

EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA DEFESA

EMBARGOES INFRINGERS DEFENCE OF LIGHT

Maria Emilia Victorio Lucas¹

Flavia Pelegia Bortoletti²

RESUMO

O presente artigo visa elencar os pontos positivos dos Embargos Infringentes, bem como avaliar a relevância de seus pontos, positivos e negativos, bem como mostrar seu objetivo no processo penal, além de abordar questões que suscitam dúvidas quanto à utilização deste instrumento. Ressaltaremos o uso no caso do “Mensalão”, pois foi matéria de grande relevância, e abordaremos uma esperança para a defesa.

Palavras- Chave: embargos infringentes, mensalão, prazo.

ABSTRACT

This article aims to list the positives of infringing Embargoes and assess the relevance of its points , positive and negative , as well as show your aim in criminal proceedings, in addition to addressing issues that raise questions about the use of this instrument. We stress use in the case of " Mensalão " because it was a matter of great importance , and discuss hope for the defense .

Keywords: infringers embargoes, monthly allowance , period .

¹ Graduanda em Direito. Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

² Graduanda em Direito. Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP.

1. Introdução

O presente artigo visa elencar os pontos positivos dos Embargos Infringentes, bem como avaliar a relevância de seus pontos, positivos e negativos, bem como mostrar seu objetivo no processo penal, além de abordar questões que suscitem dúvidas quanto à utilização deste instrumento.

Ressaltaremos o uso no caso do “Mensalão”, pois foi matéria de grande relevância, e abordaremos uma esperança para a defesa.

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 dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Esse recurso adotado para acórdão não unânime ampliou, consideravelmente, as garantias do direito de defesa dos acusados, todos os recursos cabíveis das decisões não unânimes, admissíveis para os casos de provimento recursal, devem ser admitidos, também, para os casos de condenação por decisão majoritária de Câmara Isolada, ainda que de competência originária, porque, até pelo princípio constitucional da isonomia, todo o cidadão brasileiro, condenado por maioria por Câmara Isolada de Tribunal, tem direito constitucional, decorrente da plena defesa e do duplo grau, ao reexame da matéria de fato, através dos embargos infringentes.

Os embargos infringentes devem ser interpostos no prazo de dez dias contados da publicação do acórdão. A interposição deve ser entregue a Secretaria do Tribunal, dirigida ao relator do acórdão embargado. A este cabe, em primeiro lugar, o exame da admissibilidade dos embargos, verificando: a) se se trata de acórdão embargável; b) se a decisão é desfavorável ao réu; c) se a decisão não é unânime. Com a interposição deve o recorrente oferecer as suas razões, pois não será aberta vista para essa finalidade, fortalecendo-a com os argumentos expendidos no voto dissidente. Porém, não é condição indispensável ao conhecimento dos embargos infringentes a apresentação de razões juntamente com a oportuna oposição dos embargos.

A nova votação será feita por cinco julgadores, podendo a decisão ser prolatada favorável para o réu, nos termos do voto vencido.

Observando o que foi apontado ressalta-se que para o acusado será uma nova oportunidade, considerável, de ele obter uma decisão favorável, melhor que a anterior, pois se trata de um recurso que visa a reversão do acórdão nos termos do voto vencido, cumprindo os princípios constitucionais favoráveis ao réu.

2. PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

Os embargos infringentes têm prazo de 10 dias para interposição, conforme disposto no parágrafo único, do artigo 609, do Código de Processo Penal. A interposição é endereçada ao relator do acórdão embargado, e a este cabe a apreciação da admissibilidade do recurso. A interposição pode estar ou não acompanhada das razões.

O processamento dos referidos embargos dá-se com base no artigo 613, do Código de Processo Penal, sendo que no referido diploma legal não há previsão de necessidade de manifestação do embargado, sendo esta prevista nos regimentos internos dos Tribunais.

