

ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO

Professor Titular de Processo Penal da

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

NOVA CONSULTA

Em 15 de maio de 2013, honrado com consulta formulada pelos ilustres advogados Drs. José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall'Acqua, apresentei parecer a respeito de questões jurídicas suscitadas em *embargos de declaração* opostos pela defesa de JOSÉ DIRCEU DE OLIVEIRA E SILVA, em relação ao v. acórdão proferido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Penal n. 470.

Agora, em face de decisão do Excelentíssimo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Joaquim Barbosa, que liminarmente negou seguimento a recurso de *embargos infringentes* interposto pela defesa de corréu no mesmo processo, fazem os consulentes nova consulta, a respeito do cabimento desse outro meio de impugnação, previsto no art. 333, inc. I, do Regimento Interno da Suprema Corte.

Com efeito, como se extrai da referida decisão, “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 (...).”.

Tendo em vista o próximo julgamento de agravo regimental contra mencionada decisão, pelo Plenário do STF, e considerando a situação processual do seu constituinte JOSÉ DIRCEU, que no julgamento da referida ação penal obteve quatro votos favoráveis à sua absolvição, pelo reconhecimento da atipicidade da conduta imputada a título de formação de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal), formulam os consulentes a seguinte indagação:

QUESITO COMPLEMENTAR

Diante da existência de quatro votos pela absolvição do acusado da imputação pelo crime de quadrilha ou bando, por atipicidade da conduta, tem cabimento o recurso de embargos infringentes previsto pelo art. 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal?

Bem analisada a questão processual trazida nesta nova consulta, passo a emitir o meu parecer.



PARECER

1. O processo como garantia inerente ao Estado de Direito e o direito ao recurso.

Conforme ressaltado no parecer anterior, cuja parte inicial permito-me reproduzir, o *direito ao processo justo* - assegurado pela Constituição brasileira e pelos tratados internacionais -, constitui garantia fundamental inerente ao Estado de Direito, que não pode ser encarada exclusivamente sob a ótica individualista das partes, mas é qualidade do próprio processo, objetivamente considerado, e fator legitimante do exercício da jurisdição. Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc. constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um mecanismo conduzido com observância de regras estabelecidas, não só em benefício das partes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Representa, portanto, um direito de todo o corpo social, interessa não só às partes, mas é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa¹.

Essa dúplici dimensão *garantista* inerente ao processo - especialmente no campo penal -, traz como desdobramento natural a constatação de que a proteção que ele representa seria inócua e ineficaz se a própria estrutura processual não fosse concebida de forma a propiciar, a um só tempo, o objetivo de defesa do indivíduo no confronto com o poder

¹ . Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *As nulidades no processo penal*, 12ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 24.

punitivo estatal e a correção no exercício da jurisdição, até porque ao Estado só pode interessar a punição dos verdadeiros culpados.

É o que ocorre, no que aqui interessa, com o *direito ao recurso*: se, de um lado, o reexame de uma decisão desfavorável propicia ao acusado pelo menos uma oportunidade de ver as suas provas e alegações reavaliadas, de outro e sob uma *perspectiva publicista* - não menos importante -, a previsão de impugnações às decisões tem um inegável *valor político*, relacionado à exigência geral de controle sobre a atuação dos órgãos estatais.

Além do mais, a esse valor político agrega-se indiscutivelmente um *valor heurístico*, pois é por meio do reexame da decisão impugnada que se possibilita o aprofundamento da análise sobre o acerto de uma primeira solução encontrada. Se o erro não é apenas algo inerente aos juízos humanos, mas também valioso instrumento de pesquisa, um método que permita uma investigação em graus sucessivos é certamente mais apto para atingir o conhecimento verdadeiro².

Embora nada possa assegurar que uma segunda decisão seja *a* mais justa, não é possível negar que a possibilidade de um novo exame aumenta efetivamente a *chance* de que isso ocorra, o que não deixa de ser significativo para a qualidade e a correção do pronunciamento jurisdicional.

Por isso, o duplo grau de jurisdição deve ser entendido como garantia da boa administração da justiça, embora não se possa perder de vista a sua função proeminente de instrumento destinado a tornar mais completa e efetiva a tutela dos direitos fundamentais do acusado.

² . Alfredo Gaito, *Impugnazioni e altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, Gaito (org.), Torino, UTET, 1998, p. 8.

Daí a explícita menção do direito ao recurso da defesa nos principais textos internacionais de proteção do indivíduo submetido à perseguição criminal.

