



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO
RELATOR DA AÇÃO PENAL 470 NO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
(Min. JOAQUIM BARBOSA)

Arnaldo Malheiros Filho
Flávia Rahal Bresser Pereira
Daniella Meggiolaro

Arthur Sodré Prado
Conrado G. de Almeida Prado
Thiago Diniz Barbosa Nicolai
Gustavo Alves Parente Barbosa

DELÚBIO SOARES DE CASTRO, por seus advogados, nos autos do processo em referência, tendo sido intimado da r. decisão que negou seguimento aos embargos infringentes que interpôs, vem à presença de V. Exa., com fundamento no art. 335, § 2º, do RI/STF e, subsidiariamente, no art. 39 da Lei 8.038/90, contra ela interpor **agravo**, nos termos adiante aduzidos.

1. PRELIMINAR: INTEMPESTIVIDADE DA DECISÃO AGRAVADA

O ora agravante opôs embargos declaratórios ao v. acórdão do Pleno que o condenou pelos delitos de corrupção ativa e quadrilha, no décimo dia posterior a sua publicação.

Por excesso de zelo, no décimo-quinto dia, opôs também embargos infringentes, nos moldes dos arts. 333 e seguintes do RI/STF.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Ora, pelo que dispõe o art. 339 do Regimento (com apoio no art. 538, *caput*, do CPC) os embargos declaratórios suspendem o prazo para qualquer outro recurso contra a decisão embargada, tanto que o agravante, ao interpor os infringentes, protestou por novo prazo caso os declaratórios fossem recebidos ainda que em parte, de modo a emendar – se fosse o caso – sua petição.

Assim, com prazo suspenso, sem se saber o que o Plenário decidirá sobre os declaratórios, não cabia decidir sobre o seguimento dos infringentes, que somente se iniciaria *após* o julgamento dos declaratórios.

2. A DECISÃO AGRAVADA

*“Jamais dois homens julgaram igualmente a mesma coisa; é impossível verem-se duas opiniões exatamente iguais, **não somente em homens diferentes, mas no mesmo homem em horas diferentes.**”*

MONTAIGNE

O peticionário foi condenado, em instância única, também por alegado delito de quadrilha. Nesse ponto o julgamento dividiu as opiniões dos eminentes Ministros, terminando com quatro votos favoráveis à absolvição. Diante disso, foram opostos embargos infringentes visando à prevalência dos votos vencidos – mais consentâneos com a jurisprudência dessa Colenda Corte do que o entendimento adotado pela douta maioria.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

Em que pese à expressa previsão regimental do recurso, mas em razão de posicionamento de V. Exa. já anunciado na imprensa, o ora Agravante teve a preocupação de demonstrar, em preliminar de cabimento, a plena eficácia do art. 333, n. I, do Regimento Interno desse E. Tribunal.

Não obstante, antes mesmo de determinar a apresentação de contra-razões pelo *Parquet*, o seguimento dos embargos foi indeferido.

Em sua r. decisão, argumentou V. Exa.:

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

Como a recepção ocorre no momento em que a Constituição entra em vigor, ela só poderia ter se dado “lá atrás”. Claro que nunca com características de eternidade (que se saiba, a última lei que aspirou a tanto foi o Código de Hamurabi), porque pode ser mudada; mas não foi, o texto continua lá no Regimento.

Prossegue a r. decisão:

“Mesmo tendo sido recepcionado como lei ordinária, o Regimento Interno do STF vem sendo constantemente alterado por esta Corte, já havendo mais de 47 emendas regimentais. E essa revisão deve continuar, tendo em vista a existência, ainda hoje, de inúmeros dispositivos regimentais manifestamente ultrapassados (...). O próprio dispositivo regimental que abriga o recurso ora reivindicado ainda faz alusão a julgamento secreto, o que é, no mínimo, uma obsolescência.”

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

O Regimento Interno é constantemente modificado, especialmente nos seus dispositivos que nunca tiveram força de lei e por isso não foram nesse *status* recepcionados. Quanto aos que o foram, há que se considerar as ponderações do eminente Decano CELSO DE MELLO, *nesta mesma ação penal*, no sentido de que, tendo força de lei, somente por lei em sentido formal poderiam essas disposições vir a ser revogadas.

A r. decisão não surpreende, pois até o presente momento V. Exa. não acolheu qualquer tese da defesa, sempre as qualificando de protelatórias e infundadas, enquanto a acusação sempre tem razão, mesmo quando só se manifesta pelos jornais, como ocorreu na espécie.