Sendo admitido, o relator e revisor terão prazos iguais, não inferiores a dez dias para se manifestarem acerca do recurso, bem como o Ministério Público. Poderá ainda haver sustentação oral da parte embargante, neste caso sendo aberta vista ao querelado ou assistente de acusação.

Com a admissibilidade e manifestação do relator e revisor do acórdão embargado, bem como do Ministério Público, os autos serão então distribuídos a um novo relator e revisor, que não poderão ser os mesmos do acórdão embargado. Isto se aplica também nos casos de crimes punidos com detenção e nos casos de contravenção penal.

No julgamento dos embargos, havendo empate, deve-se sempre ser observado o princípio *in dubio pro reo*, sendo preferido sempre o acórdão que melhor beneficiá-lo, assim que tem entendido o STF em seus julgamentos, com fundamento analógico no artigo 615, parágrafo primeiro, do Código de Processo Penal, que dispõe acerca do julgamento das apelações e recursos em sentido estrito.

Este recurso não tem efeito suspensivo, sendo que caso haja no acórdão embargado decisão unânime acerca de pena privativa de liberdade, esta deverá ser cumprida. Este é o entendimento doutrinário e do Supremo Tribunal Federal, pois já que esta matéria não é objeto do recurso e não poderá ser alterada, não há motivos para suspender sua execução. Prevalece entendimentos também que se para decisões condenatórias, por maioria de votos, sobre pena privativa de liberdade, ao receber o recurso, este haverá efeito suspensivo quanto à prisão do réu, pois esta será matéria dos embargos infringentes, não podendo o tribunal do acórdão embargado, mandar expedir mandado de prisão em face do réu condenado, pois a prisão deve aguardar a fase de execução da pena, sendo também que esta decisão pode ser modificada pelos novos julgadores.

Caso os embargos infringentes sejam denegados, a esta decisão cabe agravo regimental. Neste caso os julgadores podem acolher os votos vencidos ou vencedores, ou até mesmo proferir uma terceira decisão.

3. EMBARGOS INFRINGENTES NO STF E NO STJ

Os embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal são repletos de peculiaridades e discussões. Inicialmente, insta ressaltar que sua admissibilidade está prevista no regimento interno do Supremo, em seu artigo 333, que assim dispõe:

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.

Da leitura deste artigo notamos talvez a maior diferença entre os embargos infringentes previstos no Código de Processo Penal e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, qual seja a necessidade neste de divergência de quatro votos, e não apenas de um voto, conforme previsto naquele.

Desta forma, conforme previsão legal quando há interposição de embargos infringentes no Tribunal de Justiça, estes serão julgados pelos juízes do acórdão embargado e por outros dois juízes de outra câmara do mesmo grupo, sendo apreciados, portanto por novos julgadores. Já no Supremo Tribunal Federal não há previsão de novos julgadores, ou seja, julgadores adicionais, para julgamento dos embargos infringentes, portanto estes serão julgados pelos mesmos ministros que julgaram o acórdão embargado, sendo que nesse caso o efeito devolutivo dos recursos resta prejudicado, pois o recurso não será apreciado por novos julgadores, perdendo assim a razão de ser, pois obviamente, as chances de os ministros mudarem de ideia quanto a seus votos é ínfima.

A oposição de um recurso ocorre, pois, o oponente acredita que com o reexame da matéria por novos julgadores o resultado poderá ser diferente, sendo no caso dos recursos de embargos infringentes, que os novos julgadores sigam os termos voto vencido, daí a esperança dos referidos embargos, então qual a lógica de se opor embargos infringentes para serem julgados pelos mesmos julgadores do acórdão embargado? Resta ao embargante, torcer para que no dia do novo julgamento os julgadores estejam pensando diferente e acolham o pleito e os termos dos votos vencidos.

Portanto, os embargos infringentes no Supremo Tribunal Federal são admitidos quando houver divergência entre quatro votos, e serão julgados pelos mesmos ministros que prolataram o acórdão embargado, restando a dúvida se esse fato ainda dá sentido ao julgamento dos embargos infringentes ou não.

