

12/09/2013

PLENÁRIO

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES: Sr. Presidente, peço vênua 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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

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 hermeneuticamente 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 perversiva 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

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

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 regulamenta 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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.

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 SEXTO / 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 SEXTO / 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.

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 SEXTO / 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 SEXTO / 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**

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 julgante 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 SEXTO / 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 SEXTO / 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.