Nessa linha, a r. decisão agravada dispõe:

“Ademais, como ocorre com todas as espécies normativas, o RISTF, evidentemente, também pode ser alterado, total ou parcialmente, e mesmo tacitamente, quando lei posterior dispuser de forma diversa ou regular inteiramente a matéria de que ele tratava (art. 2º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). É nesse cenário que intervém, com especial destaque, a Lei 8.038/1990, que tem por finalidade justamente instituir ‘normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal’. Note-se bem: trata-se de lei em sentido formal e material, votada pelo órgão legislativo competente (o Congresso Nacional). A intervenção do Congresso Nacional na matéria, cumprindo desígnio do constituinte originário de 1988, teve uma consequência clara: o desaparecimento do mundo jurídico das normas regimentais que outrora regiam o processo e o julgamento de certos feitos no âmbito desta Corte, e que hoje se mostram incompatíveis com a nova disciplina legal da matéria. A Lei 8.038/1990 – além de dispor sobre os processos de competência originária, dentre eles

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

a ação penal originária – também especifica quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do STF, esgotando, assim, o rol de medidas processuais voltadas ao reexame dos julgados dessas duas Cortes Superiores. E, ao especificar quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do STF, a Lei 8.038/1990 não previu o cabimento de embargos infringentes em ação penal originária. Na Lei 8.038/1990, somente há alusão a embargos infringentes no art. 42, que dá nova redação a dispositivos do Código de Processo Civil. Noutras palavras, nos dias atuais, essa modalidade recursal é alheia ao Supremo Tribunal Federal quando este atua em ação penal originária. Assim, não estando os embargos infringentes no rol dos recursos penais previstos na Lei 8.038/1990, que regula taxativa e inteiramente a competência recursal desta Corte, não há como tal recurso ser admitido. O já citado art. 333, inciso I e parágrafo único, do RISTF foi, dessa forma, revogado pela Lei 8.038/1990, cujo art. 44 estabelece expressamente a revogação das disposições em contrário, entre elas, naturalmente, aquelas que contemplavam recursos não previstos no novo diploma legal (Lei 8.038/1990).

O fundamento central da r. decisão é que a Lei nº 8.038/90 não legislou sobre os embargos infringentes, o que teria revogado tacitamente o art. 333, n. I, do Regimento Interno dessa Colenda Corte¹. Segundo essa linha de pensamento, se não está na Lei nº 8.038/90, o recurso não “existiria” nos casos de ação penal originária. Além disso, o fato de constar no Regimento não significaria nada, tendo em vista que ainda consta como disposição regimental o julgamento secreto, abolido pela Carta de 1988.

Mas a Lei 8.038/90 jamais pretendeu desprestigiar os Regimentos dos Tribunais, tanto assim que seu regramento para a ação penal originária vai até o término da instrução: “Art. 12 - Finda a instrução, o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno.” E sobre o que se

¹. Atualizado até novembro de 2012 e consolidação com as alterações legislativas até 2002.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

segue a Lei silencia. Não fala, é verdade, em embargos infringentes, *nem em embargos declaratórios!*

Mesmo em relação à instrução esse diploma legal prestigia os regimentos: “Art. 2º - O relator, escolhido na forma regimental, será o juiz da instrução, que se realizará segundo o disposto neste capítulo, no Código de Processo Penal, no que for aplicável, e no Regimento Interno do Tribunal.”

É óbvio que qualquer norma pode ser derogada por outra que a suceda. Até de forma tácita, se o tema for integralmente regulado. Mas o silêncio nada derroga, exigindo revogação expressa. Se a Lei não falou em embargos declaratórios ou infringentes, até porque, a partir do término da instrução, deixou a regulação do feito a cargo dos regimentos internos, não se pode dizer que ela fez desaparecer do mundo jurídico disposições regimentais sobre temas que não versa.

Mas o eminente Relator também se apegou à finalidade do recurso em específico e à envergadura dessa Suprema Corte para tentar afastar o interesse recursal do agravante. Ao abordar os recursos existentes no processo penal, o r. despacho agravado sugere que a reconsideração pela Corte significaria descrédito da Justiça, mesmo quando a Casa se mostra dividida, como no caso.

Data maxima venia, a r. decisão não só se equivoca, e muito, no que toca à vigência do dispositivo regimental, como também peca gravemente ao atribuir, à soberania das decisões da Suprema Corte e à notória experiência prática e teórica de seus Magistrados, uma inexistente preponderância em relação à sua própria e primordial função: a de fazer justiça.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Como sensatamente observou JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA, “os juízes e os tribunais existem primacialmente para mais servirem à liberdade jurídica dos réus, direito ao processo judiciário, do que ao direito dos autores, direito ao emprego da força pública na execução da sentença favorável ao autor, nela proferida.”²

Isto é, se o processo penal é o meio pelo qual se impede a anárquica solução de conflitos, o Magistrado serve ao acusado, garantindo seu direito a um processo justo que culmine com uma decisão justa.

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

Quando se verifica, então, a mudança de composição sem que os recursos tenham se esgotado, o reexame, além de prudente, é uma demonstração de busca pela justiça.