Já no STJ, assim como no STF, também não se julga apelações criminais e recursos em sentido estrito, a ele dirigidos, portanto, não há também embargos infringentes e de nulidade, ficando aqueles adstritos à matéria cível, não havendo qualquer permissivo constitucional ou infraconstitucional que os autorize na esfera penal

4. ASPECTOS HISTÓRICOS

Os embargos infringentes têm origem no direito português, e cabimento em decisões não unânimes proferidas por Tribunais. O primeiro ingresso desse recurso no ordenamento jurídico brasileiro foi na época colonial. Posteriormente, em 1939 integrou o Código de Processo Civil, que previu seu cabimento de decisões não unânimes proferidas em segunda instância. Este recurso foi mantido no Código de Processo Penal de 1973, com previsão no artigo 530. No novo Código de Processo Civil de 2015, os embargos infringentes ganharam novo nome, sendo os embargos de divergência.

Já no Código de Processo Penal os embargos infringentes foram introduzidos através da lei nº 1.720-B, de 3.11.1952 que deu nova redação ao artigo 609, sendo o parágrafo único que disciplina tal matéria, conforme exposto:

“Art. 609. [...]

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”.

Ou seja, os embargos infringentes só são oponíveis de decisões que sejam desfavoráveis ao réu. Quando a matéria versar sobre direito processual, que pode ensejar na anulação processual, os embargos não se chamam infringentes e sim de nulidade.

5. EMBARGOS INFRINGENTES E O “MENSALÃO”

Usado na defesa dos acusados da Ação penal 470, conhecida como Mensalão, levou o assunto do uso dos embargos infringentes ao alto da sua fama, pois além de ser matéria divergente no dia a dia, exigiu esforço superior para essa discussão onde se tratam de acusados de participar do esquema de compra de votos.

Após serem interpostos, foi objeto de votação, como podemos ver abaixo um trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

5.1. Análise dos argumentos contrários aos embargos infringentes

A despeito do seu mérito intrínseco, nenhum dos argumentos contrários ao cabimento dos embargos infringentes me parece capaz de superar os elementos, inicialmente enunciados, que indicam a subsistência do art. 333 do RI/STF. Examinando cada um deles.

Quando ao ponto (i), é fato que o Regimento Interno não tem característica de eternidade. Como consequência, pode ser – e tem sido – alterado por emendas regimentais (48 até esta data) e por lei ordinária. A esse propósito, tenho dúvida – mas isso não é diretamente relevante para a presente discussão – sobre ser possível afirmar que o Regimento Interno tenha sido recepcionado como lei ordinária pela Constituição de 1988. Caso fosse assim, e tendo o Supremo Tribunal Federal perdido sua capacidade normativa primária, emendas regimentais sequer poderiam suprimir dispositivos anteriores à Constituição que tratassem do processo na Corte. Não é essa a praxe que se observa nas sucessivas alterações do Regimento e seria inadequado produzir esse tipo de congelamento. Em vez disso, entendo que as normas regimentais continuam a ostentar natureza infralegal, com a ressalva de que uma parte delas ainda pode tratar de matéria processual nos termos das balizas formais vigentes ao tempo da sua edição.

De toda forma, no ponto que interessa à questão em exame, é fora de dúvida que as normas regimentais podem ser alteradas, na linha do que sustentou o Ministro Joaquim Barbosa. E por isso mesmo me parece que não se pode ignorar o fato de que o

Regimento, nessa parte, não foi modificado. Em vez disso, as sucessivas emendas regimentais trataram de temas variados, incluindo a ação penal originária, e não suprimiram o dispositivo relevante.