O art. 14, parágrafo 5º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Nova Iorque, 1966), declara que “toda pessoa declarada culpada de uma infração penal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade, em conformidade com a lei”. E, no âmbito regional, a Declaração Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969), assegura ao acusado em processo criminal “o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, 2, alínea *h*).

Como assinala Julio Maier, “el derecho al recurso del condenado, que prevén las convenciones internacionales, significa, básicamente, el *derecho a logar um nuevo juicio*, cuando mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable (regla de la *doble conforme*), y, por ende, no se sostiene frente al recurso”³.

No ordenamento brasileiro, embora sem texto expreso na Constituição, o direito ao recurso do acusado pode ser extraído não só da cláusula do “devido processo legal” (art. 5º, LIV, da CF), mas também – e especialmente –, como desdobramento da garantia da “ampla defesa”, conferida “aos acusados em geral” (art. 5º, LV, CF).

³ . Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Buenos Aires, Del Puerto, 1996, t. 1, p. 720.

2. O direito ao recurso na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não tem sido outro, por sinal, o entendimento do Pretório Excelso em relação a essa importante garantia processual.

Basta lembrar a orientação fixada pelo Plenário da Suprema Corte - antes da reforma processual promovida pela Lei 11.719, de 2008 -, a respeito da incompatibilidade entre o hoje revogado artigo 594 do CPP e as garantias constitucionais.

RECURSO ORDINÁRIO EM 'HABEAS CORPUS'. ART. 594 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO E RECOLHIMENTO DO RÉU CONDENADO À PRISÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA AMPLA DEFESA. RECURSO PROVIDO.

1. O recolhimento do condenado à prisão não pode ser exigido como requisito para o conhecimento do recurso de apelação, sob pena de violação aos direitos de ampla defesa e à igualdade entre as partes no processo.

2. Não recepção do art. 594 do Código de Processo Penal da Constituição de 1988.

3. Recurso ordinário conhecido e provido.”⁴

Do corpo desse acórdão, extraem-se significativas e percucientes observações constantes do voto do eminente Relator, Ministro Joaquim Barbosa, a respeito do tema:

⁴. STF - RHC n. 83.810, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 22.10.2009.



6

“Creio, no entanto, que, à luz dos princípios constitucionais da não-culpabilidade, da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição, deve prevalecer o inverso, ou seja: a regra é o acusado ter o direito de recorrer em liberdade, podendo, independentemente disto, o juiz decretar sua prisão, caso estejam presentes os pressupostos e requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal. **O conhecimento do recurso, contudo, não pode estar vinculado ao recolhimento do réu à prisão**”.

E mais:

“Com efeito, negar trânsito à apelação do condenado em primeira instância, pelo simples fato de ter ele permanecido revel durante a instrução penal, constitui violação ao princípio constitucional da **ampla defesa** e à regra do **duplo grau de jurisdição**, previstos também em pactos internacionais de que o Brasil é signatário e que são posteriores ao nosso Código de Processo Penal”.

.....

Em suma, meu entendimento é o seguinte: o condenado **tem o direito de apelar da sentença**, tenha ele se recolhido à prisão ou não. O primeiro fundamento deste entendimento é o princípio da não-culpabilidade, do qual deriva o direito à **ampla defesa**, com os meios e recursos a ela inerentes, bem como o direito ao **duplo grau de jurisdição**, previsto como regra em nosso ordenamento” (os grifos são originais).

Em outra situação emblemática – por sinal, muito semelhante à discutida no julgamento da Ação Penal n. 470 -, em que se postulava coincidentemente o direito ao recurso de ré que não detinha foro por prerrogativa de função, mas fora condenada em grau único de jurisdição pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Plenário da Suprema Corte chegou a admitir, pelo menos, a força supralegal das garantias inscritas na

Convenção Americana dos Direitos Humanos – em especial o direito ao recurso do acusado –, como se vê pelo seguinte trecho do voto do eminente Relator, Ministro Sepúlveda Pertence:

“Certo, com o alinhar-me ao consenso em torno da estatura infraconstitucional, na ordem positiva brasileira, dos tratados a ela incorporados, não assumo compromisso de logo – como creio ter deixado expresso no voto proferido na ADInMC 1.480 – com o entendimento, então majoritário – que, também em relação às convenções internacionais de proteção de direitos fundamentais – preserva a jurisprudência que a todos equipara hierarquicamente às leis.