Assim, em nada importa que o *decisum* tenha emanado do mais elevado Tribunal pátrio. O que importa é que ele seja justo, para preservar a credibilidade dessa E. Corte, que depende mais da correção de suas decisões, do que da instantaneidade.

E, malgrado a patente e inegável erudição dos integrantes desse Augusto Tribunal, a verdade é que, como humildemente reconheceu o eminente Revisor

². *Processo Penal – Ação e Jurisdição*, RT, São Paulo, 1975, p. 9.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

desta ação penal, “o STF também erra” (fls. 59.678). O STF também evolui, reconsidera, reposiciona-se. Quantas não terão sido as mudanças na orientação jurisprudencial dessa Colenda Corte, quantos entendimentos não terão sido repensados, quantas súmulas não terão sido canceladas só porque “o STF também erra”!

E, como é óbvio, se há aqui uma corrente pela absolvição e outra pela condenação, alguém *está* equivocado. A condenação se fez com maioria, mas não por unanimidade. E se a *maioria* estiver errada? E se houver um Ministro, que seja, repensando seu voto?

O que não falta, aqui, é interesse recursal. Não só para o agravante, já que quatro Ministros o absolvem. O interesse é **geral**, porque, se “o STF também erra”, a justiça impõe a revisão de suas decisões, ainda que pelos mesmos julgadores.

É a isso que se prestam os infringentes, “cuja previsão parece estar num fundado receio de que possa cristalizar-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 pacífica.”³ Para o ordenamento penal, um único voto pode materializar a dúvida razoável; aqui são quatro, quase a metade da composição plenária.

E a doutrina ainda anota:

“Por isso, não cabem no processo penal as mesmas hesitações da doutrina processual civil quanto à conveniência da manutenção

³. ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, *Recursos no Processo Penal*, 2ª ed., RT, São Paulo, 1999, p. 217.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

de tal recurso; aqui, os inconvenientes resultantes da procrastinação de uma decisão final são largamente compensados pela maior tutela que se dá ao direito de liberdade.”⁴

Seria intolerável impedir a revisão do v. acórdão ao argumento que isso vai “eternizar o feito” ou por medo das críticas. *Accipere, quam facere, præstat injuriam*, diz o provérbio latino. Até porque, como percebeu MACHADO DE ASSIS, “os adjetivos passam; os substantivos ficam.” O devido processo legal se dá por etapas, cujo cumprimento nada tem de eternização.

Assim, os embargos infringentes cujo processamento se requer por meio do presente agravo não podem ser vistos como meramente protelatórios ou como uma afronta ao v. acórdão, à soberania da Corte e, muito menos, aos eminentes Ministros que, até agora, formaram a maioria. O que se discute aqui é a liberdade, e entender o último apelo de um réu condenado (por maioria apertada!) como um vilipêndio é, *data maxima venia*, personalizar demais o debate, o que não se coaduna com a função judicante.

A r. decisão agravada, *malgré tout*, vai mais longe:

“admitir o recurso de embargos infringentes seria o mesmo que aceitar a ideia de que o Supremo Tribunal Federal, num gesto gracioso, inventivo, *ad hoc*, magnânimo, mas absolutamente ilegal, pudesse criar ou ressuscitar vias recursais não previstas no ordenamento jurídico brasileiro, o que seria inadmissível (...).

Os adjetivos caíram no gosto da imprensa, que os repetiu *ad nauseam*, conquanto não concirnam à espécie. Vejamos:

⁴. *Ibidem*.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

Gracioso o ato de admitir os embargos regimentais não é, pois o *suum cuique tribuere* nada tem de liberalidade, mas de reconhecimento de um direito.

Inventivo, tampouco. O que está há décadas no Regimento Interno não é “inventado” agora.

“**Ad hoc**” seria manter, até quase o jubileu de prata, disposições no Regimento para, num caso midiático, dizer que elas nada valem. Admitir o processamento dos infringentes seria o oposto de *ad hoc*.

Magnânimo, o despacho de admissibilidade só poderia ser no sentido de “grandeza de alma”, que lhe dão os léxicos. Nunca de “generosidade”, pois cumprir o próprio Regimento não é fazer favor a ninguém.

Dizer que os infringentes opostos pelo agravante configurariam “vias recursais não previstas no ordenamento jurídico brasileiro” também não procede. O Regimento Interno, *et pour cause*, integra o ordenamento jurídico⁵ e a previsão está lá, escrita com todas as letras.