Quanto ao ponto (ii), é fato que a Lei n° 8.038/90 instituiu normas procedimentais para a ação penal originária no Supremo Tribunal Federal. Alguém poderia imaginar, diante disso, que o capítulo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que trata da ação penal originária tenha sido inteiramente revogado (art. 230 e seguintes). Em verdade, porém, não foi essa a compreensão do próprio Supremo Tribunal Federal. De fato, diversos dispositivos deste capítulo foram “atualizados” pela Emenda Regimental n° 44/2011, inclusive com acréscimo de novos artigos. Isso demonstra que a Corte não assumiu, até aqui, a premissa de que teria havido *revogação de sistema*.

Em rigor, essa premissa seria incompatível com a própria Lei n° 8.038/90, cujo art. 12 determina que, terminada a fase de instrução, a ação penal perante esta Corte seja processada na forma do Regimento Interno.⁽¹¹⁾ Ainda que se possa argumentar no sentido de que a lei teria ressalvado apenas normas procedimentais – e não propriamente processuais –, essa seria uma construção que não decorre do sentido literal do seu enunciado.

Mas a questão central quanto à Lei n° 8.038/90 nem é esta, mas outra, referida no item (iii) acima: saber se a nova lei impactou o sistema de recursos em geral e os embargos infringentes em particular. De acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 2°, § 1°, “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”. Pois bem: a Lei n° 8.038/90 não revogou explicitamente quaisquer das normas do RI/STF, embora tenha revogado textualmente diversas outras regras, na previsão expressa do seu art. 44. Não há, igualmente, qualquer incompatibilidade entre a Lei n° 8.038/90 e o art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que trata dos embargos infringentes. Resta saber se a lei regulou inteiramente a matéria, vale dizer, se instituiu um sistema exauriente para o processamento de ações penais originárias perante este Supremo Tribunal Federal, notadamente em matéria de recursos.

De novo, a resposta não é inequívoca como seria exigível para se poder falar, de forma consistente, em uma revogação implícita na hipótese. Em primeiro lugar, ainda sob perspectiva geral, o mencionado art. 12 da Lei n° 8.038/90 impede que se assuma o pressuposto de revogação genérica do RI/STF na parte referente à ação penal originária. Em segundo lugar, o capítulo do RI/STF dedicado à ação penal originária não cuidava de recursos, o que enfraquece a tese de que o art. 333 teria se perdido quando a lei pretendeu efetuar um novo regramento geral daquela classe processual. Os embargos infringentes, por exemplo, são tratados em outro título, dedicado especialmente aos recursos. Não é intuitivo e óbvio, portanto, que a Lei n° 8.038/90 tenha revogado os embargos infringentes por substituir o *bloco normativo* da ação penal originária.

Em terceiro lugar, seria impreciso afirmar que a Lei n° 8.038/90 teria tratado exaustivamente dos recursos cabíveis nas ações penais originárias. Basta constatar, como já mencionado, que o diploma também não faz referência a embargos de declaração. Isso não legitimou eventuais dúvidas quanto ao seu cabimento, tendo o Supremo Tribunal Federal investido diversas sessões na análise desses recursos na AP 470. A Corte, ademais, conhece rotineiramente de *habeas corpus* substitutivo de recurso contra decisões do Superior Tribunal de Justiça, inclusive em ações originárias. Tampouco há qualquer referência a isso na Lei n° 8.038/90. Não se trata de igualar os embargos infringentes aos embargos de declaração e ao *habeas corpus*, e sim de constatar que é no mínimo discutível o argumento de que a Lei n° 8.038/90 teria instituído, de modo exauriente, o sistema de recursos e impugnações às decisões proferidas em processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo adiante, o argumento (iv) pode ser assim enunciado: os embargos infringentes deveriam propiciar o reexame da questão por órgão de composição diversa, embora integrante do mesmo Tribunal. Tal argumento não procede. O art. 333 e seu parágrafo único do RI/STF admitem, desde a sua redação originária, embargos infringentes contra decisão do Plenário. A competência para julgá-los sempre foi, naturalmente, do próprio Plenário. Vale dizer: o sistema foi concebido assim e esta sempre foi a prática do Tribunal. A eventual redundância pode justificar – e acho que justifica – uma proposta de alteração da previsão regimental, mas não que se cogite de uma *revogação retroativa*.