Na ordem interna, direitos e garantia fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim como à recepção das anteriores à Constituição (cf. Hans Kelsen, Teoria Geral, cit, p 255).

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do seu sentido útil a inovação, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, de linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q. Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (org.), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar

a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes”.

No entanto, na conclusão do seu voto, acolhido pela douta maioria, concluiu entretanto o Relator:

“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”⁵.

Como se percebe, nesse importante julgado, a Suprema Corte não se negou a aceitar a estatura supralegal da garantia inscrita no art. 8º, 2, alínea *h*, da Convenção Americana, ressaltando apenas a inviabilidade de dar-se sua efetiva aplicação no caso então discutido, somente pela falta de órgão previsto na Constituição para conhecer e julgar recurso que permitisse o amplo reexame das matérias de fato e de direito ventiladas no acórdão recorrido.

Mas é muito significativo assinalar que naquele mesmo julgamento ficaram vencidos os eminentes Ministros Carlos Velloso e Marco Aurélio.

Do voto deste último, colhem-se oportunas observações, que merecem ser levadas em conta na situação excepcionalíssima de que trata a consulta:

“... a Constituição Federal, no que revela o Judiciário organizado em vários patamares, em várias instâncias, sinaliza a regra de que é cabível o

⁵ . STF, Plenário, RHC 79.785, Rel. Min. SEPULVEDA PERTENCE, DJ de 22.11.2002.

recurso. É a presunção que tiro do fato de contarmos, por exemplo, no caso da Justiça Federal, *stricto sensu*, com os Juízos e os Tribunais Regionais. O que tivemos, - e aí não podemos potencializar, em se tratando de exclusão, o inciso III do artigo 102 da Constituição Federal – quanto ao processo crime em exame? O Brasil acabou de ratificar a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos: o Pacto de São José da Costa Rica. Esse Pacto, situado na ordem jurídica brasileira no mesmo patamar do Código de Processo Penal, no mesmo limiar – para dizer o mesmo, e não seguir a lição de meu Mestre da Faculdade Nacional, Celso D. de Albuquerque Mello – do Código de Processo Civil, assegura aos condenados, - e isso foi ratificado pelo Brasil, assumiu o País a obrigação de respeitar esse Pacto – a revisão do decreto condenatório. Dir-se-á: mas a nossa legislação comum não prevê, em si, o recurso cabível quando da atuação originária de Tribunal de Justiça, relativamente à ação penal, nem órgão competente para julgá-lo. Indago, Senhor Presidente, de que nos serve o Código de Processo Civil? Em que nos vale a regra do artigo 3º do Código de Processo Penal? “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica” – não se trata apenas de interpretação analógica, mas de “aplicação analógica, ou seja, agasalha aqueles casos em que a lei não prevê nem implicitamente a hipótese, “bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Ora, precisamos emprestar alguma eficácia ao que se contém no Pacto, subscrito pelo Brasil, no que possui, pelo menos, uma nomenclatura pomposa a direcionar quanto à necessidade de dar-se atenção aos direitos humanos, ao enquadrar a recorribilidade, na hipótese de sentença condenatória, como inserida no grande campo alusivo à dignidade do homem e, por conseguinte, aos direitos humanos.

É muito fácil assim proceder, admitir-se a existência de recurso, a partir do próprio artigo 3º do Código de Processo Penal. Não estaremos

inventando um recurso, mas aplicando analogicamente – e a regra contida na Constituição Federal é de Processo Penal – a norma do artigo 105, inciso II, alínea “a”.

Nesse paradigmático julgamento, em que pese a divergência quanto as consequências práticas, não houve dissenso a respeito da validade da cláusula do Pacto de São José a respeito do direito ao recurso: o Supremo Tribunal Federal reconheceu enfaticamente essa garantia fundamental do cidadão submetido à persecução penal. Para a douta maioria, seria inviável instituir-se recurso ordinário diante da inexistência de órgão competente para o seu julgamento; para a minoria, a situação comportava aplicação analógica de previsões já contidas na Constituição Federal, *para assegurar o direito ao recurso*.

A referência a esses importantes precedentes da Suprema Corte serve para evidenciar não só a magnitude constitucional das questões atinentes à admissibilidade de impugnação de decisões penais, especialmente quando se trata de um julgamento em única instância, mas também o firme posicionamento da Corte, na linha de assegurar a maior eficácia ao direito ao recurso da defesa.