3. O CABIMENTO INEQUÍVOCO DOS EMBARGOS INFRINGENTES

⁵ . Para Kelsen, tanto as resoluções administrativas, tanto quanto as decisões judiciais integram o ordenamento jurídico. HANS Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1997, p. 260/261.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Com se viu, dois são os fundamentos centrais da r. decisão agravada: de acordo com o primeiro argumento a Lei 8.038/90 *“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”* (portanto, não há também embargos de declaração, deixando as omissões e contradições passar em julgado!); e o segundo argumento reside no fato que o Regimento não é eterno e, portanto, pode ser modificado, como de fato tem sido, por mais de 47 emendas ao longo do tempo, embora nunca naquilo que ora se discute. A reforçar essa última tese, o eminente Ministro Relator afirma que o fato de uma disposição constar do Regimento não significa que ela tenha validade, já que também há nele *“inúmeros dispositivos regimentais manifestamente ultrapassados”*, sendo que o dispositivo que *“abriga o recurso ora reivindicado ainda faz alusão a julgamento secreto, o que é, no mínimo, uma obsolescência”*.

A Lei 8.038/90 **jamaís** esgotou todos os recursos no âmbito dos Tribunais Superiores ou pretendeu marginalizar os regimentos internos, como antes se afirmou, tanto que os embargos de declaração estão sendo examinados pela Corte e não foram previstos por ela. Como é comezinho, no termos do art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução: a Lei nova (8.038/90) estabelece disposições a par das já existentes (art. 333, I, RISTF), não as revogando nem modificando, como será detalhado mais adiante.

No que toca ao Regimento, todos sabemos que ele não é eterno. Todos sabemos, inclusive, que ele já foi alterado por mais de 47 (quarenta e sete emendas). Aliás, desde 1990, ano da Lei nº 8.038, essa Colenda Corte editou nada menos do que 29 Emendas Regimentais, a maioria sem relação com o tema.

Se sobeja no Regimento algum “entulho” do passado, a verdade é que, a propósito de embargos (Título XI, Capítulo VI, Seção I) houve duas emendas: A

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

primeira delas, n. 26/2008, trata dos embargos de divergência e não interessa à presente discussão. Mas, em 24.2.12, essa Suprema Corte editou, a Emenda Regimental nº 47, sobre embargos, *infringentes incluídos*, com a finalidade de dispor sobre o seu procedimento.

Ou seja, há pouco mais um ano, essa Corte editou Emenda Regimental regulamentando o procedimento dos embargos infringentes! Recorde-se, a Lei nº 8.038 está em vigor desde 1990!

Ora, E. Tribunal, até pode ser que o Regimento contenha, em seus dispositivos, expressões ultrapassadas e obsoletas, como a menção ao TFR e aos julgamentos secretos. Mas isso se resolve por interpretação.

Já dizer que um recurso sobre cujo procedimento se debruçou essa Suprema Corte há aproximadamente um ano “não existe”, isso sim é atacar a soberania das decisões plenárias! O dispositivo não foi esquecido, não foi ignorado desde a edição da Lei 8.038/90. Ele foi expressamente ratificado e alterado recentemente! Tamanho casuísmo não pode ser admitido!

A decisão de suprimir, no ocaso de um processo, o único recurso previsto para réus condenados em ação penal seria não só uma afronta às garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (e mesmo ao consectário do duplo grau de jurisdição), como um inadmissível ataque ao princípio da legalidade e um duro golpe no espírito de Justiça que hodiernamente paira sobre essa Casa Suprema.

Uma disposição regimental, recentemente atualizada, não pode ser mera armadilha, mero *trompe l’oeil* para o jurisdicionado. O cabimento do recurso é inequívoco.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

É por isso que no v. acórdão, objeto dos infringentes, o eminente Ministro CELSO DE MELLO, em seu voto na questão de ordem sobre a competência desse E. Tribunal para julgamento da causa, deixou claro que o recurso era cabível e recepcionado pelo ordenamento jurídico atual:

“Demais disso, a garantia da proteção judicial efetiva acha-se assegurada, nos processos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal, não só pela observância da cláusula do ‘due process of law’ (com todos os consectários que dela decorrem), mas, também, pela possibilidade que o art. 333, inciso I, do RISTF enseja aos réus, sempre que o juízo de condenação penal apresentar-se majoritário.

“Refiro-me à previsão, nos processos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal, de utilização dos ‘embargos infringentes’, privativos do réu, porque somente oponíveis a decisão ‘não unânime’ do Plenário que tenha julgado ‘procedente a ação penal’.

“Cabe registrar, no ponto, que a norma inscrita no art. 333, n. I, do RISTF, embora formalmente regimental, qualifica-se como prescrição de caráter materialmente legislativo, eis que editada pelo Supremo Tribunal Federal com base em poder normativo primário que lhe foi expressamente conferido pela Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, ‘c’).

“É preciso ter presente que a norma regimental em questão, embora veiculasse matéria de natureza processual, revelava-se legítima em face do que dispunha, então, o art. 119, § 3º, ‘c’, da Carta Federal de 1969, que outorgava, ao Supremo Tribunal Federal, como já anteriormente mencionado, poder normativo primário, conferindo-lhe atribuição para, em sede meramente regimental, dispor sobre o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal (...).

“Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, dispunha, excepcionalmente, de competência para estabelecer, ele próprio, normas de direito processual em seu regimento interno, não obstante fosse vedado,

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

aos demais Tribunais judiciais, o exercício dessa mesma prerrogativa, cuja prática – considerado o sistema institucional de divisão de poderes – incumbia, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 – RTJ 69/138, v.g.).

“Essa excepcional competência normativa primária permitiu ao Supremo Tribunal Federal prescrever, em sede formalmente regimental, normas de caráter materialmente legislativo (RTJ 190/1.084, v.g.), legitimando-se, em consequência, a edição de regras como aquela consubstanciada no art. 333, inciso I, do RISTF

“Com a superveniência da Constituição promulgada em 1998, o Supremo Tribunal Federal perdeu essa extraordinária atribuição normativa, passando a submeter-se, como os demais Tribunais judiciais, em matéria processual, ao domínio normativo da lei em sentido formal (CF, art. 96, I, ‘a’).

“Em virtude do novo contexto jurídico, essencialmente fundado na Constituição da República (1998) – que não reeditou regra com o mesmo conteúdo daquele preceito inscrito no art. 119, § 3º, ‘c’, da Carta Política de 1969 –, veio o Congresso Nacional, mesmo tratando-se de causas sujeitas à competência do Supremo Tribunal Federal, a dispor, uma vez mais, em plenitude, do poder que historicamente sempre lhe coube, qual seja, o de legislar, amplamente, sobre normas de direito processual.

“E foi precisamente no exercício dessa atribuição constitucional que o Congresso Nacional editou, com inteira validade, diplomas legislativos, como aqueles consubstanciados, por exemplo, na Lei nº 8.038/90 e, também, na Lei nº 8.950/94, posto que cessara, ‘pleno jure’, com o advento da Constituição de 1988, a excepcional competência normativa primária que permitira, a esta Suprema Corte, sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, ‘c’), prescrever normas de direito processual relativamente às causas incluídas em sua esfera de competência.

“A norma inscrita no art. 333, inciso I, do RISTF, portanto, embora impregnada de natureza formalmente regimental, ostenta, desde a sua edição, o caráter de prescrição materialmente legislativa, considerada a regra constante do art. 119, § 3º, ‘c’, da Carta Federal de 1969.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Com a superveniência da Constituição de 1988, o art. 333, n. I, do RISTF foi recebido, pela nova ordem constitucional, com força, valor, eficácia e autoridade de lei, o que permite conformá-lo à exigência fundada no postulado da reserva legal.

“Não se pode desconhecer, neste ponto, que se registrou, na espécie, com o advento da Constituição de 1988, a recepção, por esse novo estatuto político, do mencionado preceito regimental, desde que veiculador de norma de direito processual, que passou, então, a partir da vigência da nova Lei Fundamental da República, como precedentemente enfatizado, a ostentar força, valor, eficácia e autoridade de norma legal, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 147/1.010, Rel. Min. Octavio Gallotti – RTJ 151/278-279, Rel. Min. Celso de Mello – RTJ 190/1.084, Rel. Min. Celso de Mello).

“É certo que falece, agora, ao Supremo Tribunal Federal o poder de derrogar normas regimentais veiculadoras de conteúdo processual, pois estas – desde que consubstanciadoras de prescrições materialmente legislativas – somente poderão ser alteradas mediante lei em sentido formal, observado, em sua elaboração, o devido processo legislativo, tal como disciplinado no texto da vigente Constituição da República.

“Esse entendimento – além de consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário, cabendo destacar, no ponto, a advertência de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado, p. 200, nota 4, 2ª ed., 1996, RT), para quem, ‘No julgamento das causas de sua competência originária ou recursal, é vedado ao STF regular no RISTF matéria de direito processual, sendo-lhe defeso exigir requisitos processuais além dos enumerados na CF ou na lei federal, bem como dispensar outros cuja indispensabilidade vem mencionada na CF ou na lei federal’.

“Tais observações, contudo, não descaracterizam a legitimidade constitucional da norma inscrita no art. 333, I, do RISTF, pois, como anteriormente enfatizado, essa prescrição normativa foi recepcionada pela vigente ordem constitucional (RTJ 147/1.010 – RTJ 151/278-279 – RTJ 190/1.084, v.g.), que lhe atribuiu

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

força e autoridade de lei, viabilizando-lhe, desse modo, a integral aplicabilidade por esta Suprema Corte.

“É por isso que entendo, não obstante a superveniente edição da Lei nº 8.038/90, que ainda subsiste, com força de lei, a regra consubstanciada no art. 333, I, do RISTF, plenamente compatível com a nova ordem ritual estabelecida para os processos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal.

“E, o que é mais importante, essa regra permite a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que torna pleno o respeito ao direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que viabiliza a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São José da Costa Rica, Art. 8º, n. 3, alínea ‘h’)” (fls. 51.768/51.772, destacamos).

