que a Lei nº 8.038/90 não tratou deste tema, da representação de inconstitucionalidade; não se pronunciou sobre isso, logo não se pode falar de revogação expressa, muito menos de revogação tácita. Isso só se deu com o debate que se faz a partir da Lei nº 9.868/99, que expressamente nega a vigência, mas isso é outro departamento, nada a ver com o tema aqui versado.

O que nós estamos de fato a analisar, e eu mesmo fui Relator dos embargos infringentes de uma antiga ADI, Ação Direta, que tratava de quinto constitucional de membros do Ministério Público, relativos a Tribunais Regionais do Trabalho. E o Tribunal aceitou, estabelecendo, inclusive, uma linha lindeira temporal: se a decisão foi proferida antes do advento da Lei nº 9.868/99, aplicava-se a norma regimental. Tivemos uma questão de ordem a propósito dessa temática. Mas isso não roça, não diz respeito com o tema aqui discutido; ao contrário do que se tenta dizer: não, já aceitou os embargos infringentes aqui ou acolá. Nada disso: a ADI está em outro ambiente, no próprio texto. E o Tribunal se pronunciou de forma clara a propósito dessa temática.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

É certo que o dispositivo regimental citado provém da redação originária do Regimento de 27.10.1980. Naquele período, estava em vigor o art. 119, § 3º, "c", da Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para editar normas, por meio do seu regimento interno, sobre '**o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal**'.

Mais: é possível admitir a sobrevivência (recepção?) de um dispositivo do Regimento Interno que vem do *ancién régime*, destinado, exatamente, a proporcionar, em 'casos de então', um reexame da matéria pelos mesmos Ministros, quando, por exemplo, era possível a convocação de membros do Tribunal Federal de Recursos? Hoje qualquer convocação de membros de outras Cortes é vedada. Logo, em face de tais alterações, já não estaríamos em face de um 'recurso de embargos infringentes', mas, sim, apenas em face de um 'pedido de reconsideração', incabível na espécie.

Como se vê, existem vários elementos complicadores à tese do cabimento de embargos infringentes em ação penal originária junto ao STF. Esses embargos infringentes previstos apenas no RISTF e que foram ignorados pela Lei 8.038, parecem esvaziados da característica de recurso. Tudo está a indicar que, o que possui efetivamente tal característica, é a figura dos embargos infringentes previstos no segundo grau de jurisdição, que são julgados, além dos membros do órgão fracionário, por mais um conjunto de julgadores que são, no mínimo, o dobro da composição originária'.

Passo, então, ao exame dessas questões. (Leitura do Voto)

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Senhor ministro Gilmar Mendes, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – No processo objetivo,



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

quando o Supremo declara a inconstitucionalidade de lei com repercussão que extravasa em muito os muros subjetivos do processo, a Lei nº 9.868/99, previu o término dos embargos infringentes, a versar que a decisão é irrecorrível.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim.**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Fê-lo com ressalva desnecessária, porque os embargos declaratórios estão voltados ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional e sempre são cabíveis contra qualquer pronunciamento judicial com carga decisória.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - São inerentes a ...**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quer dizer: ficamos, também, com esta incongruência: não há os embargos infringentes no processo objetivo, mas há no processo subjetivo.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Obrigado pela lembrança, Ministro Marco Aurélio.**

E, aqui, claramente, o texto disse, sem mencionar o regimento interno, quais seriam os recursos cabíveis. E Vossa Excelência lembra muito bem, valendo também, aqui, a argumentação a propósito dos embargos de declaração, porque eles são quase que inerentes à prestação jurisdicional segura, clara, objetiva. Daí, a necessidade de espancar obscuridade, contradição, existente no possível acórdão.

Se de fato vamos justificar com uma heterodoxa revisibilidade da decisão, por que precisar de um voto divergente? De quatro votos? Por que não três? Por que não dois? Por que não um? Por que não zero?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tanto quanto possível, o tratamento deve ser igualitário.**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Se se trata de controle, de desconfiança em relação ao que foi julgado pela mais alta Corte do País, dever-se-ia admitir. E aí também dever-se-ia admitir de forma geral, o tamanho da incongruência é o tamanho do mundo, Presidente, neste caso.

Também o "Pacto de São José", Presidente, não tem nada a ver com isso. Nada a ver.

Não vamos negar aqui, Presidente, e eu, juntamente com outros colegas, liderei a revisão da jurisprudência a propósito da valoração hierárquica dos Tratados Internacionais, que tratam de direitos humanos, com muito conforto d'alma. Mas é preciso que se saiba que a própria jurisprudência que se firmou é no sentido – e isso tem precedentes, inclusive, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence a propósito do duplo grau de jurisdição – de que o Tratado de direitos humanos tem que se harmonizar com o Texto Constitucional.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Nós criamos aqui, ao aceitar os embargos infringentes, e eu lembro alguma fala de Vossa Excelência, Ministra Rosa, que dizia que o processo caminha para frente; este não caminha, este anda dando voltas: é o processo do circunlóquio.

É disso que nós estamos a falar. Mas o pano de fundo dizia: ah, houve exasperação de penas. E o exemplo era o caso de dois anos e onze meses na pena aplicada a José Dirceu no crime de quadrilha. Eu já li o que que se falou sobre essa quadrilha neste caso. E já disse, também, que, a sopesarmos questões de valores, muito provavelmente, Presidente, nós temos que rever a pena imposta a Natan Donadon e a tantos outros, porque este caso Natan Donadon, como já disse, terá que ser tratado em Juizado de Pequenas Causas, considerando a gravidade o fato que nós estamos aqui a julgar.

Ainda que fossem só cento e setenta milhões, já é uma quantia expressiva, mas não foi só isso. Na forma de um sistema criado para comprometer a democracia, manipular a vontade de parlamentares. Não se trata, portanto, de pena exacerbada.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Houve incongruências, sim, que foram apontadas já na época do julgamento, por conta das dissintonias entre as manifestações de Relator e de Revisor, e por não se criar - o que dever-se-ia ter criado, talvez - uma terceira corrente.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Aliás, Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite?

Esta foi a primeira Ação Penal digitalizada neste Tribunal. Se nós lançarmos um olhar retrospectivo sobre como eram os processos aqui antes da introdução do processo eletrônico, nós vamos lembrar muito bem que o processo permanecia com o Relator durante dois, três anos, e o Revisor não tinha qualquer acesso ao processo, que era físico. Com a introdução do processo eletrônico, do qual esta Ação Penal foi pioneira, todos têm acesso ao mesmo tempo. Então, essa alegação de insegurança, de que o Relator teve um acesso mais prolongado do que o Revisor, não vale. Hoje em dia, esse tipo de alegação não faz o menor sentido aqui nessa Corte.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, eu encerro, lembrando que foram cinquenta e três sessões, alongadas sessões. Não precisavam ser cinquenta e três, mas fomos ao limite. Dois Colegas não puderam participar do julgamento; já se renova, portanto, a composição do Tribunal, e quiçá vai se renovar de novo.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Com certeza.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É preciso que nós estejamos atentos a esse fenômeno, tal como advertia, em 52, Mário Guimarães, conspurcando o modelo de justiça do princípio do juiz natural.

Admitidos os embargos para quatro votos – os cabalísticos quatro votos –, volto a dizer, e por que não três, e por que não dois, e por que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

não um, e por que não zero, se se trata de controlar um tribunal juvenil de irresponsáveis que não sabem como votam? É essa a lógica. A lógica está na eternização das demandas, na demora, no alongamento indevido, com o comprometimento do postulado constitucional que diz que a prestação jurisdicional deve ser célere. Qual o comprometimento do contraditório e da ampla defesa? Mas, se existe, então, devemos estender os embargos infringentes, *urbi et orbi*, por que não, se é expressão principiológica do contraditório e da ampla defesa?

Presidente, nós estamos a falar de uma questão institucional muito relevante. A prosseguirmos nessa toada, volto a repetir, dos embargos infringentes, que serão julgados Deus lá sabe quando, novos embargos de declaração serão opostos, que serão sucedidos por revisão criminal e, possivelmente, aí, novos embargos infringentes. Ou queremos fazer isso apenas para este caso? Qualquer que seja a resposta, Presidente, é evidente o constrangimento.

Acompanho Vossa Excelência.

12/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES:** Sr. Presidente, peço vênica à divergência e acompanho Vossa Excelência no que se refere ao cabimento dos embargos infringentes.

O mencionado recurso foi interposto com base no art. 333, I, do RISTF, que possui a seguinte redação:

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

I – 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”.

O mencionado dispositivo tem precedente em normas regimentais anteriores (art. 310, I, do RISTF/1970; art. 194, I, “a”, do RISTF/1940; art. 175, 2º, c/c 179 do RISTF/1909), com a ressalva de exigir, a partir de então, a existência de pelo menos quatro votos vencidos para o cabimento do recurso.

## Desenvolvimento Histórico

Na realidade, os embargos infringentes são **exclusivos** do sistema processual **luso-brasileiro** e surgiram a partir dos pedidos de reconsideração. Inicialmente, esses embargos não consistiam em recursos, mas eram opostos contra a execução de sentença, tal como previstos nas Ordenações Alfonsinas (cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973). Posteriormente, os embargos

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

ofensivos ou infringentes foram previstos nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, dirigidos ao próprio juízo que prolatou a decisão judicial (cf. PONTES DE MIRANDA, *Embargos, Prejulgados e Revistas no Direito Processual Brasileiro*. Rio de Janeiro: Coelho Branco, 1937, p. 96).

Em Portugal, no entanto, este recurso foi extinto desde 1939 (cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentário ao Código de Processo Civil*. Vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 513).

Destaque-se que, a partir desta revogação, **não há similar, no direito comparado**, de recurso dirigido ao próprio órgão julgador para nova apreciação de causa já decidida. Tampouco se verifica, no direito comparado, recurso cujo fundamento seja a existência de divergência em órgão colegiado (cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 63 e 71).

Na legislação brasileira, o art. 663 do Regulamento 737/1850 do Império manteve o peculiar recurso e dispunha sobre a existência de embargos infringentes para alegação de nulidades nas sentenças. Com a proclamação da República, o Decreto 848, de 11.10.1890, previu os embargos infringentes de forma bastante limitada no art. 302, “h”.

Especificamente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Decreto 938, de 29.12.1902, foi o instrumento normativo que disciplinou os embargos infringentes como recurso, nos seguintes termos:

“Art. 3º. Poder-se-ha oppor embargos de nulidade de sentença e do processo, bem como embargos infringentes do julgado às sentenças finais do Supremo Tribunal Federal”.

Cada nova reforma processual, desde então, ressalta e reforça o caráter excepcional dos embargos infringentes, tornando-os cada vez mais restritos, dado o seu nítido caráter anacrônico e sua flagrante incompatibilidade com a razoável duração do processo.

Salvo legislação notoriamente casuística – a exemplo do Decreto 4.565, de 11.8.1942 (cf. ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 50) –, todas as reformas

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

processuais procuraram, de uma forma ou de outra, restringir o cabimento dos embargos infringentes. Com efeito, desde o Decreto 1.157, de 2.12.1892, passando pelas diversas legislações estaduais – que possuíam competência para disciplinar normas de processo nos termos da CF/1891 –; pelo Decreto 5.053, de 6.11.1926; pela Lei 319 de 25.11.1936; pelo Decreto-Lei n. 6, de 16.11.1937; pelo Código de Processo Civil de 1939; pela Lei n. 4.337, de 1º.6.1964; pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei 6.830, de 22.9.1980; até a Lei n. 10.352, de 26.12.2001, o legislador procurou reduzir a abrangência do mencionado recurso, seja pela atribuição de valor mínimo para a causa, seja pela exigência de número mínimo de votos vencidos ou pela limitação à espécie de decisão judicial recorrível, entre outras fórmulas.

Nada obstante o contínuo esforço na restrição dos embargos infringentes, que também se operou em Portugal antes de sua completa derrogação em 1939 (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz. *Embargos Infringentes*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 70), dois dispositivos legais ainda autorizam o recurso de embargos infringentes no direito processual brasileiro.

No âmbito processual penal, o CPP prevê, no art. 609, os embargos infringentes, nos seguintes termos:

**“Art. 609.** Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária

**Parágrafo único.** 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. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”.

No que se refere ao processo civil, a última reforma processual que versou sobre os embargos infringentes, alterou o art. 530 do CPC também

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

para restringir seu cabimento. Com efeito, a Lei 10.352, de 26.12.2001, limitou-os aos casos de **“acórdão não unânime [que] houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente a ação rescisória.”**

Por óbvio, essas duas hipóteses legais de cabimento dos embargos infringentes não se ajustam às competências do STF, previstas no art. 102 da Constituição Federal, nem amparam o art. 333, I, do RISTF.

É certo que o dispositivo regimental citado provém da redação originária do Regimento de 27.10.1980. Naquele período, estava em vigor o art. 119, §3º, “c”, da Constituição de 1967, na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969, que atribuía ao Supremo Tribunal Federal competência para editar normas, por meio de seu regimento interno, sobre **“o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal”**.

Nesse contexto, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido da recepção, pela CF/1988, das normas do RISTF concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal como ato normativo com força de lei, no que se mostrarem compatíveis (RE-AgR-ED-EDv-AgR 433592/PI, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe 24.4.2013; RE-AgR-EDv 146.747/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 11.4.2003; SL-AgR 32/PE, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 30.4.2004; PET-QO 2961/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 1.8.2003; Rcl-EI-AgR 377/PR, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, DJ 27.10.1994; AI-AgR 148.475/SP, Rel. Min. Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 30.4.1993; SS-QO 260/PB, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ 5.5.1989).

Todavia, essa competência normativa do STF não era ampla ou irrestrita. No julgamento da Rp-EI-AgR 700, redator para o acórdão Min. Amaral Santos, Pleno, DJ 28.6.1968, a maioria do Plenário entendeu que a competência conferida pelo art. 115, parágrafo único, “c” pela CF/1967 – posteriormente deslocada para o art. 119, §3º, “c”, na redação da Emenda Constitucional n. 1/1969 – não facultava ao Tribunal **suprimir** ou **criar** recursos.



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

O agravo regimental restou assim ementado:

“Agravo Regimental contra Despacho do Relator que não admitiu embargos infringentes. O artigo 6º da Lei n. 4337, de 1º de junho de 1964, não foi revogado pelo artigo 17 da emenda Regimental de 16 de março de 1967. Agravo provido”. (Rp-EI-AgR 700, redator para o acórdão Min. Amaral Santos, Pleno, DJ 28.6.1968)

Na oportunidade, assentou o voto condutor da lavra do Min. Amaral Santos:

“Ocorre que a Constituição, no art. 115, § único, letra c, atribui ao Supremo Tribunal Federal estabelecer ‘o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso’

Dir-se-ia, assim, que o Supremo Tribunal Federal tem competência para legislar sobre direito processual no que concerne aos feitos de sua competência originária ou de recurso. Mas isso seria cindir o direito processual, admitindo-se que os princípios que o sistematizam, e lhe dão unidade científico-jurídica, se desencontrassem e se conflitassem conforme sua elaboração se desse pelo Legislativo ou pelo Judiciário, o que jamais passou pelo pensamento do legislador constituinte.

(...)

A palavra ‘processo’, aí, tem o significado de ‘procedimento’. (...)

Se a palavra ‘processo’, no art. 115, § único, letra c, da Constituição vigente corresponde a ‘procedimento’, modo e forma por que se movem os atos no processo, exorbitaria o Regimento Interno legislando sobre norma tipicamente processual, não meramente procedimental, **consistente na instituição ou abolição de recurso**”.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Logo, se não cabia ao RISTF, no âmbito da Constituição Federal de 1967, revogar o recurso de embargos infringentes previsto na Lei 4.337/1964, no âmbito de representação de inconstitucionalidade, tampouco lhe caberia a manutenção do mencionado recurso sem o indispensável suporte legal, como é o caso de embargos infringentes no âmbito de ação penal originária, atualmente não previsto nem no âmbito do art. 530 do CPC, nem do art. 609 do CPP.

Frise-se que a jurisprudência do STF não reconhece o cabimento de embargos infringentes, **com base no art. 609 do CPP**, no julgamento de ações originárias por órgãos colegiados, uma vez que somente as decisões de natureza penal proferidas em sede recursal podem ser impugnadas por meio de embargos infringentes (HC 72465/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 24.11.1995; HC 71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 28.6.1994; HC 71.951/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 26.5.1995; RHC 53.947/CE, Rel. Min. Thompson Flores, Segunda Turma, DJ 3.12.1975).

**Revogação pela Lei n. 8.038/1990**

Além disso, não se pode ignorar que o processo e o procedimento das ações penais originária foram completamente disciplinados após a Constituição de 1988, no âmbito da Lei n. 8.038/1990.

É cediço que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou **quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior**” (art. 2º, §1º, do DL 4.657/1942, a denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, recentemente atualizada pela Lei n. 12.376/2010).

A propósito, bem elucidou a questão LÊNIO LUIZ STRECK em artigo publicado há pouco mais de um ano:

“(…) Não se interpreta por partes. Em termos hermenêuticos, vai-se do todo para a parte e da parte para o todo, formando-se, assim, o *hermeneutische Zirkel* (círculo

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

hermenêutico). Texto é contexto. O RISTF só existe no contexto do campo significativo que emana da Constituição. Nesse sentido, parece que a pá de cal na discussão pode estar na quase desconhecida ADI 1289, pela qual o STF entendeu o cabimento de embargos infringentes em ação direta de inconstitucionalidade.

**RISTF v. Leis**

Qual era o case nessa ADI 1289? Tratava-se de uma ADI ajuizada antes da entrada em vigor da Lei 9.868/99. Mas qual é a importância disso? Ai é que está. O STF (ADI 1591) admitia a interposição de embargos infringentes em ADI até o advento da Lei 9.868. Como essa lei não previu a hipótese de embargos infringentes, o STF passou a não mais os admitir. Só admitiu embargos infringentes – como é o caso da ADI 1289 – nas hipóteses que diziam respeito ao espaço temporal anterior à Lei 9.868.

Assim, é possível dizer que, nesse contexto, se o STF considerou não recepcionado (ou revogado) o RI (no caso, o art. 331) pelo advento de Lei que não previu esse recurso (a Lei 9.868), parece absolutamente razoável e adequado hermenêuticamente concluir que o advento da Lei 8.038, na especificidade, revogou o art. 333 do RISTF, que trata de embargos infringentes em ação penal originária (na verdade, o art. 333 não trata de ação penal originária; trata a matéria de embargos infringentes de forma genérica, mais uma razão, portanto, para a primazia da Lei 8.038, que é lei específica). É o que se pode denominar de força perversa do comando constitucional previsto no art. 96, I, a, na sua combinação com o art. 22 da CF. Veja-se: um limita o outro. Se é verdade que se pode afirmar – como fez o STF – que normas processuais previstas em regimento interno são recepcionadas pela CF/88, também é verdade que qualquer norma processual desse jaez não resiste a um comando normativo infraconstitucional originário da Constituição de 1988. Isto porque, a partir da CF/88, um regimento interno não pode contemplar matéria estritamente processual. Ora, a Lei 8.038 foi elaborada

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

exatamente para regular o processo das ações penais originárias. Logo, não há como sustentar, hermeneuticamente, a sobrevivência de um dispositivo do RISTF que trata da matéria de modo diferente.