Por isso, é de ser prestigiado o entendimento favorável à admissibilidade de via recursal que se preste a atender, ao menos em parte, ao natural inconformismo do acusado, diante da condenação excepcionalmente severa e grave que resultou do julgamento da Ação Penal n. 470.

É o que ocorre, sem dúvida, em relação ao recurso de embargos infringentes, previsto no Regimento Interno do STF. Ainda que não constitua previsão capaz de atender completamente ao que asseguram as convenções internacionais, ou seja, o amplo reexame das matérias de fato e de direito,

que permita alcançar o *double conforme*, trata-se de mecanismo apto a propiciar a correção de eventuais erros ou injustiças, sobretudo no caso de decisão condenatória proferida em grau único de jurisdição.

3. O recurso de *embargos infringentes* no Código de Processo Penal.

À luz dessas considerações, examino inicialmente o significado e o sentido do recurso de *embargos infringentes* no nosso sistema processual penal.

Na terminologia jurídica luso-brasileira, a palavra *embargo*, no singular, e *embargos*, no plural, é utilizada com diversas acepções. Na disciplina das impugnações, denominam-se *embargos* dois recursos com pressupostos distintos: os *embargos infringentes* e os *embargos de declaração*, cujo exame interessa especialmente às questões trazidas pela presente consulta.

Os *embargos infringentes*, previstos tanto no Código de Processo Civil como no estatuto processual penal, tem como requisito fundamental de admissibilidade a existência de um *voto divergente*, por ocasião do julgamento de certos recursos por um tribunal de segundo grau. Justifica-se, assim, a previsão de um novo recurso pela conveniência de abrir-se nova oportunidade à revisão da matéria decidida, porquanto a falta de unanimidade representaria um perigo de cristalizar-se definitivamente uma possível injustiça contida em pronunciamento inconvincente, porque

resultante de uma votação não unânime. Segundo exame pode sem dúvida conduzir à correção de decisões errôneas⁶.

Muitas são as críticas à adoção desse recurso no campo do *processo civil*, lembrando-se especialmente os inconvenientes da procrastinação da solução dos litígios. Daí, certamente, a limitação ao seu cabimento pela Lei n. 10.352/2001, que alterou a redação do art. 530 do CPC para somente admitir o recurso quando o acórdão não unânime houver *reformado*, em grau de apelação, a sentença de mérito ou houver julgado procedente a ação rescisória. Com isso, parece ter o legislador entendido ser mais remota a possibilidade de uma solução injusta quando a maioria da turma julgadora de segundo grau *confirma* a decisão recorrida.

Em *matéria penal*, ao contrário, não cabem hesitações quanto ao acerto da previsão de tal meio de impugnação, privativo da defesa - nos termos do art. 609, parágrafo único, do CPP -, quando o julgamento da apelação ou do recurso em sentido estrito houver um voto favorável ao réu. Aqui os inconvenientes resultantes da procrastinação de uma decisão final são largamente compensados pela maior tutela que se dá ao direito de liberdade. Justifica assim a previsão do recurso o receio de que possa consumir-se, contra o réu, um julgamento injusto, pois a existência de um voto mais favorável constitui indício de que a solução dada à causa, no mínimo, não é pacífica⁷.

Trata-se de manifestação concreta do *favor rei*, que no dizer de Giuseppe Bettiol é o princípio base de toda a legislação processual penal de um Estado inspirado, na sua vida política e no seu ordenamento jurídico, por

⁶ . Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 6ª ed., Rio, Forense, 1993, v. V, p. 473.

⁷ . Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, 7ª ed., São Paulo, RT, 2011, p. 165.

um critério superior de liberdade. Não há, no dizer do Mestre, Estado autenticamente livre e democrático em que tal princípio não encontre acolhimento. É uma constante das articulações jurídicas de semelhante Estado um particular empenho no reconhecimento da liberdade e autonomia da pessoa humana. No conflito entre o *jus puniendi* do Estado por um lado e o *jus libertatis* do arguido por outro, a balança deve inclinar-se a favor deste último se se quer assistir ao triunfo da liberdade⁸.

Por outro lado, como lecionou Carnellutti, o processo penal visa à obtenção da *certeza do delito*: “o delito não existe, ou seja, um fato não existe como delito senão quando o juiz o tenha declarado certo, isto é, o tenha considerado como tal”⁹. Se é assim, nada mais natural que a legislação processual, diante de uma divergência entre os juízes, no julgamento de um primeiro recurso, estabeleça uma nova via de impugnação para que se possa alcançar uma decisão provavelmente mais *certa*.