O que se extrai dessa judiciosa análise, adotada aqui como premissa, é que a previsão regimental de embargos infringentes nas ações penais originárias, hoje e desde a promulgação da Constituição de 1969, *ostenta força de lei e foi recepcionada pela Carta de 1988*. Bem por isso, a sua derrogação ou revogação, na visão clarividente do Min. CELSO DE MELLO, depende de uma “*lei em sentido formal*”, não dispondo essa Colenda Corte, nem mesmo em Plenário, de poderes para tanto.

Pois bem. E é óbvio que a Lei nº 8.038/90 não revogou o art. 333, n. I, do Regimento Interno. Uma breve análise do diploma invocado o demonstra.

Pode-se começar pela ementa.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

Na técnica legislativa, a ementa “*é a parte do ato que sintetiza o conteúdo da lei, a fim de permitir, de modo imediato, o conhecimento da matéria legislada*”⁶.

No caso da Lei nº 8.038/90, a ementa não podia ser mais clara: “*Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.*”

A lei não pretende tratar, como se vê, “dos processos perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal” em sentido *lato*. Ela simplesmente dispõe, no âmbito desses Tribunais (e é essa a função da vírgula), sobre procedimentos para aqueles determinados processos (os “que especifica”).

É no corpo da lei que se revela a matéria legislada: os processos específicos para os quais ela institui as normas procedimentais. São eles i) ação penal originária, ii) reclamação, iii) intervenção federal, iv) *habeas corpus*, v) ação rescisória, vi) conflitos de competência, de jurisdição e de atribuições, vii) revisão criminal, viii) mandado de segurança, ix) mandado de injunção, x) *habeas data*, xi) recurso extraordinário, xii) recurso especial, xiii) recurso ordinário em *habeas corpus* e em mandado de segurança, xiv) apelação cível e agravo de instrumento.

Portanto, insista-se, é sobre esses procedimentos, e somente eles, que, no contexto dos Tribunais Superiores, ela dispõe.

⁶. GILMAR FERREIRA MENDES e NESTOR JOSÉ FOSTER JÚNIOR, *Manual de Redação da Presidência da República*, em www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manualredpr2aed.doc



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

E, como é cristalino, ao menos no que tange ao processo penal, a Lei nº 8.038/90 não criou ou extinguiu nenhum procedimento ou recurso. O recurso da ação originária simplesmente não foi tratado, enquanto o recurso ordinário em habeas corpus foi. Só por isso, é incontroverso que não se pretendeu alterar o recurso da ação originária.

De fato, não há nenhuma menção ao cabimento de embargos infringentes em ação penal originária⁷. Mas daí à conclusão de que, por isso, eles teriam sido *revogados* existe diferença enorme. Nossa antiga Lei de Introdução, em dispositivo que a doutrina clássica considera “lapidar”⁸, dispunha em seu art. 4º: “a lei só se revoga ou derroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto, se referir, alterando-o, explícita ou implicitamente”. O que já foi lei continua a vigor, agora como diretriz hermenêutica; por esse brocardo se vê que sobre o que a lei nova silenciou não houve revogação, persistindo a eficácia da *lex specialis*.

Ora, os embargos infringentes já haviam sido regulados no âmbito dessa Corte Suprema – com força de lei, como se disse.

Como anotou a r. decisão agravada, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça jamais chegou a prever o instituto nas ações penais que lá tramitem. Mas aquela Corte, embora não possa ser chamada de uma “terceira instância”, também não é a última. Ao contrário, algumas de suas decisões podem ser revistas pelo Tribunal Constitucional, seja por meio de recurso ordinário (em

⁷. No Título III, das disposições gerais, quando faz menção aos infringentes, a lei apenas altera o Código de Processo Civil, sem dispor sobre o cabimento do recurso perante o STF – que, de resto, nunca foi legal nem regimentalmente previsto para feitos de natureza cível.

⁸. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil – Parte Geral*, Saraiva, São Paulo, 1972, p. 30.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

casos de HC) ou extraordinário, seja ainda por meio de simples *habeas corpus*, que a Constituição diz caber ***sempre*** que houver constrangimento ilegal.

Mas já em 1980 essa Suprema Corte, em alentado rumo ao garantismo democrático, instituiu em seu Regimento a única forma de revisão de seus julgados, já que inexistente o acesso ao duplo grau de jurisdição.

Isto é, independentemente de qualquer fundamento formal (como também a debatida utilidade de infringentes quando julgados pelos mesmos juízes prolores da decisão embargada), foi admitida a necessidade de um recurso quando o caso é julgado em única instância. Afinal, repita-se, como reconheceu o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, “o STF também erra. E errando em último lugar, só escassamente haverá meio de corrigir o erro...” (fls. 59.678).