**Easy ou Hard Case?**

Percebe-se, desse modo, que não estamos em face de um *easy case*, embora, na esteira de Dworkin e Castanheira Neves, não acredite na dicotomia *easy-hard cases*. Na verdade, o que determina a complexidade do caso é a relação circular que se estabelece entre a situação hermenêutica do intérprete e as circunstâncias que determinam o caso. Trata-se de uma questão de fusão de horizontes (*Gadamer*). Um dado caso pode parecer fácil porque o intérprete incauto se deixa levar logo pelos primeiros projetos de sentido que se instalam no processo interpretativo. Não há suspensão de prejuízos tampouco um ajuste hermenêutico com a coisa mesma (*die Sache selbst*). Assim, as diversas nuances e cores que conformam o caso escapam à compreensão do interprete e seu projeto interpretativo, inevitavelmente, fracassa. Por outro lado, por razões similares, um determinado caso pode se mostrar difícil em face da precariedade da situação hermenêutica do intérprete.

Sigo. Nenhum dos acórdãos do STF até hoje enfrentou questão envolvendo diretamente a superveniência da Lei nº 8.038/1990, que, efetivamente – e isso parece incontestável –, estabeleceu a processualística aplicável às ações penais originárias. E, acreditem, nem de longe estabeleceu o ‘recurso’ dos embargos infringentes. Isto é, não há julgamento tratando da antinomia RISTF-Lei 8.038. No máximo, o que existe é menção, em *obiter dictum*, de que, em determinado caso, não seria caso de embargos infringentes (v.g., SS 79.788-ED, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 1.2.2002).

Portanto, não estaríamos, neste caso, em face de um impasse hermenêutico? Indago: embora o STF diga – em um determinado caso que não é similar ao que estamos tratando – que as normas processuais estão recepcionadas, essa posição se

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

manterá quando se colocar a pergunta: pode o RISTF sobreviver a uma Lei Ordinária, que, na sua especialidade (leia-se essa palavra no sentido técnico), veio para regulamentar a Constituição de 1988?

**O papel do RISTF**

Qual é o papel do RI do STF? Pode ele dizer mais do que a lei que regula a Constituição? Pode um dispositivo do RI instituir um ‘recurso processual’ que a lei ignorou/desconheceu? Sabe-se que o RI é ‘lei material’. Entretanto, não pode o RI tratar especificamente de ‘processo’. Caso contrário, não precisaríamos sequer de uma reforma do CPC ou do CPP: o STF poderia tratar de tudo isso em seu Regimento Interno... Em outros termos, tornaríamos sem eficácia o inciso I do art. 22 da CF.

Mais: é possível admitir a sobrevivência (recepção?) de um dispositivo do Regimento Interno que vem do *ancién régime*, destinado, exatamente, a proporcionar, em ‘casos de então’, um reexame da matéria pelos mesmos Ministros, quando, por exemplo, era possível a convocação de membros do Tribunal Federal de Recursos? Hoje qualquer convocação de membros de outras Cortes é vedada. Logo, em face de tais alterações, já não estaríamos em face de um ‘recurso de embargos infringentes’, mas, sim, apenas em face de um ‘pedido de reconsideração’, incabível na espécie.

Como se vê, existem vários elementos complicadores à tese do cabimento de embargos infringentes em ação penal originária junto ao STF. Esses embargos infringentes previstos apenas no RISTF e que foram ignorados pela Lei 8.038, parecem esvaziados da característica de recurso. Tudo está a indicar que, o que possui efetivamente tal característica, é a figura dos embargos infringentes previstos no segundo grau de jurisdição, que são julgados, além dos membros do órgão fracionário, por mais um conjunto de julgadores que são, no mínimo, o dobro da composição originária.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Outro ponto intrigante e que reforça o *hard case* diz respeito ao seguinte ponto: pelo RISTF, a previsão dos embargos infringentes cabíveis da própria decisão do Órgão Pleno do STF necessita de quatro votos. E por que não cinco? E por que não apenas três? Quem sabe, dois? Ou apenas um voto discrepante? Por outro lado, seria (ou é) coerente (no sentido *dworkiniano* da palavra) que, em uma democracia, uma Suprema Corte – que, no caso, funciona como Tribunal Constitucional – desconfie de seus próprios votos? Não seria uma *capitis diminutio* pensar que o mesmo Ministro – vitalício, independente – que proferiu voto em julgamento em que podia, a todo o momento, fazer apartes, dar-se conta de que, ao fim e ao cabo, equivocou-se? Ou seja: um Ministro condena um cidadão que tinha direito a foro especial (privilegiado) e, depois, sem novas provas, dá-se conta de que ‘se equivocou’(...)

**O risco do paradoxo**

Mas, o conjunto de indagações não para por aqui. Pensemos na seguinte questão: para uma declaração de inconstitucionalidade – questão fulcral e maior em um regime democrático – são necessários seis votos para o desiderato de nulificação (de um ato normativo). Pois é. Mas, em matéria criminal, sete votos não seriam suficientes para uma condenação (...) (considerando que quatro Ministros votem pela absolvição). Indo mais longe: também seis votos (maioria absoluta), pelo RISTF, não são suficientes para colocar fim à discussão penal... Com isso, chega-se ao seguinte paradoxo: no Brasil, é possível anular uma lei do parlamento e até emenda constitucional com seis votos da Suprema Corte. Entretanto, não é possível tornar definitiva uma decisão que dá procedência a uma ação penal originária. Isto porque, segundo o RISTF, havendo no mínimo quatro votos discrepantes, cabe ‘recurso por embargos infringentes’.

Ora, no caso do processo civil, além de toda a teoria exposta, a resolução torna-se ainda mais simples, uma vez que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

há dispositivo legal que explicita a questão (não parece que seria realmente necessário), especificamente o artigo 1.214, que fala que ‘Adaptar-se-ão às disposições deste Código as resoluções sobre organização judiciária e os regimentos internos dos tribunais’.

Assim, parece interessante que examinemos essa problemática. Desde o caso *Marbury v. Madison*, tem-se a tese da rigidez Constitucional. Isso quer dizer que não é qualquer legislação que pode alterar a Constituição. E tampouco leis ordinárias podem ser alteradas por Regimentos Internos. Por isso, já que a questão das ‘lendas urbanas’ está se proliferando – e digo isso com todo o carinho, até porque essas discussões fazem com que todos possam crescer –, lanço minhas dúvidas sobre esse *hard case* (cabem mesmo embargos infringentes nos processos criminais de competência originária, na medida em que a Lei que regulamentou a processualística – 8.038 – não tratou da espécie?).

Minhas reflexões são de índole constitucional-principiológica. Sempre escrevi que os julgamentos devem ser por princípio e não por políticas. Ou seja, julgamentos judiciais não podem estar baseados na subjetividade plenipotenciária do intérprete, tampouco no interesse de grupos ou ideologias. Julgamentos devem se fundamentar em princípio e sempre devem traduzir uma interpretação que apresente o melhor sentido para as práticas jurídicas da comunidade política. E, portanto, não devem ser *ad hoc*. Isso quer dizer que o STF deverá, em preliminar, examinar a antinomia infraconstitucional e constitucional da equação ‘RISTF-Lei 8.038-CF/88’. Para o processo do “mensalão” e para os casos futuros. O STF terá que dizer se o seu RI vale mais do que a Lei nº 8.038/1990. Se sim, muito bem, legitima-se qualquer ‘recurso de embargos infringentes’; se não, parece que o veredicto do plenário será definitivo. Eis o *hard case* para descascar.

PS: não parece ser um bom argumento dizer que os embargos infringentes se mantêm em face do ‘princípio’ (sic) do duplo grau de jurisdição, isto é, na medida em que um acusado

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

detenha foro privilegiado e, portanto, seja julgado em única instância, isso faria com que o sistema teria que lhe proporcionar uma espécie de ‘outra instância’ (sic). Com a devida vênia, esse argumento é meramente circunstancial e não tem guarida constitucional. O foro privilegiado acarreta julgamento sempre por um amplo colegiado, que é efetivamente o juiz natural da lide. Há garantia maior em uma República do que ser julgado pelo Tribunal Maior, em sua composição plena? Não é para ele, o STF, que fluem todos os recursos extremos? Um acusado ‘patuleu’ tem duplo grau porque é julgado por juiz singular; um acusado ‘não-patuleu’ (com foro no STF) não tem o duplo grau exatamente porque é julgado pelo colegiado mais qualificado na nação: o STF, em full bench. E não parece ser pouca coisa, pois não?” (STRECK, Lenio Luiz. ‘Não Cabem Embargos Infringentes no Supremo’. Consultor Jurídico, 13.8.2012, disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>)

De fato, a Lei 8.038/1990 tratou especificamente da ação penal originária no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, esgotando completamente o tema no âmbito legal, inclusive quanto aos recursos pertinentes.

É significativo que a Lei 8.038/1990 tenha previsto os embargos infringentes apenas no âmbito do Código de Processo Civil, sequer cogitando manter a disposição regimental no âmbito do STF ou de transportá-la para o STJ.

Na realidade, a Lei 8.038/1990 alterou os arts. 496, 498, 500, II, e 508 do CPC, que versam sobre os embargos infringentes, mantendo-os apenas no âmbito do art. 530 do mesmo diploma.

Não foi outra a conclusão do STF ao deliberar sobre o procedimento da ação rescisória, **também tratada no âmbito da Lei n. 8038/1990**, no julgamento da AR-EI-QO 1178/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno DJ 15.5.1998, assim ementado:



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

“Ação Rescisória. 2. Embargos Infringentes. 3. Regimento Interno do STF, art. 333 e parágrafo único. 4. Lei n. 8038/1990, art. 24. 5. Código de Processo Civil, art. 530. 6. Desde o advento da Lei n. 8038/1990, art. 24, não cabe exigir o número mínimo de quatro votos dissidentes, previsto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, para a admissão de embargos infringentes, contra acórdão Plenário do STF, em ação rescisória. Bastante se faz não seja o aresto unânime. 7. Questão de Ordem que se resolve no sentido de não ser mais aplicável às ações rescisórias o disposto no parágrafo único do art. 333 do RISTF, mas, sim, o art. 530 do Código de Processo Civil.” (AR-EI-QO 1178/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno DJ 15.5.1998).

Na oportunidade, o Plenário resolveu questão de ordem para assentar que não era mais aplicável às ações rescisórias o art. 333 do RISTF, mas, sim, o art. 530 do CPC.

Em sentido semelhante, decidiu o Tribunal que a Lei 9.868/1999 revogou o art. 333, IV, do RISTF, excluindo o cabimento dos embargos infringentes nas ações diretas de inconstitucionalidade, no julgamento da ADI-EI 1289/DF, por mim relatada, Pleno, DJ 27.2.2004.

Na realidade, a **Lei 8.038/1990 deliberadamente escolheu não acolher os embargos infringentes em ação penal originária**, mantendo os embargos declaratórios e os infringentes apenas na forma prevista no CPC, ao alterar os dispositivos pertinentes, inclusive o art. 496 daquele diploma legal.

Daí a coerência do STF de admitir os embargos declaratórios, inclusive no âmbito do processo penal, no prazo de cinco dias, tal como previsto nos arts. 535 e 536 do CPC, e não no de dois dias, tal como previsto nos arts. 619 e 620 do CPP. Em outras palavras, enquanto o art. 337 e seu §1º do RISTF têm lastro na Lei 8.038/1990 e nos arts. 535 e 536 do CPC, o mesmo não ocorre com o art. 333, I, do RISTF, que não possui qualquer amparo legal, após a edição da Lei n. 8.038/1990.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Revogação tácita**

Por outro lado, também não merece prosperar o argumento dos agravantes de necessidade de revogação expressa dos dispositivos do RISTF recebidos com *status* de lei.

Primeiro, porque seria, no mínimo, heterodoxo admitir, quanto mais exigir, que dispositivo legal trate ou revogue expressamente o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Absurdo é demandar a expressa menção do RISTF na lei ordinária para entender pela derrogação daquele.

Segundo, a jurisprudência desta Corte é farta de casos que reconheceram a revogação tácita de dispositivos regimentais, a exemplo da já mencionada AR-EI-QO 1178/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno DJ 15.5.1998, que reconheceu a revogação tácita do art. 333 pela mesma Lei 8.038, no pertinente à ação rescisória.

Além disso, no julgamento RE-Edv-AgR 220.286/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 16.5.2003, RE-EDv-AgR 146.747/CE, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJ 11.4.2003, o Plenário reconheceu a derrogação do art. 335, §3º, do RISTF pela Lei 8.950/1994, que modificou o art. 511 do CPC e tratou genericamente do momento da comprovação do preparo. No último precedente, acompanhei o eminente relator com o seguinte voto-vista:

“O artigo 511, CPC, dispõe, genericamente, que o preparo recursal é imediato, ou seja, no momento processual em que se interpõe o recurso, deve ser comprovado o recolhimento do *‘respectivo preparo, inclusive o porte de remessa e retorno, sob pena de deserção’*.

Diversa é a norma do artigo 335, § 3º, do RISTF, cuja redação é anterior à reforma processual civil de 1994, que regulamenta a contagem do prazo para o preparo dos embargos de divergência a partir *‘da publicação, no órgão oficial, do despacho de admissão dos embargos’*.

Certo é que o artigo 546, parágrafo único, CPC, determina

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

a observância do regimento interno, mas apenas para aplicação subsidiária.

Destarte, não se deve manter norma regimental do STF conflitante com a previsão do Código de Processo Civil, lei ordinária, que ao tratar a matéria - preparo -, revogou o disposto no § 3º do artigo 335 do RISTF”.

Naquela oportunidade, o STF entendeu que a norma específica do RISTF quanto aos embargos de divergência foi revogada pela norma geral do CPC, a despeito de qualquer menção expressa na Lei 8.950/1994.

Por outro lado, a derrogação tácita de recursos em legislação superveniente há muito é reconhecida por esta Corte. Nesse sentido, o STF entendeu que a superveniência da Lei 1533/1951, que permaneceu silente quanto ao cabimento dos embargos infringentes, derogou o art. 833 do Código de Processo Civil de 1939, na redação do Decreto-Lei 8.510/1946, o qual previa expressamente os embargos infringentes contra acórdão não unânime que julgava mandado de segurança. A ementa do MS-EI 1.637, Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952, está assim redigida:

**“Em face da recente lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, não mais se admite o recurso de embargos em processo de mandado de segurança.”** (MS-EI 1.637, Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952). (grifei)

Na ocasião, consignou o eminente relator:

**“Assentada esta premissa [de entender revogadas aquelas disposições das leis anteriores que a nova lei não reproduziu], a conclusão resulta logo: revogadas estão todas as leis sobre embargos em mandado de segurança, pois que a lei nova, tendo regulado toda a matéria desse instituto, inclusive quanto a recursos, de embargos não tratou. Implicitamente os extinguiu.”** (MS-EI 1.637, Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952). (grifei)

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Essa orientação determinou a edição do verbete 294 da Súmula do STF, *in verbis*: “São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança.”

Ademais, não parece coerente o sistema que permita os alegados embargos infringentes nas ações penais originárias apenas no âmbito do STF e não nos demais tribunais como o STJ, Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – como assentado no julgamento do HC 72.465/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 24.11.1995 –, considerando serem regidos pelos mesmos dispositivos da Lei 8.038/1990. Sistemicamente, não há justificativa para o cabimento deste retrógrado recurso que retira eficácia e força decisória das decisões da Suprema Corte com fundamento na existência de divergência quanto à condenação.

Reitere-se que a jurisprudência desta Corte sempre tem aplicado interpretação restritiva ao cabimento de recursos, em especial aos embargos infringentes, como demonstram as Súmulas 597 (“*Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação*”); 455 (“*Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional*”); 368 (“*Não há embargos infringentes no processo de reclamação*”); 294 (“*São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança*”); 293 (“*São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao Plenário dos Tribunais*”); e 211 (“*Contra decisão proferida sobre agravo no auto do processo, por ocasião do julgamento da apelação, não se admitem embargos infringentes ou de nulidade*”), entre outras decisões.

Portanto, não há fundamento para afastar a revogação tácita operada pela Lei 8.038/1990 no caso em comento.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Pacto de San Jose**

Além disso, não merece respaldo o argumento de que o cabimento dos embargos infringentes tem amparo no art. 8, n. 2, “h”, do Pacto de San Jose, que assim dispõe:

“ARTIGO 8 Garantias Judiciais

(...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença **para juiz ou tribunal superior**”. (grifei)

No caso, o art. 8º, n. 2, “h”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pressupõe **distinção hierárquica** entre o juízo *a quo* e o juízo *ad quem*. Por definição, os embargos são dirigidos ao mesmo Tribunal julgador, no presente caso, ao mesmo órgão. De modo direto: a proteção oriunda da Convenção diz respeito ao direcionamento de recurso a juiz ou tribunal superior àquele prolator da decisão recorrida. Na sistemática de prerrogativa de foro em exame, não há tribunal acima do Supremo Tribunal Federal, logo o referido dispositivo do Pacto internacional não se aplica à hipótese dos autos.

Na realidade, a Constituição Brasileira foi além e garantiu a certas autoridades a prerrogativa de serem julgadas, desde logo, pela mais alta Corte da estrutura do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal. Esta prerrogativa - muitas vezes taxada de privilégio – assegura exame isento e equidistante de ações penais originárias (art. 102, I, “b” da CF/1988), em atenção ao cargo ocupado pelo acusado, de modo a evitar, o máximo possível, indevidas influências e direcionamentos.

No sistema jurídico brasileiro, é inquestionável a importância dos tratados internacionais – em especial os relativos a direitos humanos –,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

cujo *status* supralegal já foi reconhecido por esta Corte no RE 349703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 4.6.2009, assim ementado:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n.º 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N.º 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei n.º 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (RE 349703/RS, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 4.6.2009).

Na linha desse precedente, os tratados também se submetem às normas constitucionais e devem ser interpretados segundo a Constituição.

Em outras palavras, não são as competências constitucionais que devem se amoldar ao art. 8.2.h do Pacto de San Jose da Costa Rica, são normas internacionais que devem ser interpretadas segundo os ditames da Carta Magna, uma vez que estas só se implementam quando respeitadas as normas constitucionais.

No caso, a interpretação que melhor acomoda o art. 102, I, "b", da CF/1988 e o duplo grau de jurisdição, prevista no art. 8.2.h do Pacto de San Jose da Costa Rica, sem dúvida, ressalta a proteção diferenciada do foro por prerrogativa de função.

Portanto, como já assentado por esta Corte no julgamento do RHC 79.785, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence: **"toda a vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu o recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, §4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu"**.

De toda sorte, **"à falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso de norma internacional de outorga da garantia invocada". (RHC 79.785).**

**Consequências do eventual cabimento dos Embargos Infringentes**

Nada obstante os fundamentos já esposados, não se pode deixar de mencionar a completa inviabilidade sistemática do acatamento dos retrógrados embargos infringentes, na espécie.

