

12/09/2013

PLENÁRIO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Com o pronunciamento do ministro Ricardo Lewandowski, foram

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

alcançados cinco votos pela admissibilidade e três em sentido oposto.

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

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

"Art. 609 - [...]"

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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



## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

Art. 102. [...]

I - processar e julgar, originariamente:

[...]

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

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

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

Art. 105. [...]

I - processar e julgar, originariamente:

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

Art. 108. [...]

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

não encerra, portanto, o extravagante, o extraordinário.

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

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

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

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

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

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - Reconheço.

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

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, Ministro.

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

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

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

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

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

## **AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

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

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

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

**AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

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

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

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, sim.

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

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

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

## **AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

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

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

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

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



## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

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

## **AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

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

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

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

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

## **AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG**

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

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

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

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

### Verbete nº 211:

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

### Verbete nº 293:

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

### Verbete nº 294:

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

Verbete nº 368:

"Não há embargos infringentes no processo de reclamação".

Verbete nº 455:

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

E por último, Verbete nº 597:

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

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

Eis as conclusões, Presidente:

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

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

## AP 470 AGR-VIGÉSIMO QUINTO / MG

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

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

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

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

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

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