4. O recurso de *embargos infringentes* do art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal: sua constitucionalidade e vigência.

Foram exatamente essas mesmas considerações - ligadas ao princípio do *favor rei* e à exigência de *certeza* na determinação da culpabilidade -, que

⁸ . Giuseppe Bettioli, *Instituições de direito e de processo penal*, trad. Manuel da Costa Andrade, Coimbra, Coimbra Editora, 1974, p. 295.

⁹ . Francesco Carnelutti, *Leciones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Bosch, 1950, p. 148.

levaram o Supremo Tribunal Federal a incluir no seu Regimento Interno, entre outras hipóteses, o cabimento de *embargos infringentes* quando, julgada procedente a ação penal originária, houver, no mínimo, quatro votos divergentes (art. 333, I, e parágrafo único, RISTF).

Desde logo, é preciso assinalar, como assentou o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do HC 71.124-3 (adiante mencionado), que a instituição desse recurso pelo Regimento Interno *precede* ao período em que era dado ao STF legislar em matéria recursal:

“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”.

É intuitivo que a existência de um significativo dissenso entre julgadores que decidem pela procedência de uma ação penal, em grau único de jurisdição – com quatro votos favoráveis à defesa –, estabelece nos espíritos uma dúvida muito razoável de que veredicto tão grave possa conter algum equívoco que, à falta de previsão de outro meio de impugnação, venha a tornar-se irreparável. Cabe lembrar que no julgamento examinado, que teve o *quorum* de dez Ministros, bastaria um só voto para levar ao empate e à conseqüente absolvição quanto a uma das sérias imputações contidas na denúncia.

Não cabe argumentar que a referida previsão regimental, editada sob a Carta de 1969, não teria suporte na vigente ordem constitucional ou, então, teria sido revogada pela superveniência da Lei 8.038, de 1990, que instituiu normas procedimentais para o julgamento de processos de competência

originária dos Tribunais, inclusive a ação penal, sem fazer referência ao recurso de embargos infringentes.

Com a devida vênia dos que assim opinam, penso que a previsão regimental encontra claro e indiscutível amparo no disposto pelo art. 96, inciso I, da Constituição da República, que diz competir aos Tribunais “*elaborar seus respectivos regimentos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes*”.

Nada mais consentâneo com as garantias do processo, como visto (*supra*, ns. 1 e 2), do que assegurar o direito ao recurso, notadamente ao acusado em processo penal. Mais ainda quando se trata de recurso que guarda absoluta *simetria* com o que dispõe a legislação processual penal (art. 609, parágrafo único, do CPP), assegurando à defesa uma oportunidade de reexame da matéria diante de significativo dissenso entre os julgadores, com graves repercussões no *ius libertatis* do cidadão submetido à persecução penal.

Com relação à suposta revogação do recurso regimental pelo advento da Lei 8.038, de 1990, é de se ponderar que o referido diploma limitou-se a estabelecer regras para o processamento da ação penal originária, até o seu julgamento (arts. 1º e 12), sem mencionar eventuais recursos, e, ainda, no seu artigo 44, declara revogadas “as disposições em contrário”, especialmente a Lei 3.396, de 1958, que tratava somente da ação penal, também sem cuidar de recursos.

A previsão do art. 333, inc. I, e parágrafo único, do Regimento Interno do STF não pode, assim, *contrariar* o que não é disciplinado pela Lei 8.038/90.

Ademais, qualquer argumento negativo à vigência do dispositivo regimental, diante da superveniência da Lei 8.038, perde força quando se tem

em conta que a Lei n. 9.868, de 1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, no seu art. 26, estabeleceu que “a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória”. Ora, se aqui o legislador se preocupou em declarar a irrecorribilidade de um tipo de decisão que, antes, admitia os embargos infringentes regimentais (art. 333, inc. IV, do RISTF), e não o fez em relação à ação penal originária, é intuitivo que o recurso subsiste, até porque, insisto, corresponde às mais elevadas exigências de proteção do direito fundamental à liberdade.