Ademais, não se discute o cabimento de embargos infringentes contra decisões proferidas pela Corte em ações rescisórias ajuizadas contra seus próprios julgados.⁽¹²⁾ Também aqui, a competência originária é do Plenário,⁽¹³⁾ que também será responsável pelo exame dos embargos. A bem da verdade, nos termos expressos do art. 530 do CPC, o cabimento dos infringentes nessa hipótese sequer é condicionado à verificação de divergência significativa no julgamento inicial, bastando que tenha havido um único voto vencido.⁽¹⁴⁾ Vale dizer: a legislação facilita o cabimento dos embargos em ação rescisória, a despeito de já se tratar de um mecanismo excepcional de impugnação a decisões transitadas em julgado. Não é preciso concordar com essa opção legislativa; basta constatar que o regime instituído para as ações penais originárias, tal como previsto no art. 333 do RI/STF, está longe de constituir hipótese única na ordem jurídica brasileira.

Quanto ao ponto (v), não se discute que os embargos infringentes previstos no Código de Processo Penal aplicam-se tão somente aos recursos em sentido estrito e às apelações – consoante previsão expressa do seu art. 609, parágrafo único –, e não às ações penais originárias. No Supremo Tribunal Federal, contudo, os embargos infringentes sempre foram regidos pelo Regimento Interno e não pelo Código de Processo Penal. De modo que dizer que o CPP não prevê os embargos infringentes em ação originária no STF é passar ao largo do problema.

Quanto ao ponto (vi), é fato que o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não prevê embargos infringentes em ação penal originária. Ou seja: trata do tema de maneira diversa da que consta do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Há uma razão para que isso sequer pudesse ser diferente: o Regimento Interno do STJ é posterior à Constituição de 1988 – até porque o próprio órgão não existia anteriormente. Quando da criação daquele Tribunal, já não havia qualquer possibilidade de disciplina processual por meio de Regimento. A questão ora em debate é fruto da delegação normativa efetuada ao Supremo Tribunal Federal sob a ordem constitucional anterior. Portanto, o fato de o RI/STJ não tratar dos embargos infringentes não tem qualquer repercussão sobre a discussão de direito intertemporal aqui travada.

Quanto ao ponto (vii), relativo ao duplo grau de jurisdição, o STF realmente entendeu que não existe um direito constitucional ao reexame da decisão por instância superior. Essa constatação não é relevante para o tema em exame, já que a eventual

apreciação de embargos infringentes pelo próprio STF não significará reexame do julgado por instância diversa. Em rigor, a excepcionalidade do julgamento único somente poderia servir como reforço à tese de que não se deve presumir a revogação dos embargos infringentes. Não considero, porém, que o argumento impressione, para qualquer dos lados.

Quanto ao argumento (viii), é fato que o STF, no julgamento da ADI 1.289, entendeu não serem cabíveis embargos infringentes nas ações diretas disciplinadas pela Lei nº 9.868/99. Disso não resulta que eles seriam incabíveis em ação penal originária. A razão é simples e acaba reforçando a tese contraposta: é que o art. 26 da Lei nº 9.868/99 afirma, de modo peremptório, que a decisão em ação direta é “irrecorrível”, ressaltando, sintomaticamente, o cabimento de embargos de declaração.⁽¹⁵⁾ Ou seja: aqui, ao contrário do que se alega ter ocorrido na Lei nº 8.038/90, o legislador achou por bem ser explícito quanto à irrecorribilidade e, portanto, quanto à insubsistência de qualquer dispositivo anterior em sentido contrário.

Por fim, o argumento relativo à suposta “eternização” da AP 470 justifica alguns comentários. *Em primeiro lugar*, não se trata propriamente de um fundamento jurídico, sendo antes um convite a que o Tribunal reflita sobre o cabimento dos embargos infringentes a partir da conveniência de sua resposta. Ainda que as conseqüências sociais das decisões sejam um elemento importante a ser considerado, não é comum que esse tipo de raciocínio seja empregado para o fim de se negar aos acusados em processo penal um tipo de recurso que se encontre previsto em diploma normativo válido. O direito penal e processual penal, mais do que quaisquer outros ramos do Direito, devem conciliar o exercício da pretensão punitiva estatal com o Estado de direito e o devido processo legal.

De toda sorte, não me parece correta a afirmação de que os embargos infringentes tenham, no caso, o poder de eternizar a ação penal. Não apenas porque poderiam ser manejados por menos da metade dos condenados, mas também e sobretudo porque permitiriam nova discussão em relação a somente dois dos sete tipos penais discutidos no processo: lavagem de dinheiro e formação de quadrilha. De forma ainda mais concreta, apenas 11 das 68 condenações específicas poderiam ser objeto de discussão. E mesmo em caso de eventual reversão integral desses pontos, os réus

continuariam condenados por outras condutas não suscetíveis de revisão pela via dos embargos infringentes.

Na maior parte dos casos, os embargos sequer seriam capazes de afastar o regime inicial fechado, ainda quando providos integralmente. Apenas para três dos réus, eventual provimento total resultaria na possibilidade de se fixar o regime inicial semiaberto, mas não de afastar a imposição de penas restritivas da liberdade individual. Ou seja, caso a Corte reconheça o cabimento dos embargos, as condenações continuariam mantidas em qualquer cenário e, em relação a parte significativa das penas, a própria execução poderia ter início.

E mesmo em relação às imputações suscetíveis de rediscussão, há uma boa dose de exagero na afirmação de que o julgamento seria retomado do começo. Ao contrário, a instrução encontra-se pronta, já tendo sido objeto de exame por nove dos onze Ministros. Mesmo os dois novos julgadores – o Ministro Teori Zavascki e eu mesmo – já tiveram de iniciar o exame da matéria, ainda que de forma pontual, para o julgamento dos embargos de declaração. Todo esse esforço pode e deve ser aproveitado, permitindo que os embargos infringentes eventualmente opostos sejam julgados com a máxima celeridade possível, respeitadas as exigências básicas do devido processo legal.

Não se trata, portanto, de um recomeço, e sim de um capítulo final quanto a parte das imputações, previsto na própria ordem jurídica, o que impede a sua desconsideração por um órgão jurisdicional. A compreensível frustração social pelo adiamento da conclusão definitiva, quanto a essa parcela do julgamento, pode e deve ser objeto de atenção do Tribunal. Mas isso não autoriza que um órgão jurisdicional ignore um dispositivo que sempre considerou vigente – e que o Poder Legislativo decidiu manter – com o objetivo de suprimir um recurso previsto em norma válida. O que o Tribunal pode e deve fazer – e aqui limito-me a repetir o que já afirmei em Plenário, no voto oral que proferi – é assumir o compromisso de julgar os eventuais embargos infringentes de forma célere.

Cumpre, por fim, examinar como a jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão, sobretudo após a edição da Lei nº 8.038/90. O que se vai verificar é a existência de inúmeros pronunciamentos no sentido de que o art. 333 do RI/STF continua em vigor. De forma textual, diversos precedentes afirmam que os embargos infringentes seriam cabíveis nas hipóteses taxativas enunciadas no referido

art. 333, incluindo as ações penais originárias em que tenha havido condenação por maioria e pelo menos quatro votos divergentes. Pela importância do tema, confirmam-se, a título de exemplo, as seguintes transcrições de trechos de ementas e votos:

[...](16/17/18/19/20/21/22/23/24/25/26/27)

Nessas condições, é a jurisprudência atual da Corte que se mostra incompatível com a tese que o art. 333 teria sido objeto de revogação em 1990. Ainda que se quisesse afirmar que as menções não teriam integrado o dispositivo de um julgado específico, a reiteração de tantas referências à vigência do referido dispositivo não podem ser simplesmente ignoradas pela Corte. Sobretudo quando se constata que não se tratou apenas de *obiter dicta*, e sim da própria razão de decidir expressa, prevalente em algumas dezenas de decisões monocráticas e acórdãos, inclusive do Plenário.