Como já alertava o Min. Mário Guimarães, em voto proferido em 1952, os embargos infringentes "são remédio na verdade útil apenas quando opostos contra decisão de turmas, para ensejar a manifestação do Tribunal. Contra julgamento do Tribunal Pleno, constituem mero paliativo" (MS-EI 1.637, Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952). Na oportunidade, assentou ainda o eminente Min. Mário Guimarães:

"As leis processuais são leis de ordem prática. Devem ser compreendidas sob critério prático, observados os princípios de segurança, brevidade e economia. Duvidoso é que os embargos opostos perante o mesmo corpo judicante possam oferecer melhor garantia de julgamento aos que litigam. A observação dos fatos tem mostrado que a tendência é conservarem os juízes a própria opinião, o que é lógico, desde que novas provas, nesta altura da causa, já não se podem trazer. Surgem às vezes decisões diferentes, quando se ausenta ou é substituído algum dos julgadores. Tais ocorrências, que chegam até a modificar a jurisprudência, constituem, porém, a álea dos tribunais. Não é contingente que mereça considerado na aplicação da lei" (MS-EI 1.637, voto do Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952).



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Na ocasião, também assentou o eminente Min. Barros Barreto:

“(...) Sr. Presidente, por princípio, sou contra o número excessivo de recursos e, muito principalmente, contrário à admissibilidade de embargos nos julgamentos proferidos em tribunal pleno.

Do abuso no emprego dos recursos decorre a procrastinação das lides e a insegurança das sentenças, tão prejudiciais à garantia do direito, favorecendo a denegação da justiça”. (MS-EI 1.637, voto do Min. Barros Barreto, Pleno, julgado em 19.9.1952).

De fato, os embargos infringentes opostos contra decisão do Plenário destinam-se a reabrir novo julgamento de questão já deliberada e adequadamente julgada, somente com fundamento na existência de divergência. Isso significa reanalisar provas, fundamentos e disposições legais pelo mesmo órgão julgador, num mero e insustentável juízo de reconsideração. Como bem destacou o eminente Min. Mário Guimarães, só há duas possibilidades: ou trabalhoso e custoso ato do já sobrecarregado Plenário é inútil ou, pior, trabalha-se com a odiosa manipulação da composição do Tribunal.

Esse modelo pretendido sequer corresponde à eficácia instrumental atribuída ao **duplo grau de jurisdição**, que “há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que proferiu a decisão e de hierarquia superior na ordem judiciária” (RHC 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Dessa forma, a admissão dos embargos infringentes significaria reiniciar, sem legítima motivação e amparo normativo, todas as complexas questões debatidas por exaustivos seis meses por esta Corte, sob amplo escrutínio das partes, do Ministério Público, da imprensa e de toda a sociedade.

Por fim, impende registrar que a Corte examinou mais de 26 embargos de declaração e, ao reconhecer eventual vício, conferiu efeitos

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

infringentes (*v.g.* embargos de declaração de Breno Fischberg). Portanto, não obstante as limitações próprias dos embargos de declaração, restou assegurada aos réus a possibilidade de reexame de eventuais erros.

O inconformismo, natural e ínsito ao espírito humano, certamente, não se resignará com eventual decisão nos embargos infringentes, que profeticamente serão sucedidos por novos embargos de declaração, que serão sucedidos por revisão criminal e, possivelmente, novos embargos infringentes (art. 333, II, RISTF).

Ora, nossa Constituição não reconhece direito a uma contestação continuada e permanente.

Desse modo, nego provimento ao agravo regimental.

**12/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o registro nos faz concluir que os olhos da Nação estão direcionados ao Supremo.

Não trouxe voto escrito, por isso, não cabe leitura ou resumo do que tenho a veicular nesta assentada, que considero, em termos institucionais, de simbolismo maior.

Para os que acompanham o julgamento, as emoções devem estar sendo intensas, porque, após o voto de Vossa Excelência, seguiu-se o do ministro Luís Roberto Barroso, o mais novo integrante da Corte, jurista emérito. E então se verificou, nessa etapa, o empate, 1 x 1.

Posteriormente, já que o critério é inverso, considerada a antiguidade, foi tomado o voto do ministro Teori Zavascki. Pela ordem natural das coisas, cuja força se mostra insuplantável, chegou-se a 2 x 1, no sentido da admissibilidade do recurso.

Depois, ouvimos a ministra Rosa Weber, que veiculou ideias sobre a matéria e somou voto àqueles que divergiram de Vossa Excelência, relator da Ação Penal nº 470. O placar favorável à admissibilidade dos embargos infringentes ficou em 3 x 1.

O ministro Luiz Fux sinalizou que o Colegiado poderia estar dividido. Acompanhou, com um voto substancial, sem demérito para os demais votos proferidos, Vossa Excelência, assentando que os embargos infringentes não podem fazer as vezes de uma revisão criminal, abordando também as incoerências surgidas com a admissibilidade desse recurso. O placar passou, então, a 3 x 2.

O ministro Dias Toffoli, divergindo de Vossa Excelência, acompanhou a óptica iniciada com o voto do ministro Luís Roberto Barroso. O escore temporário ficou em 4 x 2.

O voto da ministra Cármen Lúcia, mais uma vez, muito embora não encerrando o julgamento, figurou a divisão do Tribunal no entendimento da matéria, chegando-se a 4 x 3.

Com o pronunciamento do ministro Ricardo Lewandowski, foram

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

alcançados cinco votos pela admissibilidade e três em sentido oposto.

Por último, agora, ressaltando a divergência a que já me referi, votou o ministro Gilmar Mendes, ficando o placar em 5 x 4.

Presidente, costume dizer que há um predicado que precisa ser resgatado, o da solidariedade, mas, em artigo veiculado, no dia 7 de setembro, no *Jornal Folha de São Paulo*, sobre cassação de mandato parlamentar, afirmei que a solidariedade não pode ser absoluta. Se minha ciência e consciência permitissem, não jogaria sobre os ombros de colega – que entendo largos –, do ministro Celso de Mello, a responsabilidade da definição do julgamento.

Volto a frisar que a beleza do Colegiado está justamente no somatório de forças distintas. Por isso, é Colegiado! Se não fosse assim, não existiria a atuação conjunta de Juízes. E nos completamos mutuamente, estando sempre prontos a evoluir tão logo convencidos de assistir maior razão à tese inicialmente repudiada.

Presidente, o Direito, queiramos ou não, é orgânico, organizado em si mesmo, e dinâmico. O processo – noção mezinha – é uma marcha para o desfecho final da causa, da ação que nele está contida. E se tem uma opção normativa, considerados dois valores: o valor justiça, que poderia sugerir círculo vicioso, sempre cabendo impugnação contra a decisão – e dizia um velho Juiz, processualista, titular da 8ª Vara Criminal no Rio de Janeiro, Eliezer Rosa, que a Justiça, sendo obra do homem, é passível de falha. O legislador concilia justiça e segurança jurídica e sacrifica, visando ao restabelecimento da paz social momentaneamente abalada pelo conflito de interesses, a primeira – a justiça. A controvérsia judicial há de ter um fim e nem sempre a última decisão é a melhor. O direito instrumental possui grande importância para a realização do substancial e revela, em última análise, a certeza do que pode ou não ocorrer na tramitação de um processo. Estampa segurança jurídica.

Mostra-se possível a mudança de enfoque? Sim. Repito que devemos evoluir tão logo convencidos de assistir maior razão à tese inicialmente repudiada, mas, em se tratando de direito instrumental, não é aconselhável, sob pena de vingar a insegurança, mudanças, alternâncias,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

na interpretação das normas de regência. Já tivemos, Presidente, uma modificação, sem que, no processo em que estabelecido o primeiro entendimento – que é esta Ação Penal nº 470, e me recuso, como Juiz, a mencioná-la com o apelido que a ela foi dado pelos leigos –, haja ocorrido a preclusão. Ouvi, certa vez, que a divergência que maior descrédito provoca é a intestina, no âmbito do mesmo órgão julgador. Refiro-me ao fato de não se ter, ainda, a preclusão maior quanto ao que deliberado pelo Tribunal de ontem – que acredito o de hoje e de amanhã – relativamente à cassação do mandato político. Sem a preclusão maior do que decidido a respeito, houve uma evolução – mas Nietzsche já dizia que somente os mortos não evoluem –, no que, no caso Ivo Cassol, o entendimento da sempre ilustrada maioria – e assim a denomino – foi suplantado pela nova composição do Tribunal.

Fico a indagar-me, Presidente: este caso geraria a celeuma que gerou no tocante à defesa, no tocante à visão dos leigos, dos cidadãos em geral, se o Tribunal estivesse com a mesma composição do julgamento da Ação Penal nº 470? Diria que a resposta, parafraseando-me, é absolutamente negativa. Poderia ter ocorrido – e creio que haverá a interposição de outros embargos por acusados diversos – a protocolação de embargos infringentes, mas sem essa potencialização – e estão aí os veículos de comunicação retratando-a. É aceitável a crítica ao que decidido pelo Tribunal, mas a externa, a feita por terceiros ou pelas partes, pelos defensores técnicos, no que devem atuar, com isso cumprindo o múnus público próprio à advocacia, com denodo, manuseando todo o instrumental que entendam viável para socorrer, para terem o respaldo judicial aos interesses do constituinte.

O Supremo, Presidente, atua de forma contramajoritária? Sim, mas essa não é a regra, porque o Direito é, acima de tudo, bom senso e está ao alcance do próprio leigo – não fosse hoje a aproximação do Judiciário da sociedade mediante a TV Justiça. Quase sempre, existe a harmonia entre os pronunciamentos do Tribunal e os anseios legítimos – não os ilegítimos – da sociedade na busca de correção de rumos. A sociedade, na quadra vivenciada, não é apática. Recordem, para assim concluir, os movimentos

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

populares ocorridos nos últimos tempos. O Supremo atua de forma contramajoritária, mas o faz no campo da exceção, já que o dever maior do Tribunal é a guarda da Lei Básica da República, a que todos, indistintamente, submetem-se, até mesmo os integrantes do Supremo. Os ministros atuam com a responsabilidade decorrente da ocupação da cadeira e presente a missão sublime que é a de julgar os conflitos e os semelhantes, personificando o Estado.

A votação demonstra um Tribunal dividido. Está em 5 x 4 pela admissibilidade dos embargos infringentes. Considerados os quatro votos até aqui vencidos, já estaria aberta, segundo o entendimento da parcial maioria, a via para a protocolação de embargos infringentes!

Presidente, distingo os institutos que revelam o Direito. Não confundo embargos declaratórios com embargos infringentes. Na lição do nosso mestre da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, José Carlos Barbosa Moreira – e, muito embora tenha feito Faculdade Nacional de Direito, adotei-o, desde cedo, como mestre –, os declaratórios são ínsitos à jurisdição, são cabíveis independentemente de previsão legal específica. Esta última é meramente pedagógica, no que, por exemplo, na lei que disciplina o processo objetivo, o preceito a prever que o pronunciamento do Supremo é irrecorrível contém uma vírgula para excepcionar, como se fosse necessário – para mim não seria, para quem domina o Direito não seria, mas a lei também é feita para os leigos –, os embargos declaratórios. São eles inerentes ao ofício judicante, porque não se coaduna com uma sociedade democrática, republicana, decisão – e vou melhorar o vernáculo, porquanto há distinção entre decisão e julgamento –, julgamento omisso, que não reflita o enfrentamento de todas as causas de pedir veiculadas pela parte, obscuro, muito menos – já que a jurisdição visa restabelecer a paz social – contraditório.

Os infringentes possuem natureza diversa. Consubstanciam recurso de revisão plena, nos limites em que concebidos.

Lembro-me de que, no Anteprojeto Buzaid, extinguia-se – refiro-me ao anteprojeto da década de setenta do Código de Processo Civil – praticamente, no campo do processo civil, os embargos infringentes, no

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

que reservados apenas, para ter-se algo que segue a ordem natural das coisas, o duplo grau, à revisão do que consignado nas causas de alçada exclusiva do Juízo. O anteprojeto foi emendado nas Casas Legislativas, e se passou a admitir embargos na ação rescisória e na apelação, limitados, de qualquer forma, a certa divergência. Permaneceu, assim, o instituto? Não, Presidente. Veio a ser mitigado, revelando-se que não tem ele importância maior para a feitura da almejada justiça. Procedeu-se a alteração do Código de Processo Civil para prever os embargos, no tocante à rescisória, contra pronunciamento formalizado, por maioria de votos, que implique a rescisão do título atacado mediante essa ação de impugnação autônoma que é a rescisória. Caso a decisão seja pela improcedência – não da ação, porque a ação é ato de ir até o protocolo e apresentar a peça respectiva – do pedido formulado na inicial da rescisória, ainda que assentada a conclusão por maioria, não são cabíveis os embargos infringentes. E nisso se tem, no campo ordinário – no bom sentido –, a tacada única no julgamento da ação rescisória.

Quanto à apelação cível, o que se verifica? De igual modo, apenas cabem os embargos – divergindo os integrantes da Turma julgadora, e são apreciados não pelo mesmo Colegiado, mas por um com maior número de integrantes – se a apelação houver implicado a reforma da sentença proferida e questionada.

Vem-nos, Presidente, do artigo 609 do Código de Processo Penal que:

"Art. 609 - [...]"

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância," – e creio que não estamos em segunda instância, porque na ação penal não atuamos como órgão revisor – "desfavorável ao réu," – e há descompasso na disciplina do instituto considerado o Código de Processo Penal Militar, no que são cabíveis também quando manuseados pelo Estado-acusador – "admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar" – a contar de quando, porque o recurso há de ter um objeto – "da publicação de acórdão..."

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

No caso concreto, tem-se recurso precoce, um recurso, sob a minha óptica – e devo reexaminar esse convencimento, porque estou isolado no Plenário –, protocolado de forma açodada, temporã, já que não há acórdão ainda confeccionado a ser modificado nessa via. Faço a observação à margem do julgamento, à margem do voto proferido.

Até 1988, acumulávamos o ofício judicante com o legislante. Atuávamos substituindo-nos, porque havia a autorização constitucional, ao Congresso da República. A Constituição – que o ministro Sepúlveda Pertence cansou de apontar como decaída – nos dava competência normativa para disciplinar ações e recursos que deveríamos julgar. A atual Carta terminou inclusive com as delegações alusivas às competências do Congresso Nacional – artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

É possível falar-se em inconstitucionalidade formal, presente o artigo do Regimento Interno? Sabemos todos que não existe, em nosso cenário jurídico, a inconstitucionalidade formal superveniente.

Presidente, volto àquela tecla quanto ao objeto dos embargos infringentes. Disse, neste Plenário, que muitos defensores gabaritados, os melhores, entre outros, do País, observaram a ordem jurídica normativa, a organicidade do Direito instrumental e não manusearam – porque não havia objeto até então, como ainda não há – os embargos infringentes, que visam à revisão de pronunciamento já materializado fisicamente, quer mediante sentença, quer acórdão.

Continuo a acreditar no que aprendi nos bancos da Nacional de Direito – e não posso pretender, aos 67 anos, voltar a fazer o curso de Direito: existe, em nosso sistema, a preclusão consumativa. Como podemos defini-la, de forma direta, singela? Dá-se essa espécie de preclusão quando há a prática anterior de ato incompatível com o que formalizado após.

Tive o cuidado, Presidente, de buscar o protocolo quanto aos embargos declaratórios e os de divergência interpostos pelo acusado Delúbio. Verifiquei que ambos foram apresentados – e faço justiça, sem



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

crítica, evidentemente, ao defensor técnico de Delúbio, aos demais advogados no que não dormiram no ponto – na mesma data. A um só tempo, teve-se a prestação jurisdicional como não aperfeiçoada, interpondo-se, portanto, os declaratórios e os infringentes.

Vejo que, talvez, seja um juiz à antiga, após 34 anos nessa missão, que já disse sublime, de julgar conflitos de interesse e meus semelhantes, porque a preclusão consumativa – ouçam os senhores alunos presentes no Plenário, mas não aprendam – está fora de moda, em desuso. Costumo dizer, Presidente, que a coisa que começa errada dificilmente é consertada.

O que haverá depois da publicação do acórdão relativo ao julgamento dos declaratórios no processo de conhecimento a revelar a Ação Penal nº 470? O aditamento dos embargos infringentes, caso admitidos nesta assentada.

Pergunto mais, Presidente, para minha perplexidade, que não é a dos colegas: ter-se-á recurso com prazos diversificados? Sim, o primeiro prazo alusivo à publicação do acórdão inicial, pendentes os embargos declaratórios, dando-se a protocolação simultaneamente. Disse que a Carta, e é o Documento Maior que o faz, apenas excepciona o princípio da unicidade recursal quanto ao especial para o Superior Tribunal de Justiça e o extraordinário para o Supremo. E espero viver o dia em que a Câmara dos Deputados restabelecerá a unicidade recursal, no resíduo da Reforma do Judiciário – já foi aprovada pelo Senado da República –, viabilizando o recurso especial e acabando com esse pandemônio, vivenciado pelos advogados, para guindar ao Supremo uma causa julgada pelo referido Superior. Houve um Presidente do Superior Tribunal de Justiça que chegou mesmo a proclamar que aquela Corte não era uma Corte de passagem para o Supremo. Em uma diminuição de importância do próprio Superior Tribunal de Justiça – talvez pelo fatiamento verificado, em que se passou, ao Superior, parte da competência que, até então, era do Supremo –, não se previu o cabimento do especial por violência à Constituição Federal, como se tem a regência do especial para o Tribunal Superior Eleitoral, o REspe, e do recurso de

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

revista para minha eterna Justiça, que é a do Trabalho – nas execuções trabalhistas, apenas cabe a revista por violência à Carta da República, e jamais se evocou que a disciplina estaria a implicar a usurpação da competência do Supremo ou o menosprezo à função relevantíssima, no que tem a última palavra sobre o Direito posto, deste Tribunal.

Aguardemos o que vai ocorrer. Teremos mais um problema a resolver quanto à oportunidade dos embargos infringentes daqueles que ainda não o interpuseram, porque atentos à regência do Direito instrumental, e aguardaram o momento adequado para protocolá-los.

Presidente, as normas do Regimento Interno – e disse-o muito bem a ministra Cármen Lúcia que são processuais – ficaram congeladas, hígidas, quanto à possibilidade de o Supremo modificá-las. Foram recepcionadas pela Carta de 1988 – expressão de Sua Excelência, corrija-me se não sou um bom aluno – como normas de legislação ordinária. Neste Plenário, já ouvi que poderemos, posteriormente, alterar o Regimento Interno para expungir – atuando no campo do Direito Processual – o cabimento dos embargos infringentes! Ledo engano. Visão atécnica, com a devida vênia daqueles que pensam de forma diferente, e a tribuna é livre. Apenas o Congresso Nacional, ante a competência exclusiva da União para legislar sobre processo, pode modificar o Regimento do Supremo no que verse normas processuais.

Cumprindo indagar, e é a grande questão para o desfecho da controvérsia: a Lei nº 8.038/90 derogou – porque seria uma alteração apenas parcial – o nosso Regimento Interno, no que veio, Presidente, a disciplinar as ações penais da competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça? E não previu essa lei, em um silêncio – que já ouvi aqui e penso que foi do ministro Gilmar Mendes – eloquente, os embargos infringentes! Mais: tem-se a revogação, gênero – compreendidas, portanto, a abrogação e a derrogação, sendo a primeira total e a segunda parcial –, na Lei nº 8.038/90, em uma leitura equidistante, não apaixonada, disciplina que se mostra incompatível com o Regimento Interno? Sim, porque – repito – o sistema não fecha se admitir-se que, julgando o Supremo uma ação da competência originária,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

uma ação penal, verificados quatro votos a favor do acusado, cabíveis são os embargos infringentes, mas, julgando o Superior Tribunal de Justiça, no mesmo campo da competência originária, uma ação penal, não se pode interpor o referido recurso.