O direito à revisão do julgado por meio dos infringentes nasceu da iniciativa dessa Colenda Corte, a última instância judiciária pátria, em garantir a ampla defesa e, sobretudo, um processo penal essencialmente justo. Afinal, como fez questão de referir RUI BARBOSA, “*trocando, na denominação desse tribunal, o predicativo de justiça pelo qualificativo de federal, não lhe tirou o caráter de tribunal de justiça*”⁹.

Portanto, o silêncio da lei nessa matéria não pode ser interpretado senão como voluntário e dirigido a dar espaço aos regimentos internos. Suprimir o art. 333, n. I, do RI/STF seria um verdadeiro atentado à ampla defesa e ao devido processo legal, garantias, à época, recém-consagradas na Carta Política de 1988.

Mas esse é só o espírito da questão.

⁹ . http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/p_a3.pdf



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

Voltando à matéria, a hermenêutica e a técnica legislativa não se compadecem com o entendimento de que embargos infringentes não “existiriam” em ações penais originárias perante o Supremo Tribunal.

É que, como se sabe, porque disposto pelo art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil, nosso ordenamento jurídico admite três casos de revogação de uma lei: quando a lei superveniente expressamente o declare, quando seja com aquela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

De acordo com ANDRÉ FRANCO MONTORO, “a revogação é expressa quando se refere, determinantemente, à lei ou leis revogadas”¹⁰, dando como exemplo o “artigo 1.807 do Código Civil [anterior], que dispõe: ‘Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes, concernentes às matérias de direito civil reguladas neste Código.’”

Isso nem de longe ocorreu em relação aos infringentes – ainda mais porque a Lei nº 8.038 foi taxativa ao revogar “especialmente os arts. 541 a 546 do Código de Processo Civil e a Lei nº 3.396, de 2 de junho de 1958.”

E prossegue o ilustre Professor:

“Os dois outros casos, previstos no texto citado, referem-se à revogação tácita ou implícita.

“É claro que, havendo incompatibilidade entre dois textos de lei, prevalece o mais recente e considera-se implicitamente revogado o anterior.

¹⁰. ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, 24ª ed., RT, São Paulo, 1997, p. 392.

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

“Da mesma forma, sempre que uma lei geral venha regular inteiramente a matéria de que tratem leis anteriores, entende-se que essas leis foram, tacitamente, revogadas em todas as suas disposições, ainda mesmo que não tenha havido referência expressa.

“Entretanto, ‘A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’ (§ 2º do art. 2º da Lei de Introdução), salvo, evidentemente, se ocorrer algum dos casos indicados no § 1º: revogação expressa, incompatibilidade, ou nova regulamentação completa da matéria”¹¹.

Ou seja, há duas hipóteses de revogação tácita de uma norma: quando a nova lei venha a regular inteiramente a mesma matéria ou quando haja incompatibilidade entre a primeira e a segunda normas. E a ressalva também é expressa na Lei de Introdução: não ocorrendo nenhuma dessas hipóteses de revogação, se a nova legislação estabelecer disposições *a par* das já existentes, ela não altera a anterior.

Pois os arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 estabelecem o procedimento a partir (e inclusive) do oferecimento da denúncia até o final da instrução.

O art. 12, aliás, é imperativo ao dispor que o julgamento será feito “*na forma determinada pelo regimento interno*”, o que demonstra que esse normativo não foi esquecido pela lei.

Portanto, ao contrário do que afirmou a r. decisão agravada, não se pode dizer que a Lei nº 8.038/90 tenha regulado *inteiramente* a matéria.

¹¹. *Idem, ibidem.*



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

Deu-se, de fato, a revogação tácita do Título III do Livro II do Código de Processo Penal, que tratava “Dos Processos de Competência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Apelação”, o que posteriormente se confirmou expressamente na Lei nº 8.658/93, que “*dispõe sobre a aplicação, nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, das normas da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, sobre ações penais originárias*”.

E a lei, de fato, substituiu implicitamente o texto original do regimento, alterando todo o Título IX, que trata “Das Ações Originárias”.

Mas o mesmo não se fez em relação aos embargos, desde então e ainda hoje previstos em Capítulo próprio no Regimento (Título XI, Capítulo VI, Seção I, arts. 330 e seguintes).

Em notável artigo intitulado “Embargos infringentes na ação penal originária”, o eminente Ministro CARLOS VELLOSO discorre didaticamente sobre o tema:

“Primeiro que tudo, deve-se reconhecer que a lei 8.038, de 1990, institui normas para os processos que especifica, perante o STJ e o Supremo Tribunal Federal. O processo da ação penal originária é um desses processos especificados na lei 8.038/90, arts. 1º a 12. Passo a passo, a lei estabelece o procedimento a ser observado: (...)

“E assim procede a lei, minuciosamente, até o findar da instrução da ação, quando, estatui no art. 12, ‘o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno, observando-se o seguinte: (...)