É certo que cada um dos Ministros, incluindo os que tenham produzido manifestação escrita individual, pode fazer a opção legítima de modificar seu pronunciamento anterior, como acontece eventualmente pela natural evolução de entendimentos. No entanto, com todas as vênias às opiniões em sentido contrário, entendo que elementos constitucionais como os princípios do Estado de Direito, da segurança jurídica, do devido processo legal e da própria legalidade impedem o Tribunal de ignorar dispositivo que sempre se considerou vigente a fim de abreviar o desfecho de processo penal determinado. Em outras palavras, pode-se revogar o dispositivo regimental – e há boas razões para que isso seja feito –, mas não se justifica que a Corte ignore seus próprios pronunciamentos recentes para, na reta final de um julgamento emblemático, sustentar que ele se encontra revogado desde 1990.

Essa constatação me parece suficiente para divergir do entendimento de que o Supremo Tribunal Federal poderia e deveria, neste momento, entender que a Lei n° 8.038/90 teria efetuado uma *revogação de sistema*, superando o mencionado art. 333.

O exame empreendido até aqui conduz às seguintes conclusões objetivas principais:

(i) Os embargos infringentes foram introduzidos no RI/STF em um período em que a Corte dispunha de competência para legislar sobre os processos de sua competência. A posterior supressão dessa atribuição não tornou inválidas as disposições

assim editadas, tendo em vista que a regularidade formal se verifica segundo as exigências vigentes ao tempo em que o ato é produzido;

(ii) Os embargos infringentes no STF não são incompatíveis com qualquer disposição material da Constituição, de modo que foram recepcionados;

(iii) O dispositivo que trata dos embargos infringentes não foi objeto de revogação expressa quer por norma regimental, quer por lei posterior. Ao contrário, tem sido reproduzido em todas as versões divulgadas do RI/STF até o tempo presente. Nessa mesma linha, as 48 Emendas Regimentais editadas até o momento deixaram esse ponto intocado, a despeito de já haverem alterado disposições referentes à ação penal originária;

(iv) Projeto de Lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, em 1998, com o fim específico de suprimir os embargos infringentes, foi expressamente rejeitado pela Casa Legislativa. Vale dizer: os Poderes Executivo e Legislativo manifestaram o entendimento de que os embargos infringentes não foram revogados pela Lei n° 8.038/90. Em deliberação específica e realizada sem a pressão de um processo rumoroso, o Congresso Nacional tomou a decisão expressa de manter esse recurso na ordem jurídica. Assim, embora estejam formalmente previstos em disposição regimental, a decisão política de manter os embargos infringentes contra decisões do Plenário desta Corte foi tomada pelo Poder Legislativo;

(v) No âmbito do Supremo Tribunal Federal, todas as manifestações produzidas após a Constituição de 1988 apontam no mesmo sentido. De fato, há diversos pronunciamentos do Tribunal – posteriores à edição da Lei n° 8.038/90 – que trataram do tema dos embargos infringentes, afirmando o seu cabimento nas hipóteses taxativas previstas no art. 333 do RI/STF. Essa constatação confronta o Tribunal com a sua própria jurisprudência e com os riscos de alterá-la justamente no curso de uma ação penal tão significativa;

(vi) As circunstâncias descritas nos itens anteriores, somadas ao fato de que se trata de recurso colocado à disposição do condenado em processo criminal, desaconselham que se cogite de revogação implícita. Menos ainda no âmbito de um processo criminal *in concreto*. Nesse contexto, o que se presume é a manutenção do dispositivo expressamente constante do Regimento e dos pronunciamentos judiciais

existentes. O ônus argumentativo de demonstrar a ocorrência de revogação exige argumentos inequívocos;