É oportuno lembrar, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em situação de menor repercussão – como o prazo de preparo do recurso extraordinário -, decidiu claramente pela recepção de regra regimental pela nova ordem constitucional, questionada em face da superveniência da mesma Lei 8038/90¹⁰, valendo recordar o que foi consignado em voto lapidar do Ministro Celso de Mello:

“A superveniência da Lei 8.038/90, não obstante a cláusula de revogação inscrita em seu art. 44 – não tornou dispensável o preparo no recurso extraordinário, eis que o art. 59, § 1º, do RISTF prescreve, **em norma cuja imperatividade ainda prevalece**, que “Nenhum recurso subirá ao Supremo Tribunal Federal (...) sem a prova do respectivo preparo”.

.....

“As normas consubstanciadas nos arts. 57, 59, I, e 107 do RISTF foram recebidas com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento

¹⁰ . STF, 1ª Turma, Agravo de Instrumento (AgRg) 148.475, RTJ 147/1010; idem, Agravo de Instrumento (AgRg) 147.608 (RTJ 151/278).

constitucional. Editadas, validamente, pelo Supremo Tribunal Federal, com fundamento em amplo poder normativo que lhe foi outorgado pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, essas regras, embora formalmente regimentais, dispõem, em preceitos ainda vigentes, sobre tema de caráter nitidamente processual. Essa equivalência jurídica com a lei, de acordo com o sistema consagrado pela Carta ora revogada, conferiu às prescrições regimentais em questão, **precisamente em face da matéria nelas veiculada**, a mesma estatura hierárquico-normativa peculiar ao ato legislativo...” (os grifos são do original)¹¹.

Também não é demais observar: nos 23 anos de vigência da Lei 8.038/90, o Pretório Excelso só recentemente, ao editar a Emenda Regimental n. 36, de 2009, regulamentou o disposto no art. 3º, inc. III, da Lei 8.038/1990, para permitir ao relator, nos processos penais de competência originária, delegar poderes instrutórios. Se durante esse tempo a Corte nada alterou no Regimento Interno, em relação aos embargos infringentes, não seria agora, diante da situação excepcionalíssima trazida pelo julgamento da Ação Penal n. 470, que se iria entender suprimida a relevante garantia de defesa contida no seu art. 333, inciso I.

Ao contrário, no julgamento do HC 71.124-3, em 28 de junho de 1994 – após a edição da Lei 8.038/90, portanto -, a Colenda Primeira Turma do STF, tratando de postulação da defesa de réu condenado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, assentou na própria ementa do julgado: “Embargos infringentes criminais: descabimento da decisão não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais, salvo no Supremo Tribunal Federal...”(sublinhei).

¹¹ . Voto no Agravo de Instrumento (AgRg) 147.608, p. 280-1.

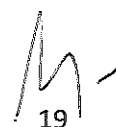
Ademais disso, com sua conhecida profundidade e argúcia, o relator Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto deixou consignadas importantes observações já referidas, que vale repetir para análise do caso presente:

“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”.

Mais adiante, no mesmo voto, afastando a possibilidade de interpretação extensiva ou aplicação analógica para admissão dos embargos infringentes nos Tribunais Estaduais, assinalou ainda:

“Em contraposição, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal Federal são de única e última instância, não apenas no accertamento dos fatos, mas também na aplicação do direito: donde, a construção 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 de reexame do caso”.

Não merece prosperar, assim, a tentativa de impor à defesa esse insuportável cerceamento de prerrogativa recursal há muito consagrada no âmbito dos julgamentos em única instância pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se, portanto, de interpretação absolutamente contrária às garantias constitucionais, igualmente consagradas nos textos internacionais de direitos humanos, que se ampara em argumentos inspirados claramente por motivos ligados à ampla repercussão do caso nos meios de comunicação.



19

5. O cabimento dos embargos infringentes do art. 333, I, do Regimento Interno do STF no caso examinado.

Como ficou exposto em item anterior deste parecer (*supra*, n. 4), o Regimento Interno do STF prevê a oposição de embargos infringentes quando, no julgamento da ação penal originária, houver pelo menos quatro votos favoráveis à defesa.

Mais ainda: essa disposição é tradicionalíssima, precedendo mesmo à EC 16/65 e as cartas constitucionais que deram hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte; não foi objeto de revogação pela Lei 8.038, de 1990; tem inequívoco amparo no disposto pelo art. 96, inciso I, da Constituição, na medida em que assegura o direito constitucional ao recurso e guarda *simetria* com o que dispõe o Código de Processo Penal, a respeito da existência de voto divergente, favorável à defesa, no julgamento da apelação e do recurso em sentido estrito; não foi objeto de alteração, pela STF nos 23 anos de vigência da Lei 8.038/1990, sendo, ao contrário, mencionada, sem qualquer restrição quanto à sua vigência, no julgamento do HC 71.124-3. Enfim, somente uma interpretação *ad hoc* e afrontosa ao direito de defesa poderia afastar o cabimento desse recurso no importante caso julgado na Ação Penal n. 470.