Ontem – depois dizem que sou irônico –, quando o ministro Luiz Fux perguntou a razão dessa distinção – e nada surge sem uma causa –, afirmei que, talvez, quem sabe, se suponha que somos juízes menos experientes do que os ministros que compõem o Superior Tribunal de Justiça.

Presidente, a incompatibilidade salta aos olhos, porque entendimento diverso leva à incongruência. Toda vez que implementamos regras de hermenêutica, de interpretação, e chegamos a uma posição que implica incongruência, devemos recuar e proceder a nova interpretação para afastá-la, porquanto diplomas legais não visam à incoerência, não visam ao absurdo. Sob o ângulo das garantias constitucionais, o que se tem? Qual é a garantia constitucional que nos vem da Carta da República? A de que a lei não pode afastar da apreciação do Judiciário lesão a direito. Há outra cláusula que justifica o que a maledicência apontou como indústria das liminares, das tutelas antecipadas. A lei também não pode afastar da apreciação do Judiciário – e, se nem a lei o pode, o que se dirá quanto ao administrador, ao julgador – ameaça de lesão. A aguardar-se que a máquina Judiciária atue – e atuará numa primeira instância, havendo verdadeira parafernália de recursos a projetar a eficácia do que decidido no tempo –, a aguardar-se a decisão final sem o implemento de uma medida acauteladora, a ameaça de lesão se tornará lesão a direito.

Presidente, vem-nos também da Carta Federal que o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, nem mesmo implícita. Quando me refiro a duplo grau de jurisdição, refiro-me à jurisdição ordinária, não à afunilada, de acesso à sede extraordinária. O que se tem quanto ao recurso extraordinário? Que se mostra cabível contra decisão de última instância, pressupondo uma anterior, e, também, contra decisão de única instância. Existe a mesma previsão no tocante ao recurso

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

especial para o Superior Tribunal de Justiça. Essas disciplinas revelam a mais não poder que, até aqui – não sei o amanhã, aprovando-se uma proposta de emenda constitucional –, o duplo grau de jurisdição não é uma garantia constitucional, mas se diz que o é em se tratando de decisão do próprio Supremo, do órgão máximo do Poder Judiciário, em uma diminuição de importância, repito, do órgão máximo do Poder Judiciário.

Há, Presidente, a competência do Supremo, segundo o artigo 102, inciso I, da Carta da República, para:

Art. 102. [...]

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

A competência por prerrogativa de foro não se limita ao Supremo Tribunal Federal. Incumbe ao Superior Tribunal de Justiça:

Art. 105. [...]

I - processar e julgar, originariamente:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

Parou aí a Carta na disciplina da prerrogativa de foro? Não. Foi além e versou a competência dos Tribunais Regionais Federais para processar e julgar originariamente:

Art. 108. [...]

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

O constituinte ainda previu a competência originária dos Tribunais de Justiça para o julgamento dos prefeitos.

Então, tem-se o seguinte quadro: a prevalecer a óptica dos que admitem os embargos infringentes, julgando o Supremo e verificados quatro votos vencidos a favor do acusado, pode-se dizer da adequação dos embargos infringentes, mas, julgando o Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Regionais Federais – são cinco –, os vinte e seis Tribunais de Justiça – excluo o do Distrito Federal, porque não há prefeito em Brasília e não sei se, politicamente, deveríamos ter governador eleito, porquanto a capital da República é o sítio de atuação do Presidente da República –, em tacada única, não são cabíveis os embargos infringentes, recurso de revisão.

Alguma coisa está errada nesse raciocínio. O sistema, reafirmo, não fecha e precisa, sob pena de gerar perplexidade, fechar. O sistema é coerente, razoável, proporcional, observa a ordem natural das coisas e

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

não encerra, portanto, o extravagante, o extraordinário.

Quem é, Presidente, o detentor, o beneficiário da prerrogativa de foro – se é que podemos, considerada a tacada única, falar em beneficiário da prerrogativa de foro? É o próprio detentor do cargo? Não. Afirma-se – espero vivenciar o dia em que não haverá mais essa extravagância que é a citada prerrogativa – que se visa, com a disciplina, com a previsão de julgamento de alguém por um Tribunal – e até mesmo pelo Supremo –, a proteção do cargo. Seria uma prerrogativa – e prerrogativa é dever e não direito – inerente ao próprio cargo.

Evoluímos, Presidente, e penso que, em momento oportuno, porque antes, cessado o exercício do cargo, cessado o mandato parlamentar, continuávamos no julgamento das ações penais, olvidando essa premissa, que é a única que pode, com alguma boa vontade, sustentar a prerrogativa. Os cidadãos devem merecer tratamento igualitário, pouco importando que tenha havido, em certo colegiado julgador, algumas vozes a favor. O tratamento deve ser linear.

Presidente, não me canso também de repetir que li em um romance – gosto muito de romance, inclusive digo a alunos que chegam ao Tribunal e também a alunos de sala de aula que devem ter sempre à mão um romance, porque, no romance, há conflitos de interesse e sobre eles adotamos posição, aguçando com isso a nossa sensibilidade – de John Steinbeck, que tem como título "O Inverno da Nossa Desesperança" uma frase final, incontestável, de simbolismo maior: quando uma luz se apaga, é muito mais escuro do que se ela jamais houvesse brilhado.

Sinalizamos, Presidente, para a sociedade brasileira, uma correção de rumos visando a um Brasil melhor – pelo menos, para os nossos bisnetos, já não falo nem dos filhos nem dos netos – mas essa sinalização está muito próxima de ser afastada.

Junto aos cidadãos, o Supremo cresceu como órgão de cúpula do Judiciário numa época em que as instituições estão fragilizadas, mas estamos a um passo, ou melhor, a um voto – que responsabilidade, ministro Celso de Mello! – de perdermos essa admiração.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO** - Reconheço.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Estamos a um passo de desmerecer a confiança que, no Supremo, foi depositada, mas a balança da vida tem dois pratos, e devemos...

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência me permite?

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Sim, Ministro.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - E veja, Vossa Excelência, a repercussão que isso terá nas mais diversas...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Vossa Excelência fique tranquilo, porque soube que os vidros do Plenário foram blindados!

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Vossa Excelência avalie a repercussão que isto terá para a magistratura como um todo, que hoje está olhando este Tribunal com orgulho, porque sabe que o Tribunal rompeu com essa tradição de impunidade.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Talvez, hoje, o Tribunal seja outro, Ministro!

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É preciso que se preste atenção exatamente na repercussão que essa decisão terá no âmbito dos jovens juízes que militam em todas as instâncias, que não dão esse favor, porque não podem aplicar. Isso tem consequências no sistema. Vossa Excelência disse muito bem: o sistema não fecha. Não fecha, porque não se consegue estender; porque, se fosse um direito humano, natural, seria estendido. Ora, por que não embargos infringentes agora nas punições que os pais aplicam aos filhos? Por que não em todas as

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

outras relações? Veja que isso teria, na verdade, uma dimensão enorme. Teria que se reivindicar embargos infringentes em todos os julgamentos. Essa seria a lógica. Se se quisesse, então, dar um conteúdo igualitário, porque não asseguraram, então, ao Ministério Público a mesma possibilidade? Veja, é um amontoado de contradições. É um amontoado de contradições que se avolumam cada vez que se pensa nessa questão. Veja, Vossa Excelência apontou bem: o governador, o prefeito, o membro do Tribunal de Justiça.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O juiz, o membro do Ministério Público, pelo Regional Federal.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Ele não goza desse tratamento. Mas aqui haverá esse tratamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas um cidadão que não teria – e continuo convencido, perdoem-me aqueles que concluíram de forma diversa – sequer a prerrogativa de ser julgado pelo Supremo terá a possibilidade de recorrer contra a decisão.

Talvez, Presidente, exista um detalhe. Talvez não tenhamos munição para atuar, nos próximos tempos, em termos de processos aguardando julgamento! Somente eu tenho mais de duzentos na fila, no Plenário, aguardando espaço na pauta. Alguns processos – e isso é uma frustração para o julgador – liberei para julgamento há mais de dez anos. Alguma coisa está errada, mas queremos ficar com “o disco arranhado na mesma faixa”, considerado o que decidido na Ação Penal nº 470.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só mais um ponto, se Vossa Excelência me permitir. Nós temos hoje em tramitação no Tribunal quatrocentas ações penais originárias. Vamos agora adotar embargos infringentes?



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – E as repercussões gerais? Há tribunais alugando galpões para colocar os processos sobrestados que aguardam a palavra do Supremo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vamos aumentar as sessões, duplicá-las.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Certamente, à noite, aos sábados, aos domingos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Concordo, porque o meu pique, passados 34 anos de judicatura, ainda é juvenil!

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Ministro Marco Aurélio, Vossa Excelência me permite um breve aparte?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sim.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Com todo respeito, eu assumi a posição - e pretendo conservá-la - de não pretender convencer ninguém do meu ponto de vista. Eu já votei, expus os meus argumentos...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência tenha a certeza de uma coisa: esperava ser convencido por Vossa Excelência!

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não tem problema. Eu, então, infelizmente, não fui capaz de convencer Vossa Excelência, embora esteja eu convencido do acerto da minha posição, feita a ressalva, que me parece pertinente, de que, numa matéria complexa como essa, a verdade tampouco tem dono. Mas gostaria de dizer, em defesa do meu ponto de vista e sem demérito para nenhum outro ponto

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

de vista, que eu, nesta vida, neste caso e em outros, como em quase tudo que faço na vida, faço o que acho certo, independentemente da repercussão. Portanto, eu não sou um juiz que me considero pautado pela repercussão que vai ter o que eu vou decidir. E muito menos, pelo que vai dizer o jornal do dia seguinte. E muito menos estou almejando ser manchete favorável.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Nenhum de nós!

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Eu sou um juiz constitucional, sou pautado pelo que considero certo e correto, embora não me ache o dono da verdade. Porém, o que vai sair no jornal do dia seguinte não faz diferença para mim se não for o certo. Tampouco, a opinião pública me é...

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Para mim, faz. Dependendo do que saia, faz, porque, como servidor de meus semelhantes, devo contas aos contribuintes.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Tampouco me parece irrelevante a opinião pública. Eu acho que a opinião pública é muito importante numa democracia. E fico muito feliz quando uma decisão do Tribunal Constitucional coincide com a opinião pública. Mas, se o que eu considerar certo, justo e interpretação adequada da Constituição não coincidir com a opinião pública, eu cumpro o meu dever contra a opinião pública, porque este é o papel de uma Corte Constitucional.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Amém, amém, que assim sempre o seja!

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Portanto, a multidão quer o fim deste julgamento. E devo dizer a Vossa Excelência

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

que eu também ficaria muito feliz e vou ficar muito feliz quando ele acabar. Mas nós não julgamos para a multidão. Nós julgamos pessoas. E, portanto, se a multidão quer acabar, nós precisamos considerar as pessoas. Então, gostaria de saber se nós perguntássemos a uma pessoa - não à multidão: se o seu pai, o seu irmão ou o seu filho estivessem na reta final de um julgamento, e, na última hora, se estivesse mudando uma regra que lhe era favorável para atender à multidão, você consideraria isso correto? A resposta seria não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Nós não estamos mudando, Excelência, porque não temos atribuição normativa. Estamos a interpretar as normas de regência.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Portanto, esta é a minha convicção e, por isso, eu voto assim. Eu não estou aqui subordinado à multidão. Estou subordinado à Constituição. Posso ter a decisão que agrada ou não agrada. E, repito, não acho que tenha nem o monopólio da virtude nem o monopólio da certeza, mas tenho o monopólio íntimo de sempre fazer o que acho certo, independentemente da multidão.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já disse, Presidente, que, se, com o meu voto, o teto tiver de cair sobre a minha cabeça, vai cair; já disse que, se, com o meu voto, conforme a ciência e a consciência possuídas, tiver de ir para o paredão, vou para o paredão.

Jamais imaginei que integrante deste Tribunal pudesse votar segundo a leitura dos veículos de comunicação em circulação na data da sessão. Agora, não me impressiona o transporte da situação enfrentada para o campo familiar, mesmo porque, se envolvido no processo parente até o terceiro grau, não poderia julgar. Machado de Assis afirmou que a melhor forma de ver o chicote é tendo o cabo à mão. Ressalto que o chicote muda de mão, mas não se trata disso. Estamos reunidos – e tenho certeza de que o meu voto não está incomodando quem quer que seja, a

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

não ser os acusados, que devem estar assistindo ao julgamento – para chegar a uma conclusão sobre a ordem jurídica em vigor, enfrentando matéria que nunca enfrentamos. Por isso, rechaço o que veiculado neste Plenário sobre casuísmo!

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - E sobre mudança da regra do jogo; não há mudança de regra do jogo.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Mudança da regra do jogo! Vejo que o novato parte para a crítica ao próprio Colegiado, como partiu em votos anteriores, no que chegou a apontar que, se estivesse a julgar, não decidiria da forma que fizemos.

Meu estimado amigo, Luís Roberto Barroso, precisamos nos completar mutuamente. Não respondi a Vossa Excelência no que as críticas anteriores foram, para mim, não críticas veladas, mas diretas, porque não é bom, para a Instituição, autofagia.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Nem houve a crítica. Eu discuto teses jurídicas.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** – Aliás, Vossa Excelência elogiou um dos acusados, devo admitir!

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Eu discuto teses jurídicas, o resto considero irrelevante. E eu respeitei a decisão do Tribunal e não tenho nenhum interesse de polemizar com Vossa Excelência, porque o admiro, porque acho que se conduziu magnificamente bem neste como em outros julgamentos. De modo que a minha ressalva é da minha posição. A dos outros eu respeito plenamente. E o fato de eu, eventualmente, divergir não significa crítica, nem que eu estivesse certo e os outros errados. Pelo contrário, Vossa Excelência tem a minha estima pessoal e a minha admiração jurisdicional. Em nenhum

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

momento, critiquei o Tribunal e, no geral, acompanhei as decisões.

E, mais do que isso, eu disse, mais de uma vez, ao eminente Relator que considerarei extraordinário o trabalho que ele desenvolveu, assim como disse ao eminente Revisor que considerarei notável a sua altivez e coragem com que defendeu a sua posição, contra tudo e contra todos.

Eu vim aqui para somar e compartilhar ideias, e, portanto, se alguém do Tribunal se sentiu criticado, eu gostaria de deixar bem claro que eu acho que o Tribunal se houve de maneira notável, deu uma satisfação importante à sociedade brasileira e tem o meu apoio. Apenas, quando me tocou votar, eu votei de acordo com a minha consciência, sem nenhuma desconsideração à posição de ninguém e muito menos à do eminente Ministro Marco Aurélio, a quem prezo por todos os títulos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente – dirijo-me à Presidente do Tribunal Superior Eleitoral –, ainda tenho alguns minutos, sem risco de o ponto ser cortado por, talvez, chegar depois das 19h para a sessão de hoje?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Por favor. Acho que temos mais uns vinte minutos ainda e sairíamos, então, na sequência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, chego ao direito de defesa, e talvez esteja no final da minha judicatura no Supremo – faltam dois anos, dez meses, não sei quantos dias, não fiz as contas na sessão de hoje –, perdendo, no campo do Direito Penal, a fama de progressista, de libertário, mas meu compromisso, tal como o do ministro Luís Roberto Barroso, é com a consciência, com a compreensão que faço sobre a situação concreta.

No âmbito do direito de defesa, não tenho a menor dúvida, principalmente na seara penal, do Direito Substancial Penal, que as situações ambíguas devem ser resolvidas a favor da parte. As franquias constitucionais não são acionadas – ressaltava sempre o ministro Sepúlveda Pertence – em benefício do homem médio, do homem que

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

conduz a vida de acordo com os parâmetros próprios à sociedade. São acionadas por aqueles que tenham, por isso ou por aquilo, cometido algum desvio de conduta.

Partindo para a interpretação teleológica e sistemática, principalmente a sistemática, verifico que não há – apesar dos votos até aqui proferidos no sentido da admissibilidade dos embargos infringentes – uma situação ambígua, mas uma situação que decorre do arcabouço normativo. Repito, preciso interpretar as normas jurídicas de forma sistemática, sob pena de placitar a incongruência, a incoerência, e esta estará configurada, ao proclamarmos aos quatro ventos que julgamento implementado pelo Colegiado maior do Supremo, órgão máximo do Judiciário da República, é impugnável, mas julgamento procedido pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito da mesma competência originária, por Tribunal Regional Federal, por um dos vinte e seis Tribunais de Justiça dos Estados – afastado o Distrito Federal, já que nele não se tem feitos –, não é impugnável na via do recurso de revisão, o recurso de embargos infringentes.

Presidente, ouvi muito versarem-se precedentes e chegou-se mesmo a sinalizar que Turma do Tribunal poderia ter julgado embargos infringentes. Foram mencionados pronunciamentos das Turmas sobre a matéria. Reafirmo, Presidente – a menos que a idade já esteja a gerar esclerose –, que não há, sobre o tema, um único precedente. Pode haver, sim, opinião de relator, lançada à margem da matéria envolvida em certo processo, por isso, sou contrário a inserir-se, na solução de uma causa com balizas subjetivas e objetivas próprias, ideias a ela estranhas.

Lembro-me, Presidente, de um caso em que, interpretando a Carta da República, sustentei neste Plenário, e fui voz isolada, o cabimento não dos embargos infringentes, mas do recurso ordinário constitucional contra decisão do Tribunal de Justiça da minha cidade maravilhosa, o Rio de Janeiro, para o Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal assentou que não seria cabível o recurso ordinário, de resto para outro órgão. Refiro-me à situação concreta em que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro examinou episódio lamentável envolvendo o INSS, alcançando a ação

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

penal magistrado. O Tribunal refutou a pertinência do recurso ordinário dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. Já agora admitirá que, contra um julgamento complexo, desenvolvido em mais de cinquenta sessões, em que superdiscutida a matéria, com a participação de cuidadosos relator e revisor, adequados são os embargos infringentes, que, em última análise, configuram verdadeira sobreposição, contrariando até certa premissa: se pudesse dar peso a um acórdão formalizado a uma só voz e a outro formalizado por maioria de votos, daria o peso maior a este último. Por quê? Porque revelaria que duas teses estiveram em apreciação, isso sem levar em conta o que um grande torcedor do Fluminense veiculou: toda unanimidade é burra. Mas não chego ao que disse Nelson Rodrigues!

Presidente, há precedentes alusivos a ações diretas de inconstitucionalidade, anteriores à lei de 1999, que derogou – e o fenômeno decorreu da atuação do Congresso Nacional – o nosso Regimento Interno. Conteí oito precedentes: cinco em ações diretas de inconstitucionalidade e três em ações rescisórias. Há verbetes da Súmula do Tribunal, substantivo coletivo – é uma erronia referir-se ao número não como do enunciado ou verbete, mas da Súmula:

**Verbete nº 211:**

"Contra a decisão proferida sobre o agravo no auto do processo, por ocasião do julgamento da apelação" – interpretação do artigo 609 do Código de Processo Penal – "não se admite" – ou não se admitem – "embargos infringentes ou de nulidade".

**Verbete nº 293:**

"São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão em matéria constitucional submetida ao Plenário dos Tribunais".

**Verbete nº 294:**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

"São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão do Supremo Tribunal Federal em mandado de segurança".

Verbete nº 368:

"Não há embargos infringentes no processo de reclamação".

Verbete nº 455:

"Da decisão que se seguir ao julgamento de constitucionalidade pelo Tribunal Pleno, são inadmissíveis embargos infringentes quanto à matéria constitucional".

E por último, Verbete nº 597:

"Não cabem embargos infringentes de acórdão que, em mandado de segurança, decidiu, por maioria de votos, a apelação".

Presidente, não há um único pronunciamento sobre o que estamos tratando nesta assentada. Não fixamos o critério de plantão para o julgamento deste processo, porque processo não tem capa, tem conteúdo, e a regência mostra-se única: do Direito nacional. É um equívoco asseverar que, não admitidos os infringentes, estaríamos sendo casuístas – expressão muito em moda, ao contrário da preclusão consumativa.

Eis as conclusões, Presidente:

A prerrogativa de foro gera o crivo de órgão que se presume, até prova em contrário, integrado por cidadãos operadores do Direito – como venho dizendo, não somos mais operadores, mas estivadores, diante do grande número de processos –, integrado por juízes mais experientes.

Um doutrinador apontou, em um veículo muito lido pelos que atuam no campo do Direito – e não vou fazer propaganda para quem



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

quer que seja –, que seria uma superincoerência ter-se, de um lado, a prerrogativa de ser julgado pelo Supremo e, de outro, proferida a decisão, uma sobreposição de julgamento – se é que o Tribunal de hoje é o mesmo que se pronunciou na Ação Penal nº 470. A maioria, no Colegiado, em vez de desqualificar o pronunciamento, qualifica-o, porque revela a discussão aprofundada da matéria e não a existência de verdadeiras “vaquinhas de presépio” no acompanhamento do relator, sem o domínio dos fatos e das normas jurídicas.

O duplo grau não é uma garantia constitucional. Ressaltei isso no que previsto o recurso extraordinário, para o Supremo, contra decisão de última ou única instância e o recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, também contra decisão de última ou de única instância.

Fecha-se a porta – e a Justiça é obra do homem, sendo passível de falha (Eliezer Rosa) – à reapreciação da matéria? Não! Tem-se a revisão criminal. Que se aguarde, se for o caso – há de ocorrer o enquadramento no figurino do artigo 621 do Código de Processo Penal –, a revisão criminal.

Já é hora de deixar o Plenário para comparecer à sessão do Tribunal Superior Eleitoral e gostaria muito de ouvir o voto do ministro Celso de Mello, com quem tenho a honra de ombrear há vinte e três anos. O Regimento Interno, no que versava os embargos infringentes contra a decisão do Plenário em ação penal – não aquela Ação Penal, da qual não temos saudades, julgada em sessão secreta –, foi derogado pelo Congresso, mediante a Lei nº 8.038/90.

Voto, acompanhando Vossa Excelência, vencido na primeira questão – falta de oportunidade dos embargos infringentes, e estamos a julgar como quê embargos infringentes que ainda não foram protocolados, os dos demais acusados –, no sentido de que a Lei nº 8.038/90 derogou o Regimento Interno.

Acompanho Vossa Excelência, já agora, sob esse ângulo, porque o provi considerada a preclusão consumativa, desprovendo o agravo.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA**

AGTE.(S) : CRISTIANO DE MELLO PAZ

ADV.(A/S) : CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao agravo regimental, o julgamento foi suspenso. Plenário, 05.09.2013.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Dias Toffoli, dando provimento ao agravo regimental, e o voto do Ministro Luiz Fux, acompanhando o Relator negando provimento ao agravo, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 11.09.2013.

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que acompanhavam o Relator negando provimento ao agravo regimental, e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, dando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.09.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procuradora-Geral da República, interina, Dra. Helenita Amélia Gonçalves Caiado de Acioli.

p/ Luiz Tomimatsu  
Assessor-Chefe do Plenário

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

V O T O

(s/ admissibilidade dos embargos infringentes)

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O encerramento da sessão do dia 12 de setembro, quinta-feira, *independentemente da causa que o motivou, teve, para mim, Senhor Presidente, um efeito virtuoso, pois me permitiu aprofundar, ainda mais, a minha convicção em torno do litígio ora em exame e que por mim fora exposta no voto que redigira – e que já se achava pronto* – para ser proferido na semana passada.

Impõe-se registrar, ainda, Senhor Presidente, um significativo evento na nossa história constitucional vinculado, por uma feliz coincidência de datas, a este julgamento, pois, como se sabe, há exatos 67 (sessenta e sete) anos, precisamente no dia 18 de setembro de 1946, também uma quarta-feira, foi promulgada, na cidade do Rio de Janeiro, então Capital Federal, a Constituição de 1946, que restaurou a liberdade em nosso País e que dissolveu a ordem autocrática fundada no regime político do Estado Novo, que considerava culpados, desde logo, os réus meramente acusados de determinados delitos, fazendo recair sobre eles, em preceito compatível com a índole ditatorial do modelo então instituído, o ônus de comprovar a própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/1937, art. 20, n. 5).

Em consequência desse significativo evento, o Supremo Tribunal Federal, logo após esse ato de promulgação, reuniu-se para a sua primeira sessão de julgamento, agora sob a égide de uma ordem qualificada, no plano político-jurídico, pelo signo da legitimidade democrática.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Na ocasião, o Ministro JOSÉ LINHARES, **então** Presidente do Supremo Tribunal Federal, **assim se pronunciou**, saudando, **em nome** desta Corte Suprema, **o surgimento** de um novo tempo:

*“Antes de mais nada sejam as minhas primeiras palavras de congratulações com os ilustres colegas pela promulgação da nova Constituição, fato que vem de assinalar um marco destacado na vida jurídica do País.*

*Depois de termos atravessado uma longa estrada sombria, de indecisões e incertezas de um período ditatorial, é com grande alegria que o país readquire o seu poder de Nação livre regido por normas puramente democráticas.*

.....  
*Só a ordem jurídica constrói e fortalece as instituições sem o que a vida e os direitos de cada um ficam à mercê da vontade ou do arbítrio de quem por acaso detém o poder.*

*A hora presente é de regozijo nacional, principalmente para a Justiça com o restabelecimento de sua autoridade e independência tão necessárias ao exercício da sua nobre missão.*

*A Carta Magna foi promulgada sob a proteção de Deus e com ela confio em que possamos, no cumprimento do dever sagrado, interpretá-la e dar execução aos seus preceitos sob a inspiração dos sentimentos da mais pura justiça.” (grifei)*

**Note-se**, portanto, Senhor Presidente, **a observação** com que o eminentíssimo antecessor de Vossa Excelência na Presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro JOSÉ LINHARES, **ênfatizou a importância e o alto significado** da supremacia do Direito, da “rule of law”, **na prática jurisdicional** desta Corte **e no respeito incondicional** às liberdades fundamentais.

**Essencial**, por isso mesmo, Senhor Presidente, **que esta Suprema Corte sempre observe, em relação a qualquer acusado, independentemente** do crime a ele atribuído **e qualquer que seja** a sua condição política, social, funcional ou econômica, **os parâmetros jurídicos** que regem, em

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*nosso sistema legal*, os procedimentos de índole penal, **garantindo** às partes, *de modo pleno*, **o direito** a um julgamento justo, imparcial, impessoal, isento e independente.

**Atento** a tais ponderações, **ressalto** que a **profunda divisão** do Supremo Tribunal Federal no exame da matéria ora em análise **põe em evidência**, **ainda mais** por se tratar de processo penal de índole condenatória, **a altíssima relevância** da questão jurídica em julgamento, **especialmente** se considerarmos, *como efetivamente considero*, **a densidade e a excelência** dos votos – **de todos os votos** – **proferidos** pelos eminentes Juízes desta Corte Suprema.

**Não desconheço**, por isso mesmo, *a imensa responsabilidade* que me incumbe, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, **na definição** da controvérsia ora em análise.

**Sabemos todos**, Senhor Presidente, que a Constituição da República de 1988, **passados** quase 25 anos de sua promulgação, **atribuiu** ao Supremo Tribunal Federal **um papel de imenso relevo no aperfeiçoamento** das instituições democráticas **e na afirmação** dos princípios sob cuja égide **floresce o espírito virtuoso** que anima e informa a ideia de República.

O **novo** Estado constitucional brasileiro, **fundado** em bases *genuinamente democráticas e plenamente* legitimado pelo consenso dos governados, **concebeu** a Suprema Corte de nosso País – **que sempre se caracterizou como solo historicamente fértil** em que germinou e se desenvolveu a semente da liberdade – **como verdadeiro espaço de defesa e proteção** das franquias individuais e coletivas, **além de representar**, em sua atuação institucional *como órgão de cúpula* do Poder Judiciário nacional, **um veto permanente e severo** ao abuso de autoridade, à corrupção do poder, à prepotência dos governantes **e ao desvio e deformação** da ideia de Estado democrático de Direito.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Se é certo, portanto, Senhor Presidente, que esta Suprema Corte constitui, por excelência, um espaço de proteção e defesa das liberdades fundamentais, não é menos exato que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, para que sejam imparciais, isentos e independentes, não podem expor-se a pressões externas, como aquelas resultantes do clamor popular e da pressão das multidões, sob pena de completa subversão do regime constitucional dos direitos e garantias individuais e de aniquilação de inestimáveis prerrogativas essenciais que a ordem jurídica assegura a qualquer réu mediante instauração, em juízo, do devido processo penal.**

**A questão da legitimidade do Poder Judiciário e do exercício independente da atividade jurisdicional foi bem analisada em brilhante artigo da lavra do eminente Juiz Federal PAULO MÁRIO CANABARRO T. NETO, que examinou o tema na perspectiva das manifestações populares e da opinião pública, sustentando, com razão, que “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional” (grifei).**

**Assim como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido qualificar-se como abusiva e ilegal a utilização do clamor público como fundamento da prisão preventiva (RTJ 112/1115 – RTJ 172/159 – RTJ 180/262-264 – RTJ 187/933-934 – RTJ 193/1050, v.g.), esse ilustre magistrado federal, no trabalho que venho de referir, também põe em destaque o aspecto relevantíssimo de que o processo decisório deve ocorrer em “ambiente institucional que valorize a racionalidade jurídica”, acentuando, ainda, com apoio no magistério de ROBERT ALEX Y (“Constitucionalismo Discursivo”, p. 163, 2007, Livraria do Advogado), o que se segue:**

*“A questão da legitimidade do Poder Judiciário surge sempre que se pergunta sobre o alcance da norma constitucional expressa no enunciado de que ‘todo poder emana do povo, que o exerce*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

por meio de seus representantes eleitos ou diretamente' (art. 1º, parágrafo único). **Se o poder judicial não é exercido pelo povo 'diretamente', nem por meio de 'representantes eleitos', impõe-se investigar o que torna justificável a aceitação das decisões dos juízes por parte da cidadania.**

**A única possibilidade de conciliar a jurisdição com a democracia** consiste em compreendê-la também como representação do povo. **Não se trata**, obviamente, de um mandato outorgado por meio do sufrágio popular, **mas de uma representação ideal** que se dá no plano discursivo, **é dizer, uma 'representação argumentativa'**. **Essa representação argumentativa é exercida não no campo das escolhas políticas – cujas deliberações versam (predominantemente) sobre o que é bom, conveniente ou oportuno –, mas no campo da aplicação do direito, sob as regras do discurso racional por meio do qual se sustenta e se declara o que é correto, válido ou devido."** (grifei)

**O que mais importa**, neste julgamento **sobre a admissibilidade** dos embargos infringentes, **é a preservação do compromisso institucional** desta Corte Suprema **com o respeito incondicional** às diretrizes **que pautam o "devido processo penal" e que compõem, por efeito de sua natural vocação protetiva, o próprio "estatuto constitucional do direito de defesa", que representa**, no contexto de sua evolução histórica, **uma prerrogativa inestimável** de que ninguém pode ser privado, *ainda que se revele antagônico o sentimento da coletividade!*

**O dever de proteção** das liberdades fundamentais dos réus, *de qualquer réu*, **representa** encargo constitucional de que este Supremo Tribunal Federal **não pode demitir-se**, *mesmo que o clamor popular se manifeste contrariamente*, **sob pena** de frustração de conquistas históricas que culminaram, **após séculos de lutas e reivindicações do próprio povo, na consagração** de que o processo penal **traduz** instrumento garantidor de que a reação do Estado à prática criminosa **jámais poderá constituir reação instintiva, arbitrária, injusta ou irracional.**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Na realidade, a resposta do poder público ao fenômeno criminoso, resposta essa **que não pode** manifestar-se de modo cego e instintivo, **há de ser uma reação** pautada por regras **que viabilizem** a instauração, **perante** juízes isentos, imparciais e independentes, **de um processo** que neutralize as paixões exacerbadas das multidões, **em ordem** a que prevaleça, **no âmbito de qualquer persecução penal movida** pelo Estado, aquela velha (e clássica) definição aristotélica de que o Direito há de ser compreendido em sua dimensão racional, *da razão desprovida de paixão!*

Nesse sentido, o processo penal **representa** uma fundamental garantia instrumental *de qualquer réu*, **em cujo favor** – é o que impõe a própria Constituição da República – **devem ser assegurados** todos os meios e recursos inerentes à defesa, **sob pena** de nulidade radical dos atos de persecução estatal.

O processo penal **figura, desse modo, como exigência constitucional** (“*nulla poena sine iudicio*”) **destinada** a limitar e a impor contenção à vontade do Estado e à de qualquer outro protagonista formalmente **alheio** à própria causa penal.

O processo penal e os Tribunais, nesse contexto, são, *por excelência*, **espaços institucionalizados** de defesa e proteção dos réus **contra** eventuais excessos da maioria, **ao menos**, Senhor Presidente, **enquanto** este Supremo Tribunal Federal, **sempre fiel e atento** aos postulados que regem a ordem democrática, **puder julgar, de modo independente e imune a indevidas pressões externas**, as causas submetidas ao seu exame e decisão.

É por isso que **o tema da preservação e do reconhecimento** dos direitos fundamentais daqueles que sofrem persecução penal por parte do Estado **deve compor**, por tratar-se de questão **impregnada** do mais alto relevo, a agenda permanente desta Corte Suprema, **incumbida**, por efeito de sua destinação institucional, **de velar pela supremacia** da



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Constituição **e de zelar pelo respeito** aos direitos que encontram fundamento legitimador **no próprio** estatuto constitucional e nas leis da República.

Com efeito, a necessidade de outorgar-se, em nosso sistema jurídico, proteção judicial efetiva à cláusula do “*due process of law*” **qualifica-se**, na verdade, **como fundamento imprescindível à plena legitimação material** do Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, e jamais deixando de reconhecer **que todos** os cidadãos da República **têm direito** à livre expressão de suas ideias e pensamentos, **torna-se necessário advertir** que, **sem prejuízo** da ampla liberdade de crítica que a todos é garantida por nosso ordenamento jurídico-normativo, **os julgamentos** do Poder Judiciário, **proferidos em ambiente de serenidade, não podem** deixar-se contaminar, qualquer que seja o sentido pretendido, **por juízos paralelos** resultantes de manifestações da opinião pública **que objetivem** condicionar o pronunciamento de magistrados e Tribunais, **pois, se tal pudesse ocorrer, estar-se-ia a negar**, a qualquer acusado em processos criminais, o direito fundamental a um julgamento justo, **o que constituiria manifesta ofensa não só** ao que proclama a própria Constituição, **mas, também**, ao que garantem os tratados internacionais de direitos humanos **subscritos** pelo Brasil **ou** aos quais o Brasil aderiu.

De outro lado, Senhor Presidente, **não constitui demasia rememorar antiga advertência, que ainda guarda** permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, ilustre Professor das *Arcadas* e eminente Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/8, 1911), **no sentido** de que a persecução penal, **que se rege por estritos** padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar, desse modo, tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal só pode ser concebido – e**

AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

**É por essa razão** que o processo penal condenatório **não constitui** instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear** um círculo de proteção em torno da pessoa do réu, **faz do processo penal** um instrumento **que inibe** a opressão judicial e o abuso de poder.

**Daí**, Senhor Presidente, a corretíssima observação do eminente Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (**“Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro”**, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de *“instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”*, **tal como entende**, também em preciso magistério, o Professor HÉLIO TORNAGHI (**“Instituições de Processo Penal”**, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), **cuja lição bem destaca a função tutelar** do processo penal:

*“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.” (grifei)*

**Nesse contexto**, Senhor Presidente, **é de registrar-se – e acentuar-se** – o decisivo papel que desempenha, **no âmbito** do processo penal condenatório, a garantia constitucional do devido processo legal, **cuja fiel observância condiciona a legitimidade jurídica** dos atos e resoluções emanados do Estado e, *em particular*, **das decisões** de seu Poder Judiciário.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**O magistério** da doutrina, *por sua vez*, **ao examinar** a garantia constitucional do “*due process of law*”, **nela identifica, no que se refere** ao seu conteúdo material, **alguns elementos essenciais** à sua própria configuração, **dentre os quais** avultam, *por sua inquestionável importância*, **as seguintes prerrogativas**: (a) **direito** ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) **direito** à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) **direito** a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) **direito** ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) **direito** de não ser processado e julgado com base em leis “*ex post facto*”; (f) **direito** à igualdade entre as partes; (g) **direito** de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) **direito** ao benefício da gratuidade; (i) **direito** à observância do princípio do juiz natural; (j) **direito** ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); (l) **direito** à prova; e (m) **direito ao recurso**.

**Vê-se, daí, na abordagem** tradicional do tema, *que o direito ao recurso qualifica-se* como prerrogativa jurídica *intimamente vinculada* ao direito do interessado à observância e ao respeito, **pelo Poder Público**, da fórmula **inerente** ao “*due process of law*”, **consoante adverte** *expressivo magistério doutrinário* (ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, “**Garantias Processuais nos Recursos Criminais**”, p. 48/50, item n. 1.5, 2002, Atlas; VICENTE GRECO FILHO, “**Tutela Constitucional das Liberdades**”, p. 110, 1989, Saraiva; GUILHERME DE SOUZA NUCCI, “**Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais**”, p. 364/366, item n. 2.1.1, 2010, RT; ROGÉRIO LAURIA TUCCI, “**Direito e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 71/74, 2ª ed., 2004, RT, v.g.), **valendo observar, ainda, que alguns autores situam o direito de recorrer na perspectiva** da Convenção Americana de Direitos Humanos, **como o faz** GERALDO PRADO (“**Duplo Grau de Jurisdição no Processo Penal Brasileiro: Visão a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos em homenagem às ideias de Julio B. J. Maier**” “*in*” “Direito Processual Penal: Uma visão garantista”, p. 105/119, 2001, Lumen Juris),

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

ou, até mesmo, invocam, como suporte dessa prerrogativa fundamental, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a que o Brasil aderiu em 1992 (ANDRÉ NICOLITT, “Manual de Processo Penal”, p. 42/44, item n. 3.7.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico).

Esses, portanto, Senhor Presidente, são o contexto normativo e as premissas que orientarão o meu voto a ser proferido em torno da controvérsia **pertinente** à subsistência, *ou não, dos embargos infringentes nos processos penais originários instaurados* perante esta Corte, **na forma instituída e regulada no inciso I do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.**

Entendo, bem por isso, Senhor Presidente, assentadas as premissas que venho de referir, **mostrar-se de fundamental importância** proclamar, sempre, que nada se perde quando se respeitam e se cumprem as leis e a Constituição da República, **pois, como não se pode desconhecer, tudo se tem a perder** quando a Constituição e as leis são transgredidas e **desconsideradas por qualquer** dos Poderes do Estado.

**Antes de pronunciar-me, Senhor Presidente, sobre a questão pertinente à admissibilidade, ou não, dos embargos infringentes, entendo necessário relembrar, até mesmo para o específico efeito de explicitar o alcance do julgamento** que se está a realizar, **que a teoria geral dos recursos, ao tratar da utilização** do sistema recursal, **destaca a existência de 02 (dois) momentos distintos** referentes a qualquer recurso (ordinário ou extraordinário) que venha a ser interposto.

**No contexto** dessa ordem ritual, **o primeiro momento** a ser considerado **impõe** ao Poder Judiciário **a formulação de um juízo prévio** (positivo ou negativo) **de admissibilidade** da espécie recursal utilizada, **que constitui, precisamente, a fase** que ora se examina neste caso. **Prematuro discutir, por isso mesmo, neste primeiro momento, o mérito** subjacente ao recurso em questão. **Uma vez admitido** (e conhecido, *portanto*) o recurso

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

interposto, **será ele, então, submetido** a regular processamento, para, **alcançada** a segunda fase, **poder o Tribunal** examinar-lhe o pedido central, ou seja, **apreciar o mérito** da causa.

**Torna-se claro, desse modo, que o juízo de mérito** sobre a acusação criminal (a ocorrer **somente** em momento ulterior) **nada tem a ver, na presente fase processual**, com o juízo (*meramente preliminar*) de admissibilidade do recurso.

**Somente após superado, positivamente, esse estágio inicial**, em que se analisam, *tão somente*, os pressupostos recursais (objetivos e subjetivos), **é que se examinará, uma vez ouvida** a parte contrária (o Ministério Público, *no caso*), o fundo da controvérsia penal, **vale dizer**, o próprio mérito do recurso!

O Supremo Tribunal Federal, neste instante, **ainda se acha** no primeiro momento, ou seja, **ainda examina se** o recurso interposto é cabível ou não! *Essa, pois, é a questão a ser resolvida.*

**Sob tal perspectiva, e adstringindo-me** ao contexto normativo ora em exame, **tenho para mim**, Senhor Presidente, **na linha do voto** que proferi, em 02/08/2012, no julgamento *de questão de ordem* que havia sido *então* suscitada pelo eminente Revisor desta causa, **que ainda subsistem**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, *nas ações penais originárias*, **os embargos infringentes** a que se refere o art. 333, inciso I, do Regimento Interno desta Corte, **que não sofreu, no ponto, derrogação tácita ou indireta** em decorrência da superveniente edição da Lei nº 8.038/90, **que se limitou** a dispor sobre normas *meramente procedimentais* **concernentes** às causas penais originárias, **indicando-lhes** a ordem ritual **e regendo-as** até o encerramento da instrução probatória, *inclusive*, para, *a partir daí*, submeter o julgamento ao domínio regimental, **abstendo-se, no entanto, em silêncio eloquente**, típico de lacunas normativas *conscientes, voluntárias ou intencionais* (NORBERTO BOBBIO, “Teoria do Ordenamento

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Jurídico**", p. 144, 1989, Polis/Ed.UnB), **de regular** o sistema de recursos internos *já extensamente disciplinado* em sede regimental.

**Ao reconhecer** a viabilidade jurídico-processual de utilização, **nesta** Suprema Corte, **dos embargos infringentes** em matéria processual penal, **salientei** *que a garantia da proteção judicial efetiva acha-se assegurada*, nos processos penais originários **instaurados** perante o Supremo Tribunal Federal, **não só** pela observância da cláusula do "*due process of law*" (**com todos** os consectários que dela decorrem), **mas, também, pela possibilidade** que o art. 333, **inciso I**, do RISTF **enseja** aos réus, **sempre** que o juízo de condenação penal *apresentar-se majoritário*.

**Referi-me**, então, **no voto** por mim proferido, à previsão regimental **de utilização**, **nos processos penais originários** instaurados perante o Supremo Tribunal Federal, dos "*embargos infringentes*", **privativos** do réu, porque **somente** por este oponíveis a decisão "*não unânime*" do Plenário **que tenha julgado** "*procedente a ação penal*".

**Cabe registrar**, no ponto, **que a norma inscrita no art. 333, n. I**, do RISTF, **embora** formalmente regimental, **qualifica-se** como prescrição *de caráter materialmente legislativo*, **eis que editada** pelo Supremo Tribunal Federal **com base em poder normativo primário** que lhe foi **expressamente** conferido pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, "c").

**É preciso ter presente** que a norma regimental em questão, **institutiva** de espécie recursal nominada, **embora** veiculasse matéria de natureza processual, **revelava-se legítima em face** do que dispunha, **então**, o art. 119, § 3º, "c", da Carta Federal de 1969 (**correspondente**, na Carta Política de 1967, ao art. 115, parágrafo único, alínea "c"), **que outorgava** ao Supremo Tribunal Federal, *como já anteriormente mencionado*, **poder normativo primário**, **conferindo-lhe** atribuição para, *em sede meramente regimental*, **dispor sobre "o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...)"** (grifei).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, dispunha, excepcionalmente, de competência para estabelecer, ele próprio, normas de direito processual em seu regimento interno, não obstante fosse vedado aos demais Tribunais judiciais o exercício dessa mesma prerrogativa, cuja prática – considerado o sistema institucional de divisão de poderes – incumbia, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 – RTJ 69/138, v.g.).

Essa excepcional competência normativa primária permitiu ao Supremo Tribunal Federal prescrever, em sede formalmente regimental, normas de caráter materialmente legislativo (RTJ 190/1084, v.g.), legitimando-se, em consequência, a edição de regras como aquela consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF.

Com a superveniência da Constituição promulgada em 1988, o Supremo Tribunal Federal perdeu essa extraordinária atribuição normativa, passando a submeter-se, como os demais Tribunais judiciais, em matéria processual, ao domínio normativo da lei em sentido formal (CE, art. 96, I, “a”).

Em virtude desse novo contexto jurídico, essencialmente fundado na Constituição da República (1988) – que não reeditou regra com o mesmo conteúdo daquele preceito inscrito no art. 119, § 3º, “c”, da Carta Política de 1969 –, veio o Congresso Nacional, mesmo tratando-se de causas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal, a dispor, uma vez mais, em plenitude, do poder que historicamente sempre lhe coube, qual seja, o de legislar, amplamente, sobre normas de direito processual.

E foi precisamente no exercício dessa atribuição constitucional que o Congresso Nacional editou, com inteira validade, diplomas legislativos como aqueles consubstanciados, por exemplo, na Lei nº 8.038/90, na

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Lei nº 8.950/94 e, também, na Lei nº 9.756/98, posto que cessara, “pleno jure”, com o advento da Constituição de 1988, a excepcional competência normativa primária que permitira a esta Suprema Corte, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, “c”), prescrever normas de direito processual relativamente às causas incluídas em sua esfera de competência.

Não se trata, portanto, de discutir se a prescrição regimental reveste-se de maior eficácia, ou não, que a regra legal no plano hierárquico-normativo, porque essa matéria há de ser analisada em função do que estabelece a Constituição, que claramente separa e distingue dois domínios: o da lei e o do regimento interno dos Tribunais. Vale dizer, há que se examinar o tema à luz de dois critérios: o da reserva constitucional de lei, de um lado, e o da reserva constitucional de regimento, de outro.

O eminente Ministro PAULO BROSSARD, em um de seus luminosos votos proferidos neste Tribunal (ADI 1.105-MC/DF), bem equacionou o problema resultante da tensão normativa entre a regra legal e o preceito regimental, chamando a atenção para o fato – juridicamente relevante – de que a existência, a validade e a eficácia de tais espécies normativas hão de resultar do que dispuser o próprio texto constitucional:

*“Em verdade, não se trata de saber se a lei prevalece sobre o regimento ou o regimento sobre a lei. Dependendo da matéria regulada, a prevalência será do regimento ou da lei (JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO, Constituição Federal Anotada, 1986, p. 368; RMS 14.287, ac. 14.VI.66, relator Ministro PEDRO CHAVES, RDA 87-193; RE 67.328, ac. 15.X.69, relator Ministro AMARAL SANTOS, RTJ 54-183; RE 72.094, ac. 6.XII.73, relator ANTONIO NEDER, RTJ 69-138). A dificuldade surge no momento de fixar as divisas entre o que compete ao legislador disciplinar e o que incumbe ao tribunal dispor. O deslinde não se faz por uma linha reta, nítida e firme de alto a baixo; há zonas cinzentas e entrâncias e reentrâncias a revelar que, em matéria de competência, se*



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*verificam situações que lembram os pontos divisórios do mundo animal e vegetal. (...).*

*O certo é que cada Poder tem a posse privativa de determinadas áreas. (...).*

*Alega-se que a matéria é processual e por lei há de ser regulada. A assertiva envolve um círculo vicioso: dá-se como certo o que devia ser demonstrado. A recíproca é verdadeira. Também não basta afirmar que o assunto é regimental para que seja regulado pelos tribunais, com exclusão do legislador. No caso vertente, cuida-se de saber se estava na competência do legislador interferir no ato do julgamento ou se a Constituição o reservou ao Poder Judiciário, mediante norma regimental. Esta a questão.*

*A propósito, vale reproduzir esta passagem de JOSÉ FREDERICO MARQUES,*

*‘A votação dos regimentos internos é um dos elementos da independência do Poder Judiciário, diz PONTES DE MIRANDA, ‘porque, se assim não acontecesse, poderiam os legisladores, com a aparência de reorganizar a justiça, alterar a ordem dos julgamentos e atingir a vida interna dos tribunais’. (...) O Supremo Tribunal Federal, em julgamento memorável, firmou essa diretriz, fulminando de inconstitucional a Lei nº 2.790, de 24 de novembro de 1956, que reformava o art. 875 do Código de Proc. Civil, para admitir que as partes intervissem no julgamento depois de proferido o voto do relator. Como disse, na ocasião, o ministro EDGAR COSTA, a citada lei contrariava frontalmente ‘a própria autonomia interna dos tribunais, no que diz respeito à sua competência privativa para estabelecer as normas a seguir na marcha dos seus trabalhos, através dos seus regimentos, que, por preceito constitucional (art. 97, nº II), lhes cabe, livre da interferência de outros poderes’. (...).’*

*.....*  
*Insisto no que me parece fundamental. A questão não está em saber se o regimento contraria a lei ou se esta prevalece sobre aquele; a questão está em saber se, dispondo como dispôs, o*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*legislador podia fazê-lo, isto é, se exercitava competência legítima ou se, ao contrário, invadia competência constitucionalmente reservada aos tribunais; da mesma forma, o cerne da questão está em saber se o Judiciário, no exercício de sua competência legislativa, se houve nos seus limites ou se os excedeu.” (grifei)*

Em suma, Senhor Presidente, é a própria Constituição que delimita o campo de incidência da atividade legislativa, **vedando** ao Congresso Nacional a **edição** de normas que visem a disciplinar matéria que a Constituição **reservou, com exclusividade**, à competência normativa dos Tribunais.

**Foi por tal razão** que o Supremo Tribunal Federal, **em face** dessa precisa delimitação material de competências normativas **resultante** da discriminação **constitucional** de atribuições, **julgou inconstitucionais regras legais que transgrediram a cláusula de reserva constitucional de regimento, por permitirem, p. ex., a sustentação oral, nos Tribunais, após o voto do Relator (ADI 1.105/DF), em julgamento** que se apoiou **em antigo** precedente desta Corte, que declarara a inconstitucionalidade, **em 30/11/56**, da Lei federal nº 2.970, de 24/11/56 (“Lei Castilho Cabral”).

Na realidade, a reserva constitucional de regimento **transforma** o texto regimental em verdadeira “*sedes materiae*” **no que concerne** aos temas sujeitos **ao exclusivo poder** de regulação normativa dos Tribunais.

Essa **posição jurídica** do regimento interno na veiculação instrumental das matérias sujeitas ao estrito domínio normativo dos Tribunais **foi bem ressaltada** por THEMÍSTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, que, ênfatizando a impossibilidade de ingerência do Poder Legislativo no regramento dessas **mesmas** questões, **observou** que os órgãos do Judiciário, **ao editarem** os seus regimentos internos, “*exercem uma função legislativa assegurada pela Constituição, restritiva da função exercida pelo Poder Legislativo*” (“A Constituição Federal Comentada”, vol. II/312, 1948, Konfino).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

A mesma visão doutrinária do tema é compartilhada por JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Nove Ensaios Jurídicos”, p. 83/84, 1975, Lex Editora), que, em texto monográfico intitulado “Dos Regimentos Internos dos Tribunais”, observa:

*“É que, tirando da própria Lei Maior a sua força de regra imperativa, o regimento não está vinculado à lei formal naquilo que constitua objeto da vida interna do Tribunal. No campo do ‘ius scriptum’, tanto a lei como o cânon regimental ocupam a mesma posição hierárquica. A lei não se sobrepõe ao regimento naquilo que a este cumpre disciplinar: ‘ratione materiae’ é que a Lei e o Regimento se distinguem, no plano das fontes formais do Direito Objetivo.*

.....  
Como bem explica o ministro MÁRIO GUIMARÃES, o regimento interno, que ‘é a lei interna do Tribunal’, tem por escopo regular ‘o que ocorre e se processa portas a dentro’, tal como se dá com os regulamentos do Poder Legislativo. Por isso mesmo, os tribunais ‘podem legislar sobre a organização de seu trabalho, pois que essa é matéria regimental’. E conclui:

*‘Não há dizer que a lei prevalece sobre o regimento. Lei e regimento têm órbitas distintas. Dentro de suas áreas respectivas, soberanos o são, respectivamente, o Legislativo e o Judiciário.’” (grifei)*

Da mesma forma, esta Suprema Corte, ao julgar a Representação nº 1.092/DF, Rel. Min. DJACI FALCÃO, declarou inconstitucionais determinadas prescrições constantes do Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos, por entender que a instituição, por aquela Corte judiciária, do instrumento processual da Reclamação, viabilizada em sede meramente regimental, ofendia a cláusula da reserva constitucional de lei formal (RTJ 112/504-567).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

A norma **inscrita** no art. 333, **inciso I**, do RISTF, *contudo, embora impregnada* de natureza formalmente regimental, **ostenta**, desde a sua edição, como precedentemente por mim enfatizado, **o caráter de prescrição materialmente legislativa, considerada** a regra constante do art. 119, § 3º, “c”, da Carta Federal de 1969.

**Com a superveniência** da Constituição de 1988, **o art. 333, n. I**, do RISTF **foi recebido, pela nova ordem constitucional**, com força, valor, eficácia e autoridade de lei, **o que permite conformá-lo à exigência** fundada *no postulado da reserva de lei*.

**Não se pode desconhecer**, neste ponto, **que se registrou, na espécie, com o advento** da Constituição de 1988, **a recepção**, por esse novo estatuto político, **do mencionado** preceito regimental, veiculador de norma de direito processual, **que passou, a partir** da vigência da nova Lei Fundamental da República, *como já assinalado*, **a ostentar** força, valor, eficácia e autoridade **de norma legal, consoante tem proclamado a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**RTJ 147/1010**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **RTJ 151/278-279**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RTJ 190/1084**, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

**O fenômeno da recepção, bem o sabemos, assegura a preservação** do ordenamento infraconstitucional existente **antes** da vigência do novo texto fundamental, **desde** que com este **garde** relação de estrita fidelidade no plano jurídico-material, **em ordem a garantir a prevalência da continuidade** do direito, **pois**, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, “a Constituição, por si só, não prejudica a vigência das leis anteriores (...), desde que não conflitantes com o texto constitucional (...)” (**RTJ 71/289-293**).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Esta Suprema Corte, **fazendo aplicação** do mecanismo da recepção, **proclamou permanecerem válidas e eficazes** as regras ordinárias anteriores à Constituição, “*desde que não contrastantes com os seus princípios e normas, ou com o seu espírito*” (**RTJ** 77/657-659).

**É certo** que falece, agora, ao Supremo Tribunal Federal **o poder de derogar** normas regimentais veiculadoras de conteúdo processual, **pois estas** – *porque consubstanciadoras* de prescrições **materialmente** legislativas – **somente** poderão ser alteradas **mediante lei em sentido formal, observado, em sua elaboração, o devido processo legislativo, tal como disciplinado** no texto da **vigente** Constituição da República.

**Não foi por outra razão** que o *então* Presidente Fernando Henrique Cardoso, **acolhendo** Exposição de Motivos **subscrita** pelo Ministro da Justiça Iris Rezende e pelo Ministro-Chefe da Casa Civil da Presidência da República Clovis Carvalho, **encaminhou, pela Mensagem nº 43/98, projeto de lei** ao Congresso Nacional, **propondo alterações legislativas** no Código de Processo Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho **e na Lei nº 8.038/90**.

Uma das propostas veiculadas em referido projeto de lei (que tomou o nº 4.070/98 na Câmara dos Deputados) **consistia na pretendida abolição, pura e simples, dos embargos infringentes** em todas as hipóteses previstas no art. 333 do RISTF, **como decorria** do art. 7º de mencionada proposição legislativa, **que possuía o seguinte teor:**

*“Art. 7º Acrescentam-se à Lei nº 8.038, de 1990, os seguintes artigos, renumerando-se os subseqüentes:*

*Art. 43. Não cabem embargos infringentes contra decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal.” (grifei)*

**As razões subjacentes** ao projeto de lei em questão, **invocadas** pela Presidência da República **para justificar** a proposta **de extinção dos**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*embargos infringentes* contra acórdãos do Plenário do Supremo Tribunal Federal, **foram assim explicitadas** pelos Ministros de Estado subscritores da Exposição de Motivos:

*“Seguindo na mesma esteira de desafogamento dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, o acréscimo de novo art. 43 à Lei nº 8.038/90 visa à redução dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, uma vez que as matérias que são levadas ao Plenário já são de tal relevância, que os debates verificados para a fixação de posicionamento da Corte raramente ensejariam a revisão de posturas por parte daqueles que já se pronunciaram a favor ou contra as teses veiculadas em recursos ou ações apreciadas em Plenário.” (grifei)*

Essa proposta do Poder Executivo da União, contudo, **não foi acolhida** pela Câmara dos Deputados, **que se apoiou, para rejeitar a pretendida extinção** dos embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal, **nas razões** apresentadas, “em voto em separado”, pelo então Deputado Federal Jarbas Lima, **que assim justificou a manutenção dos embargos infringentes** no sistema recursal validamente instituído por esta Suprema Corte no art. 333 de seu Regimento Interno:

*“5 - Sugere-se, por fim, a supressão da proposta de criação do art. 43 na Lei nº 8.038/90, constante no artigo 3º do substitutivo. Isso porque a possibilidade de embargos infringentes contra decisão não unânime do plenário do STF constitui importante canal para a reafirmação ou modificação do entendimento sobre temas constitucionais, além dos demais para os quais esse recurso é previsto. Perceba-se que, de acordo com o Regimento Interno da Suprema Corte (artigo 333, par. único), são necessários no mínimo quatro votos divergentes para viabilizar os embargos. Se a controvérsia estabelecida tem tamanho vulto, é relevante que se oportunize novo julgamento para a rediscussão do tema e a fixação de um entendimento definitivo, que depois dificilmente chegará a ser revisto. Eventual alteração na*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*composição do Supremo Tribunal no interregno poderá influir no resultado afinal verificado, que também poderá ser modificado por argumentos ainda não considerados ou até por circunstâncias conjunturais relevantes que se tenham feito sentir entre os dois momentos. Não se afigura oportuno fechar a última porta para o debate judiciário de assuntos da mais alta relevância para a vida nacional.” (grifei)*

**É importante assinalar** que esse entendimento **foi aprovado** pelo Plenário da Câmara dos Deputados, **que assim rejeitou a pretendida abolição dos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **em votação que teve o apoio** dos Líderes do PSDB, do PMDB, do PT, do PTB, do PPS, do PPB e do PFL.