(vii) Dentre os argumentos suscitados para defender que a revogação teria ocorrido, o mais significativo é o de que a Lei nº 8.038/90 teria efetuado uma *revogação de sistema*, substituindo a disciplina da ação penal originária constante do RI/STF;

(viii) No entanto, mesmo esse argumento não se revela conclusivo por um conjunto de razões: (a) a própria Lei nº 8.038/90 ressaltou expressamente a aplicação do RI/STF após a fase de instrução; (b) o próprio STF não tem considerado que as disposições regimentais pertinentes teriam sido revogadas em bloco, tendo inclusive editado emenda regimental recente sobre a matéria (Emenda Regimental nº 44/2011); (c) a Lei nº 8.038/90 não tratou de forma inteiramente exaustiva dos recursos cabíveis nos processos de competência originária da Corte; (d) a Lei nº 9.868/99, ao introduzir novo regramento para a ação direta de inconstitucionalidade, explicitou a irrecurribilidade das decisões produzidas nessa via, ressalvados os embargos de declaração. Vale dizer: o afastamento dos embargos infringentes, nesse caso, decorreu de disposição expressa.

Como já disse anteriormente, o julgamento da Ação Penal 470 é um marco simbólico e efetivo para reduzir o trágico caráter seletivo do direito penal no Brasil, que, no geral, sempre alcançou apenas os mais pobres. Pode também representar uma virada institucional, se contribuir para a mudança do modo como se faz política no País. Não há porque sujeitar um processo tão emblemático a uma decisão casuística. O que nós podemos fazer é assumir o compromisso de tratar os embargos infringentes que eventualmente venham a ser propostos com a máxima celeridade permitida pelo devido processo legal.

Ao concluir, gostaria de dizer, a bem da verdade, que a exemplo de toda a sociedade brasileira, estou exausto deste processo. Ele precisa chegar ao fim e as decisões precisam ser executadas em sua totalidade. Temos de virar esta página. Creio que à exceção dos 11 (onze) acusados que ainda podem interpor embargos infringentes, mais ninguém deseja o prolongamento desta ação. Mas eles têm direito previsto em ato normativo válido, tido como vigente por manifestação do Poder Legislativo e por algumas dezenas de julgados deste Supremo Tribunal Federal. É para isso que existe

uma Constituição: para que o direito de onze pessoas não seja atropelado pelo interesse de milhões.

Por essas razões, voto pelo cabimento dos embargos infringentes nos casos em que tenha havido, pelo menos, quatro votos pela absolvição”.

Podemos observar que o Ministro relata os pontos positivos e negativos do presente Recurso, porém vota favorável ao seu ver quando houver divergência por quatro votos, dando a defesa uma oportunidade garantida pela nossa Constituição, que é o contraditório e a ampla defesa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os embargos infringentes, portanto, são de importante relevância no nosso ordenamento, pois é usado no exercício da ampla defesa e do contraditório, garantidos pela nossa constituição federal e que permitem que se faça uma prestação jurisdicional mais justa, lembrando que também já esta pacificado pelo STF, garantindo, portanto, uma nova luz e esperança para a defesa.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL, Tucci, Rogério Lauria- O polêmico cabimento de embargos infringentes nos julgamentos do plenário do STF – disponível em - <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177008,61044-O+polemico+cabimento+de+embargos+infringentes+nos+julgamentos+do>
2. BRSIL. FILHO, Fernando Tourinho – Os Embargos Infringentes no Processo Penal e sua entrada no Supremo Tribunal Federal – disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI176813,101048-Os+embargos+infringentes+no+processo+penal+e+sua+entrada+no+Supremo>
3. Generalli, Fernanda - Aspectos Polêmicos dos Embargos Infringentes - disponível em - http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_generalli.pdf
4. Seabra, Thiago - Questões Controvertidas e aspectos relevantes - disponível em - <http://tss.jusbrasil.com.br/artigos/111867616/embargos-infringentes-questoes-controvertidas-e-aspectos-relevantes>