“Então, o que se tem é que, no julgamento **e, em consequência, nos atos posteriores**, por expressa determinação da lei 8.038, art. 12, será observado o regimento interno, apenas com as ressalvas inscritas nos incisos I e II do mesmo art. 12.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“Verifica-se, portanto, que a lei 8.038, de 1990, não extinguiu recursos inscritos no regimento interno do Supremo, como afirmado por alguns. Ao contrário, silenciou-se a lei.

“(…)

“O regimento interno do Supremo estabelece que cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma que julgar procedente a ação penal (art. 333, I) e que ‘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.’ (art. 333, parágrafo único).

“O Supremo Tribunal, ‘sob a égide da Carta Política de 1969 (art. 119, § 3º, ‘c’), dispunha de competência normativa primária para, em sede meramente regimental, formular normas de direito processual concernentes ao processo e ao julgamento dos feitos de competência originária ou recursal. Com a superveniência da Constituição de 1988, operou-se a recepção de tais preceitos regimentais, que passaram a ostentar força e eficácia de norma legal (RTJ 147/1010; RTJ 151/278), (...)’

“Ora, conforme vimos, a lei 8.038, de 1990, disciplinou o processo da ação penal originária até o término da instrução. Finda esta, ‘o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno’, (art. 12), observando-se, apenas, o disposto nos incisos I e II do citado art. 12. É dizer, a partir daí aplicam-se as disposições do Regimento Interno, estando entre elas a que estabelece os embargos infringentes”¹².

E ainda arremata:

“Ademais, na era dos direitos, dos direitos garantidos, seria inconcebível interpretação restritiva, voluntarista, em detrimento do direito de defesa, da liberdade, assim do devido processo legal, uma das mais relevantes garantias constitucionais (C.F., art. 5º, LV). A propósito, convém assinalar que, em termos de

¹².<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177136,51045-embargos+infringentes+na+acao+penal+originaria>

**MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO**

ADVOGADOS

garantir direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal jamais falhou”.

Ou seja, esta matéria, embargos infringentes na ação penal originária, não foi versada pela Lei 8.038/90, de modo que não se pode entender ter havido revogação tácita.

E mesmo na parte que dispõe sobre a competência recursal, o fato de a Lei não prever, no Título II, os embargos infringentes não significa nem de longe uma revogação implícita da norma regimental.

Primeiro porque, como se disse, a Lei nº 8.038/90 não dispõe sobre *qualquer* procedimento posterior à instrução nos Tribunais Superiores, mas apenas sobre os que especifica, deixando o subsequente ao Regimento. Segundo, porque, além de não se incorporarem à matéria nela legislada, os embargos infringentes não se mostram nem remotamente incompatíveis com o seu conteúdo.

Incompatível com uma lei que institui *procedimentos* (e não processos) seria a norma que dispusesse em contrário ou cujos dispositivos de alguma forma conflitassem com os procedimentos instituídos.

Diferentemente do que sugere o r. despacho agravado, o cabimento dos infringentes em nada influi na consecução dos objetivos da Lei nº 8.038/90. Ao contrário, o recurso apenas se soma às demais disposições.

Trata-se, portanto, da hipótese prevista pelo art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução: a Lei nova (8.038/90) estabelece disposições a par das já existentes (art. 333, n. I, RI/STF), não as revogando nem modificando.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

Isso também foi expressamente declarado pelo Min. CELSO DE MELLO na mesma passagem em que afirma o cabimento dos infringentes que, por transcrita na petição de embargos infringentes, seria ocioso repetir aqui.

Não é demais destacar, aliás, que o próprio texto regimental, “*constantemente alterado*” e disponibilizado no *site* desse Tribunal traz, como nota ao art. 333, I, o seguinte:

“Norma aplicada: art. 1º a art. 12 (processo e julgamento) da Lei 8.038/1990.

RISTF: art. 230 a art. 246 (processo e julgamento)”.

Isto é, não há dúvida de que o mencionado dispositivo e a Lei nº 8.038/90 são absolutamente possíveis. E o próprio Regimento assim o declara.

Diante disso, pede o agravante o provimento do presente agravo para que se determine o processamento dos embargos infringentes, a fim de que possam vir a julgamento. Requer, outrossim, a redistribuição do feito, nos termos dos artigos 335, § 3º, e 76 do Regimento Interno dessa Colenda Corte.

Pede deferimento.

Brasília, 20 de maio de 2013.

ARNALDO MALHEIROS FILHO
OAB/SP 28.454

FLÁVIA RAHAL
OAB/SP 118.584



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO
ADVOGADOS

CELSO VILARDI
OAB/SP 120.797

CAMILA GUSMÃO
OAB/SP 172.691

DANIELLA MEGGIOLARO
OAB/SP 172.750

CARMEN COSTA BARROS
OAB/DF 1.875-A