**O Senado Federal, por sua vez, aprovou** o texto oriundo da Câmara dos Deputados, **fazendo-o** com pequenas alterações, **que sequer cuidaram** do tema pertinente à **abolição** dos embargos infringentes.

**Em decorrência da aprovação bicameral** da proposição legislativa referida, **resultou promulgada, mediante sanção presidencial, a Lei nº 9.756, de 17/12/98, que “Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais”.**

**Vê-se, portanto, que a questão pertinente aos embargos infringentes** no âmbito do Supremo Tribunal Federal **constitui, agora, sob a égide da vigente Constituição, matéria que se submete, por inteiro, à cláusula de reserva constitucional de lei formal, cabendo** ao Poder Legislativo, **por tratar-se** de típica questão de política legislativa, **a adoção** de medidas que eventualmente possam resultar, **até mesmo, na supressão definitiva** dos embargos infringentes no âmbito interno do Supremo Tribunal Federal. **Matéria “de lege ferenda”, portanto!**

**Tais observações, contudo, não descaracterizam a legitimidade constitucional** da norma inscrita no art. 333, I, do RISTF, **pois, como**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*anteriormente enfatizado, essa prescrição normativa **foi recepcionada** pela vigente ordem constitucional (RTJ 147/1010 – RTJ 151/278-279 – RTJ 190/1084, v.g.), que lhe atribuiu força e autoridade de lei, viabilizando-lhe, desse modo, a **integral aplicabilidade** por esta Suprema Corte.*

***É por isso que entendo, não obstante** a superveniente edição da Lei nº 8.038/90, **que ainda subsiste, com força de lei, a regra** consubstanciada no art. 333, I, do RISTF, **plenamente** compatível com a nova ordem ritual **estabelecida** para os processos penais originários **instaurados** perante o Supremo Tribunal Federal.*

*O fato, Senhor Presidente, **é que não se presume a revogação tácita das leis, especialmente** se se considerar **que não incide, no caso ora em exame, qualquer** das hipóteses configuradoras de revogação das espécies normativas, **na forma descrita no § 1º** do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.*

*Com efeito, a **regulação normativa** veiculada **no novo** estatuto legislativo **não abrangeu a totalidade** da disciplina **inerente** ao processo penal originário no Supremo Tribunal Federal, **mesmo** porque a Lei nº 8.038/90, **ao instituir** “normas procedimentais para os processos que específica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal”, **limitou-se, no plano da persecução penal originária, a dispor sobre a ordem ritual** do respectivo procedimento **até a conclusão** da fase de instrução probatória (art. 12), **relegando ao domínio regimental** a normação concernente ao próprio julgamento da causa penal.*

*Na realidade, o diploma legislativo em questão, **embora** pudesse fazê-lo, **absteve-se de disciplinar o sistema recursal interno** do Supremo Tribunal Federal, **o que representou, na perspectiva do § 1º** do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, **a preservação do conteúdo eficaz** da regra **inscrita** no inciso I do art. 333 do RISTF.*



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Esse **silêncio** do texto legal, tal como a ele me referi em passagem anterior deste voto, **não é de ser equiparado a uma lacuna normativa involuntária** (ou inconsciente), **assim entendida** aquela que decorre “*de um descuido do legislador*” (NORBERTO BOBBIO, “*Teoria do Ordenamento Jurídico*”, p. 144, 1989, Polis/Ed.UnB). **Ao contrário**, trata-se de típica lacuna intencional (ou voluntária) do legislador ordinário, que, **embora tendo presente** a realidade normativa emergente **do novo** modelo constitucional, **quis, conscientemente, deixar de regular** a questão pertinente aos embargos infringentes, **por entender desnecessário desarticular** o sistema integrado de recursos fundado, validamente, **no próprio** Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Ao *assim proceder*, **deixando** de disciplinar, inteiramente, a matéria tratada no Regimento Interno desta Corte, o legislador **não deu causa a uma situação de revogação tácita, implícita ou indireta** do inciso I do art. 333 do diploma regimental, **eis que** – insista-se – essa modalidade de revogação **somente** ocorre em 02 (duas) hipóteses: **(a) quando** a lei posterior for totalmente incompatível com a espécie normativa anterior **e (b) quando** a nova lei regular, inteiramente, a matéria de que tratava a legislação anterior.

Esse **entendimento** foi **exposto, de maneira clara, pelo eminente** Ministro HAMILTON CARVALHIDO, **que integrou** o E. Superior Tribunal de Justiça, **e que, ao discorrer sobre o tema, acentuou** que a Lei nº 8.038/90 **não extinguiu os embargos infringentes previstos** no art. 333, **inciso I**, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

**Eis, no ponto, a valiosa lição** desse eminente magistrado e antigo Chefe do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro:

*“Cuida-se de norma regimental, que reproduz norma regimental anterior, e antecedeu à Constituição de 1988, com a qual se harmoniza plenamente, em especial com a sua disciplina dos*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*direitos fundamentais, fazendo-se indiscutível a sua recepção pela nova ordem constitucional. E foi recepcionada como norma materialmente legislativa, eis que editada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da competência para disciplinar o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou de recurso, que lhe foi atribuída, com exclusividade, pela Emenda Constitucional 1, de 1969.*

.....  
*A questão, enquanto pura de Direito, não se submete a critérios outros que não os que se pode extrair da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, no seu artigo 2º, parágrafo 1º, preceitua a revogação da lei anterior pela posterior, quando a lei nova expressamente o declare; quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (Decreto Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942).*

*Sendo essa a lei de regência do conflito de normas no tempo, a solução da questão é a da declaração positiva da vigência da norma regimental anterior, qual seja, a do cabimento dos embargos infringentes do acusado contra acórdão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, quando condenatório e assentado por maioria contra, no mínimo, quatro votos divergentes.*

*É que a Lei 8.038/90 não revogou expressamente o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; nada dispõe em contrário à norma regimental e não disciplina inteiramente nem o processo da ação penal originária, nem taxativamente os recursos da competência do Excelso Pretório.*

*Com efeito, primeiro, a Lei 8.038/90, no seu artigo 44, revogou expressamente apenas os artigos 541 a 546 do Código de Processo Civil de 1973, e a Lei 3.396, de 2 de junho de 1958, referentes os primeiros aos recursos extraordinários e especial e a última aos artigos 863 e 864 do Código de Processo Civil de 1939 e 622 a 636 do Código de Processo Penal. Segundo, quanto ao Supremo Tribunal Federal e aos recursos da sua competência, apenas disciplinou o recurso extraordinário, assim nada dispondo em contrário ao artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*Supremo Tribunal Federal. Por fim, tratou tão somente da fase de conhecimento do processo da ação penal originária e o fez não completamente, pois que também se remete ao Regimento do Tribunal, com vistas à disciplina do julgamento da causa.*

*Não é diverso o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como exsurge, por todos, do voto condutor do acórdão no Agravo Regimental nos Embargos Infringentes no Habeas Corpus 77.664/SP, da lavra do ilustre ministro Carlos Velloso, relator, 'verbis': 'no Supremo Tribunal Federal, os embargos infringentes são cabíveis da decisão não unânime do Plenário (...), que julgar procedente a ação penal (...), sendo certo que, tratando-se de decisão do plenário, o cabimento dos embargos infringentes depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes (RI/STF, art. 333, e seu Parágrafo Único)'.*

*É de se afirmar, portanto, a vigência da norma regimental que prevê os embargos infringentes como recurso oponível a acórdão condenatório não unânime, do Pleno do Supremo Tribunal Federal, com divergência de pelo menos quatro votos.*

*Trata-se, como convém averbar em remate, o artigo 333, inciso I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de norma do devido processo legal, garantia individual, titularizada por todos os membros da Sociedade Civil, de observância absoluta, pena de irreparável ofensa ao Pacto Social ele mesmo. A exceção, que o atinja, jamais será individual ou particular, mas, por força de natureza, coletiva e geral, gravíssima e permanente, enquanto ofensa aos direitos fundamentais, com comprometimento intenso da sua efetividade." (grifei)*

**Enfatize-se, portanto, e no que concerne aos embargos infringentes** – cuja base normativa reside no art. 333, n. I, do RISTF –, **que não se registrou, presente o próprio conteúdo da Lei nº 8.038/90, hipótese de incompatibilidade ou situação de inteira regulação normativa da matéria, o que torna absolutamente inaplicável ao caso ora em exame a regra inscrita no art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

**Subsiste, portanto, íntegra** a regra consubstanciada **no inciso I** do art. 333 do RISTF, **considerada** a circunstância – *juridicamente relevante* – de que a Lei nº 8.038/90 **não operou, no contexto mais amplo dos processos penais originários instaurados** perante esta Suprema Corte, *revogação global ou sistêmica* da matéria.

**E, como se sabe, quando** tal ocorre, **passam a coexistir, em relação de plena harmonia jurídica**, diplomas normativos **impregnados de conteúdo temático próprio, valendo rememorar a lição** do eminente Professor ALFREDO BUZAID (“**Estudos de Direito**”, vol. I/200-201, item n. 18, 1972, Saraiva), saudoso Ministro desta Suprema Corte que, **ao examinar** o sentido da cláusula constitucional **que deferiu, em 1967/1969, poder normativo primário** ao Supremo Tribunal Federal **em matéria processual, enfatizou**, com a reconhecida autoridade de haver sido um dos mais brilhantes jurisconsultos deste País, que referida atribuição **legitimava** a instituição, **por este Tribunal**, em sede regimental, **de recursos** pertinentes às matérias sujeitas à sua competência:

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

***De outro lado, há a considerar, ainda, um outro aspecto*** que tenho por pertinente **no exame** da controvérsia ora em julgamento **e que se refere** ao fato de que a regra consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF **busca permitir, ainda que de modo incompleto, a concretização**, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **no contexto** das causas penais originárias, **do postulado do duplo reexame**, **que visaria amparar** o direito consagrado na **própria** Convenção Americana de Direitos Humanos, **na medida em que realiza, embora insuficientemente**, a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (**Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 2, alínea “h”**).

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

A adoção do critério do duplo reexame nos julgamentos penais condenatórios **realizados** pelo Supremo Tribunal Federal, **possibilitando** a utilização dos embargos infringentes na hipótese singular prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, **permitirá** alcançar solução, não obstante limitada, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, **atuando** originariamente como instância judiciária única, **proferir**, por votação majoritária, julgamentos penais **desfavoráveis** ao réu.

Na realidade, **não se pode deixar de reconhecer** que os embargos infringentes, **tais como** instituídos no inciso I do art. 333 do RISTF, **mostram-se insuficientes à plena realização** de um direito fundamental assegurado pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Artigo 8º, n. 2, “h”) **e que consiste** na prerrogativa jurídico-processual de o condenado “recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior”.

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

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

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

Com efeito, o Brasil, **no final** do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (**Decreto** nº 4.463, de 08/11/2002), **reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (**Pacto de São José da Costa Rica**, Artigo 62), **o que legitima** o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, **do controle de convencionalidade, vale dizer**, da adequação e observância, **por parte** dos Estados nacionais **que voluntariamente se submeteram, como o Brasil**, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, **no contexto do sistema interamericano**, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

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

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

A Corte Interamericana **não é** um tribunal **que está acima** do STF, ou seja, **não há hierarquia** entre eles. **É por isso que ela não constitui** um órgão recursal. **Porém**, suas decisões **obrigam** o país **que é condenado** a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. ‘Pacta sunt

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*servanda': ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos.*

***De forma direta**, a Corte **não interfere** nos processos que tramitam num determinado Estado membro **sujeito à sua jurisdição** (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta, **sim**. (...).*

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

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

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

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

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

- Os magistrados e Tribunais, **no exercício** de sua atividade interpretativa, **especialmente** no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, **devem observar** um princípio hermenêutico básico (**tal como** aquele proclamado **no Artigo 29** da Convenção Americana de Direitos Humanos), **consistente em atribuir**



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica.

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

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

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

É de observar-se, ainda, por relevante, que, opostos os embargos infringentes, “serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor” (RISTF, art. 76), o que permitirá, até mesmo, uma nova visão sobre o litígio penal ora em julgamento.

Cabe relembrar, neste ponto, considerado o fato de que os embargos infringentes permitirão, embora de modo pontual, porque limitados ao objeto da divergência, uma nova visão sobre a controvérsia penal, a observação de PONTES DE MIRANDA (“Comentários ao Código de Processo Civil”, tomo VII, p. 329/330 e 339, 1975, Forense) no sentido de que essa modalidade recursal, ainda que havida por inconveniente por alguns processualistas, pode, no entanto, servir à causa da Justiça, como o revela esse eminente jurisconsulto brasileiro ao justificar a razão de ser dos embargos infringentes:

*“É então que se verifica a verdadeira função político-jurídica do recurso de embargos: estão presentes os juízes*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*vencedores e o juiz vencido ou os juízes vencidos, às vezes misturados com os juízes que não tomaram parte no julgamento; a matéria, em grau de embargos, ganha em melhor estudo dos advogados e melhor apreciação dos juízes, de modo que se junta à experiência dos juízes do tribunal, cujo acórdão se embarga, o estudo recente do relator e do revisor do recurso de embargos. Psicologicamente, e dizemo-lo com a observação direta de muitos anos, os melhores julgamentos, os mais completamente instruídos e os mais proficientemente discutidos, são os julgamentos das câmaras de embargos, e não se compreende que, ainda em Portugal, houvesse hostilidade ao velho recurso lusitano, preciosa criação da mentalidade popular, na reação contra a errada justiça reinícola. Hoje, que o elemento de 'retratação' e o elemento de 'devolução' se associaram, devemos perseverar no seu uso, que passou a ser, desde a Lei n. 319, de extraordinária importância na superior instância. Muita injustiça se tem afastado com os julgamentos em grau de embargos.*

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

**Cabe assinalar, finalmente, que a existência de votos vencidos qualifica-se como pressuposto necessário** para a admissibilidade dos embargos infringentes, **pois, como ninguém o ignora, a finalidade** dessa espécie recursal **consiste** em fazer prevalecer, **no re julgamento** da causa – limitado, **topicamente**, ao objeto da divergência –, **a solução** preconizada **pela corrente minoritária**.

**É de indagar-se, neste ponto, para efeito de utilização dos embargos infringentes contra acórdão não unânime** do Supremo Tribunal Federal, **na hipótese** prevista no art. 333, inciso I, do RISTF, **se** a corrente minoritária deve compor-se **de 04 (quatro) votos vencidos ou**, então, **se** se revela suficiente a existência **de apenas 01 (um) voto divergente**.

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

**Entendo** que essa questão **mereceu** *adequada análise* pelo eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, que, **em julgamento nesta Corte**, de que foi Relator (**HC** 71.124/RJ), **após haver destacado** o descabimento de embargos infringentes criminais contra decisão condenatória **não** unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais em geral, *“salvo no Supremo Tribunal Federal”*, **bem justificou** a razão de ser da **exigência mínima** de 04 (quatro) votos vencidos, **salientando** que esse número – *bastante expressivo* em um Tribunal *com apenas* 11 (onze) integrantes (**tanto** que quatro votos, *nas Turmas*, **compõem a maioria**) – **revela-se apto a evidenciar, sem qualquer dúvida**, a plausibilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte embargante:

*“Resta a invocada analogia da hipótese com as tratadas no Regimento Interno do Supremo Tribunal, que tanto admite os embargos infringentes contra a decisão que ‘julgar improcedente a revisão criminal’ (art. 333, III), quanto contra aquela que ‘julgar procedente a ação penal’ (art. 333, I), atualmente, desde que haja quatro votos vencidos (a ressalva do art. 333, parág. único, quando se tratasse de julgamento criminal em sessão secreta, que se contentava em que a decisão não fosse unânime, perdeu o objeto com o art. 93, IX, da Constituição).*

*É curioso observar que a admissão dos embargos infringentes contra decisão das ações penais originárias, no âmbito do Supremo Tribunal, desde o art. 194 do velho Regimento (CORDEIRO DE MELLO, ‘ob. cit.’, II/832): muito anterior, portanto, a que a EC 16/65 e as cartas constitucionais subsequentes outorgassem hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte.*

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*Não obstante, estou em que a singularidade se explica pela posição do Supremo Tribunal na cúpula da estrutura judiciária nacional (...).*

.....  
*Em contraposição, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal são de única e última instância, não apenas no accertamento dos fatos, mas também na aplicação do direito: donde, a construção da abertura da via dos embargos, ao menos para as hipóteses em que o número de votos divergentes no seio da Corte emprestar probabilidade significativa de êxito à súplica do reexame do caso.*

*Nessa linha de raciocínio, é significativo que a L. 8.038/90 – que cuidou das ações penais originárias, de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça – não haja cogitado de transportar, para o último, a regra de admissibilidade dos embargos infringentes, que, por força do regimento, aqui subsiste. (...).*

.....  
*Finalmente, impressiona o argumento das informações de que, suposto ser o caso de aplicação analógica, a exigência de quatro votos vencidos, de grande peso no conjunto de onze juízes do STE, não poderia ser transplantada para o âmbito de colegiados muito mais numerosos (...) sem que antes se procedesse à devida adequação da proporcionalidade.” (grifei)*

**Quero destacar, neste ponto, que o eminente Professor FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, processualista ilustre, de quem tive a honra de haver sido colega no Ministério Público paulista, sustenta, com o brilho de sempre, a possibilidade de utilização dos embargos infringentes, nesta Suprema Corte, mesmo existindo apenas 01 (um) voto vencido.**

**Não obstante as doutes razões expendidas por esse ilustre Mestre, peço respeitosa vênia a Sua Excelência por entender necessário, segundo penso, que a corrente minoritária deva compor-se, no mínimo, de 04 (quatro) votos vencidos, em claro reconhecimento da relevância**

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

*jurídica* da pretensão que venha a ser deduzida pelo réu condenado em sede originária **por este Tribunal, considerados, para tanto,** os fundamentos expostos pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE no julgamento que precedentemente mencionei (HC 71.124/RJ).

**Concluo o meu voto**, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para dar provimento** ao presente “agravo regimental”, **admitindo**, em consequência, **a possibilidade** de utilização, *no caso*, dos embargos infringentes (**RISTE**, art. 333, inciso I), **desde que existentes, pelo menos**, 04 (quatro) votos vencidos, **acompanhando**, *por tal razão*, a **divergência** iniciada pelo eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO.

**É o meu voto.**

18/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. JOAQUIM BARBOSA</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. TEORI ZAVASCKI</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: CRISTIANO DE MELLO PAZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>

**VOTO**

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (RELATOR):** Quanto à questão de ordem formulada pelo Ministro Marco Aurélio, deixo de acolhê-la por dois motivos: primeiro, porque há dúvida razoável relativamente à suspensão ou não do prazo para interposição desse recurso, de modo que sua não interposição poderia levar a um futuro indeferimento por intempestividade; segundo, por ter havido expressa manifestação do recorrente quanto ao seu interesse no julgamento dos dois recursos (embargos de declaração e embargos infringentes), fazendo o pedido de que *na hipótese de recebimento, ainda que parcial, dos embargos declaratórios opostos contra o v. Acórdão de fls. 51.616/60.020 no último dia 2 de maio, seja-lhe aberta vista para emendar esta petição, se for o caso* (fls. 62.790, vol. 284).

Assim, não considero possível considerar que se operou a preclusão consumativa.

Voto pelo não acolhimento da questão de ordem.

**18/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS****VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM**

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Senhor Presidente, de fato o Regimento Interno prevê, no artigo 334, o prazo de quinze dias. É fato também que, por ocasião dos embargos de declaração, em voto conduzido pelo eminente Ministro Teori Zavascki, o Tribunal aplicou analogicamente o artigo 191 do Código de Processo Civil para, com base neste fundamento normativo, dobrar o prazo.

Porém, Senhor Presidente, eu acho que, embora o fundamento normativo tenha sido o artigo 191 aplicado analogicamente, naquelas circunstâncias, se justificava a prorrogação, em razão do volume do acórdão e da complexidade do acórdão, portanto, era mais do que justificado que os advogados tivessem mais tempo para percorrer aqueles milhares de páginas. Não é isso que se passa aqui, porque os embargos infringentes, tendo sido improvidos os embargos de declaração, serão interpostos contra o acórdão que foi publicado em abril, portanto, não há nem o fenômeno surpresa nem a complexidade.

De parte isso, acho que há um argumento suplementar: é que o prazo de quinze dias para os advogados só irá começar por ocasião da publicação, portanto, muito provavelmente, ainda vão se passar alguns dias até essa publicação. De modo que o prazo real acabará sendo superior, e, talvez, substancialmente superior ao prazo de quinze dias previsto no Regimento Interno. De modo que eu acho que a exceção que justificou a dobra do prazo, no caso dos embargos de declaração, não está presente aqui. E, por esta razão, eu acompanho Vossa Excelência por não ver uma Justiça material específica, neste caso, para a prorrogação do prazo e a aplicação analógica do 191.

É como voto, Presidente.

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

**DEBATE**

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Ministro Presidente, não entendi como é que essa questão está vindo a julgamento. Algum dos recorrentes colocou isso?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

É uma consulta, não dá para conhecer do tema.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Um desses três recorrentes colocou essa questão da dobra.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Era isso que eu ia perguntar.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Mas ele já não apresentou o seu recurso?

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não, ele apresentou uma petição de admissibilidade, certamente ele quer ainda desenvolver...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Mas nós vamos prestar consultoria no caso?

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Acho essa questão fora do tempo, se é formulada em forma de consulta.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não, tem que se conhecer, nós não ...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - É, seria o caso de não conhecer então.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Quando nós julgamos embargos de declaração, decidimos essa questão antes do julgamento dos embargos de declaração. Foi uma questão de ordem colocada também.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - É um dos recorrentes.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Sim, gente, há um recurso, nós temos que resolver esse



**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

recurso.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Certo, mas ele já recorreu ou não recorreu?

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Ele já recorreu.

**O SENHOR ADVOGADO DO AGRAVANTE CRISTIANO DE MELLO PAZ** - Senhor Presidente, pela ordem.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - E ele interpôs em que prazo?

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Vamos ouvir o eminente advogado.

**O SENHOR ADVOGADO DO AGRAVANTE CRISTIANO DE MELLO PAZ** - Se Vossa Excelência me permite. É que não houve a interposição de recurso em momento nenhum pela defesa de Cristiano de Mello Paz. Na verdade, a decisão de Sua Excelência, o Ministro Presidente, que negou seguimento aos embargos infringentes apresentados pela defesa de Delúbio Soares, também negou seguimento a um pedido que havia sido feito pela defesa de Cristiano Paz, para que, quando da apresentação dos embargos infringentes, fosse concedido o prazo em dobro. É apenas isso o que motivou a apresentação do vigésimo quinto agravo regimental.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Não estamos examinando dois agravos daquela minha decisão de junho. Não! Aquela decisão, num deles, havia um agravo claramente, o outro era um pedido de dobra do prazo.

Trazendo a resposta.

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Certo.

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM

**O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI** - Senhor Presidente, eu vou pedir vênia a Vossa Excelência e ao Ministro Barroso para enfrentar a questão do prazo dos embargos infringentes a partir das mesmas premissas que nós julgamos os embargos declaratórios.

Não é apropriado analisar o tema a partir da maior ou menor dificuldade que as partes poderão enfrentar no recurso do caso concreto. A questão processual tem que ser interpretada para todos os possíveis casos, e o precedente do Supremo vai valer para esse caso e vai valer para outros casos. A questão do caso concreto não pode orientar, **data venia**, a definição do prazo para recorrer, sob pena de termos prazos diferentes para processos diferentes.

Pois bem, a questão técnica que subsiste é esta: havendo litisconsórcio passivo numa ação penal, aplica-se ou não o prazo em dobro previsto no Código de Processo Civil? Essa é a questão. Quando o Tribunal respondeu a essa pergunta, no caso de recurso de embargos de declaração, decidiu que se aplica. Ora, pela mesma razão, com a devida vênia, voto no sentido de considerar aplicável subsidiariamente o Código de Processo Civil, que prevê prazo em dobro nesse caso.

Assim, defiro o pedido.

**18/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS****VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, foi aqui assentado neste julgamento a higidez do Regimento Interno nas partes em que não foi atingido pela Lei nº 8.038, de sorte que nós estamos diante de uma lei processual e especial que trata de recursos de um âmbito do Supremo Tribunal Federal. Essa integração analógica só se justificaria se houvesse uma lacuna da lei, mas não há uma lacuna da lei, e também não se pode olvidar que esse Regimento Interno, quando foi lavrado, ele o foi levando em consideração inúmeras ações penais que já tramitaram aqui pelo Supremo Tribunal Federal, dificilmente sem litisconsorte, agora é que nós estamos julgando essa questão de desmembramento.

Por outro lado, Senhor Presidente, após a Emenda Constitucional nº 45, que estabeleceu a duração razoável dos processos, essa regra serve, segundo a versão e revisão percuciente do Professor Humberto Ávila, como uma norma de bloqueio, essa regra constitucional, essa garantia constitucional com eficácia negativa, uma norma de bloqueio no sentido de invalidar todas as disposições legais que contravêm os efeitos pretendidos pelo enunciado da Emenda Constitucional nº 45 da duração razoável dos processos. Aliás, que seria até um bom argumento para se arguir a inconstitucionalidade material do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

De sorte que, por esses dois fundamentos, eu entendo que deva se acompanhar Vossa Excelência e a percuciente observação do Ministro Barroso.

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

**VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, em relação aos recursos de agravo de instrumento, recursos outros, a jurisprudência da Corte é no sentido de, sendo mais de um réu, havendo corréus, se eles atuam em peça conjunta, mesmo com procuradores distintos, o prazo é o prazo simples; mas, se atuam em peças separadas, o prazo é contado em dobro. Foi assim que decidimos - como disse o Ministro **Teori** - em relação aos embargos de declaração.

Por isso, eu vou pedir vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro **Teori**, mas assentando que eu estou seguindo a jurisprudência da Corte. Se a peça vier em conjunto, se for uma peça de todos os embargantes, mesmo com procuradores distintos - até disse, naquela oportunidade, que essa hipótese dificilmente viria a ocorrer, tamanha a complexidade da causa e do número de envolvidos - o prazo será simples. Assim, se for uma peça única, mesmo com procuradores distintos, o prazo será simples; se a peça não for única, com procuradores distintos, o prazo será em dobro.

É como voto, Senhor Presidente.

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

ESCLARECIMENTO

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Senhor Presidente, eu gostaria de fazer só uma consideração. Quando Vossa Excelência está imaginando publicar o acórdão? Qual é a previsão que Vossa Excelência tem?

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Assim que os gabinetes liberarem os seus votos e as notas taquigráficas. Aliás, eu queria falar sobre isso mais adiante.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Pela experiência...

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Então, aos Colegas, que liberem os seus votos, porque, talvez ainda nessa semana, ou na próxima semana, eu terei prontas as ementas dos embargos declaratórios.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Mas tem que liberar os apartes, ainda, também, não é isso?

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - O prazo regimental é de vinte dias.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Cada gabinete tem o prazo de vinte dias a contar da sessão, da última sessão, que foi no dia 5 de setembro.

**O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO** - Entendi.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Agora, dependemos, de qualquer forma, da liberação da degravação da fita, tanto que, quando as notas chegam em meu Gabinete, eu as libero em vinte e quatro horas.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Eu não recebi também as notas taquigráficas.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Lamentavelmente, quando da publicação da decisão do ano

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

passado, lamentavelmente, nós levamos quatro meses para a publicação. Isso é incompreensível para mim.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu relembro a Vossa Excelência que a grande maioria das votações foi acompanhando o Relator.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Ministro Fux, é que eu ia fazer uma proposta. Era só para concluir o meu raciocínio.

Mas, vamos imaginar: quinze dias é realista para publicarmos?

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Depende, não depende de mim, depende dos outros gabinetes.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, normalmente até mais, Ministro Barroso.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não, porque eu estava pensando...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Há um prazo de vinte dias para os gabinetes. A norma regimental para a publicação - norma que se impõe ao Tribunal como um todo - é de sessenta dias, até sessenta dias. Norma essa que, sejamos sinceros, nunca é observada.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Podemos fazer um esforço nesse caso.

A sugestão que eu estava considerando, Ministro Gilmar, por isso que eu interrompi, era a seguinte: a partir de hoje, os advogados já sabem que podem interpor embargos infringentes por força do voto de desempate do eminente Ministro Celso de Mello, portanto, eu estou imaginando que dificilmente vão se passar menos de trinta dias, somando a publicação mais os quinze dias do Regimento Interno.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Vamos esperar o fim da votação, aqui, para saber.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Porque esta podia ser uma solução de compromisso. Quer dizer, quinze dias da data da publicação, que é o que está no Regimento, assegurado, no entanto,

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

um total de trinta dias, contados de amanhã.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - A Secretaria me traz uma informação importante. A Seção de Transcrição já liberou todos os documentos referentes aos embargos de declaração. Portanto, estamos na dependência apenas dos gabinetes para a publicação.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Vossa Excelência entendeu o argumento? Nós temos quinze dias do Regimento e, possivelmente, vamos levar mais quinze dias para esta publicação. Então, talvez, uma solução de compromisso, que pudesse compor a todos, fosse dizer trinta dias, começados de amanhã. Quer dizer, é uma convenção que eu acho que flexibiliza o Regimento e favorece...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - Ministro, eu mantenho a minha posição.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu também mantenho a minha posição, que é quinze dias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - O prazo é de quinze dias, eu já fui contra a extensão desse prazo, porque tratou-se de criar, lá, uma exceção.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Não tem problema. Está perfeito. É que, na prática, vão dar os trinta dias.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR) - As práticas são muitas. Vamos ultrapassar esses trinta, quarenta dias.

O SENHOR MINISTRO ROBERTO BARROSO - Eu mantenho o meu voto e acompanho Vossa Excelência.

18/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**TRIBUNAL PLENO  
VIGÉSIMO QUINTO AGRAVO REGIMENTAL  
NA AÇÃO PENAL 470  
VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM**

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, permita-me um adendo ao meu voto. Reputo importante destacar tal ponto.

Levei um processo à sessão da Primeira Turma de ontem, onde o tema em discussão era a aplicabilidade ou não, às ações de controle concentrado, dos artigos 188 e 191 do Código de Processo Civil. A jurisprudência desta Corte é no sentido da inaplicabilidade desses prazos em dobro para as ações de controle concentrado.

Eu negara seguimento ao recurso, forte nesse fundamento, observada a jurisprudência da Corte, e a proposta de voto era no sentido de que se negasse provimento ao agravo regimental. Mas, justamente em função das manifestações colhidas no âmbito daquele Colegiado, retirei o feito, com o escopo de refletir sobre a matéria.

Nessa linha o registro que faço: ali são ações de controle concentrado; aqui uma ação penal.



**18/09/2013**

**PLENÁRIO**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**TRIBUNAL PLENO  
VIGÉSIMO QUINTO AGRAVO REGIMENTAL  
NA AÇÃO PENAL 470  
VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM**

**A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA** - Senhor Presidente,  
peço vênia a Vossa Excelência para acompanhar a divergência.

.....

18/09/2013

PLENÁRIO

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**VOTO S/ QUESTÃO DE ORDEM**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, peço vênica também a Vossa Excelência para acompanhar a divergência aberta pelo eminente Ministro Teori Zavaski.

Essa matéria já foi decidida aqui, nessa própria Ação Penal 470, em que se verificou que dada a sua complexidade a questão se repete também nos infringentes. Ou seja, não podemos agora, *data venia*, casuisticamente, reduzir o prazo em dobro que já havíamos concedidos nos declaratórios.

Portanto, com essas singelíssimas razões, acompanho o eminente Ministro Teoria Zavaski.

**O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE E RELATOR)** - Esclareço que não se trata de reduzir, são prazos distintos e são recursos distintos. No primeiro recurso, o prazo era de cinco dias, o Plenário decidiu que seriam dez dias; agora, o prazo regimental é de quinze dias. É isso que estamos debatendo, são coisas distintas.

**18/09/2013**

**PLENÁRIO**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS**

**VOTO S/QUESTÃO DE ORDEM**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Senhor Presidente, também acompanho Vossa Excelência. Entendo que, naquele caso, houve – como foi destacado pelo Ministro Barroso – a situação singular, inclusive as perguntas a propósito do assunto. Já que enfatizamos com tanto destaque e retórica o caráter de lei do Regimento, parece que ele também tem que valer neste caso, sob pena de produzirmos um tipo de esquizofrenia hermenêutica.

**18/09/2013****PLENÁRIO****VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS****VOTO SOBRE QUESTÃO DE ORDEM**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, é salutar a divisão do Tribunal no que viabiliza discussão maior sobre as matérias. Tem-se cinco votos admitindo a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – artigo 191 – ao processo criminal, quanto ao litisconsórcio com advogados diversos, e quatro votos em que não admitida essa aplicação.

O Regimento Interno sinaliza a dobra. Não no tocante ao prazo recursal, mas relativamente à sustentação da tribuna no que prevê que, havendo litisconsórcio com advogados diversos, dá-se a dobra para a sustentação e a divisão do tempo resultante entre as partes, entre os defensores técnicos.

Presidente, não estamos a legislar. É certo que já proclamamos que o Regimento tem força maior, e o fizemos – e a maioria tem sempre razão na conclusão a que chegou – quanto ao cabimento dos embargos infringentes. Mas não podemos levar em conta, potencializando o Regimento Interno no que versa prazo simples para a interposição desse recurso, dos embargos infringentes, a ponto de, como se o sistema não fosse um grande todo, fechar o Código de Processo Civil. Mais do que isso, Presidente: descabe, no âmbito do ofício judicante, dar "uma no cravo, outra na ferradura"; adotar "dois pesos e duas medidas". Neste processo, relativamente a outros embargos específicos, porque declaratórios, reconhecemos a dobra, pouco importa que o prazo fosse de cinco, enquanto o dos embargos infringentes é de quinze dias. O artigo 191 do Código de Processo Civil não distingue, não reserva a dobra apenas para aqueles recursos em que se tem prazo exíguo. Afirmou-se que se teria impugnação a acórdão publicado em abril, que, portanto, já seria do conhecimento de todos. Mas pergunto: não acabamos de julgar declaratórios, que inclusive foram providos? A decisão proferida nos

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

embargos declaratórios esclarece ou integra a anterior. A rigor, sequer tivemos a detonação, o termo inicial, do prazo alusivo aos embargos infringentes, porque ainda não houve, e estávamos discutindo há pouco, a publicação do acórdão relativo aos declaratórios.

Presidente, vou repetir algo que o povo conhece: "A César o que é de César". Não vejo como deixar de aplicar à espécie, já que silente o Regimento Interno, o Código de Processo Civil, sendo que este não distingue quanto ao ato a ser praticado no processo.

Por isso, peço vênica a Vossa Excelência para acompanhar, no voto proferido, o ministro Teori Zavascki.

18/09/2013

PLENÁRIO

VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470 MINAS GERAIS

V O T O

(s/ questão de ordem)

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:** Peço vênica, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência iniciada pelo eminente Ministro TEORI ZAVASCKI. Em consequência, também faço incidir, com apoio no art. 3º do CPP, a regra consubstanciada no art. 191 do CPC, pelo fato de os litisconsortes penais passivos possuírem, *na espécie*, mandatários judiciais diversos.

**É o meu voto.**



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**VIGÉSIMO QUINTO AG.REG. NA AÇÃO PENAL 470**

PROCED. : MINAS GERAIS

**RELATOR : MIN. JOAQUIM BARBOSA**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. TEORI ZAVASCKI

AGTE.(S) : CRISTIANO DE MELLO PAZ

ADV.(A/S) : CASTELLAR MODESTO GUIMARAES NETO

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), negando provimento ao agravo regimental, o julgamento foi suspenso. Plenário, 05.09.2013.

**Decisão:** Após os votos dos Ministros Roberto Barroso, Teori Zavascki, Rosa Weber e Dias Toffoli, dando provimento ao agravo regimental, e o voto do Ministro Luiz Fux, acompanhando o Relator negando provimento ao agravo, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 11.09.2013.

**Decisão:** Prosseguindo no julgamento, após os votos dos Ministros Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que acompanhavam o Relator negando provimento ao agravo regimental, e o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, dando-lhe provimento, o julgamento foi suspenso. Presidência do Ministro Joaquim Barbosa. Plenário, 12.09.2013.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo regimental para admitir os embargos infringentes, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente), Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal, por maioria, acolheu o pedido de duplicação do prazo de interposição do recurso de embargos infringentes, vencidos os Ministros Relator, Roberto Barroso, Luiz Fux e Gilmar Mendes. Redigirá o acórdão o Ministro Teori Zavascki. Plenário, 18.09.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu  
Assessor-Chefe do Plenário