No julgamento em questão, houve efetivamente *quatro votos* em favor do reconhecimento da atipicidade das condutas imputadas ao acusado José Dirceu, a título de crime de quadrilha ou bando. A propósito, vale registrar que o julgamento examinado teve o *quorum* de dez Ministros, o que vale

dizer que *bastaria um só voto para levar ao empate e à consequente absolvição* quanto a uma das sérias imputações contidas na denúncia.

Também nesse ponto não se pode concordar com o argumento lançado na r. decisão da Egrégia Presidência, no sentido de que os embargos infringentes seriam incabíveis por representarem “mera repetição de julgamento realizado pelo mesmo órgão plenário que já examinou exaustivamente uma determinada ação penal e já esgotou, por conseguinte, a análise do mérito da demanda”. Diante da conhecida circunstância de que o Plenário do STF conta, hoje, com dois novos e eminentes Ministros, a possibilidade de alteração de entendimento a respeito da questão da tipicidade do fato imputado é muito concreta.

Por sinal, cuida-se de significativa divergência a respeito de questão jurídica de extrema relevância nos dias atuais, em que automaticamente são formuladas acusações pelo crime de quadrilha ou bando, cada vez que ações criminosas são praticadas em concurso por quatro ou mais pessoas.

A propósito, o festejado penalista René Ariel Dotti, insurgindo-se contra a fúria punitiva e os excessos de denúncias oferecidas em hipóteses muito semelhantes à dos autos sob exame, observa: “*Não é possível admitir que empresas privadas inseridas tradicionalmente no mercado (a exemplo de instituições financeiras) ou entes públicos ou privados que funcionam segundo as exigências legais e os devidos controles internos e externos, possam ser, por mera presunção, o cenário para a estabilidade e permanência de malfeitores. Como aceitar que os espaços físicos por elas erigidos constituam o palco para a representação criminosa? Por que metamorfosear a atividade empresarial lícita em comportamento de bando delituoso? Qual seria, enfim, a materialidade do fato sem a qual jamais a*

denúncia poderia ser recebida? Quais seriam os atos típicos de formação e funcionamento da...quadrilha?”¹².

Daí, com a devida vênia de entendimento contrário, o evidente cabimento dos embargos infringentes regimentais no caso examinado.

Passo então a responder à indagação complementar formulada pelos consulentes.

RESPOSTA AO QUESITO COMPLEMENTAR

Diante da existência de quatro votos pela absolvição do acusado da imputação pelo crime de quadrilha ou bando, por atipicidade da conduta, tem cabimento o recurso de embargos infringentes previsto pelo art. 333, I, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal?

R. Sim. A existência de quatro votos favoráveis à defesa evidencia o cabimento dos embargos infringentes, na forma prevista pelo Regimento Interno do STF. Por sinal, trata-se de disposição contida nos regimentos anteriores à EC 16/65 e às cartas constitucionais que deram hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte. Não foi objeto de revogação pela Lei 8.038, de 1990 e tem amparo no art. 96, inciso I, da Constituição, na medida em que assegura o direito constitucional ao recurso. Além disso, tem clara *simetria* com o que dispõe o Código de Processo Penal, a respeito da existência de voto divergente, favorável à defesa, no julgamento da apelação e do recurso em sentido estrito. Mais do que isso, não foi objeto de alteração, pela STF nos 23 anos de vigência da Lei 8.038/1990, sendo, ao contrário,

¹² DOTTI, René Ariel. *Um bando de denúncias por quadrilha*, Boletim do IBCCrim, ano 15, n° 174, maio de 2007, p.06.

mencionada, sem qualquer restrição quanto à sua vigência, no julgamento do HC 71.124-3. Enfim, somente uma interpretação *ad hoc* e afrontosa ao direito de defesa poderia afastar o cabimento desse recurso no importante caso julgado na Ação Penal n. 470.

É o meu parecer.

São Paulo, 2 de setembro de 2013.



Antonio Magalhães Gomes Filho

Professor Titular de Processo Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo