

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO,

AP n. 470

JOÃO PAULO CUNHA, respeitosamente, por seu procurador, vem à elevada presença de Vossa Excelência a fim de apresentar um **brevíssimo memorial** sobre a questão do cabimento dos embargos infringentes no caso da ação penal supra identificada.

A despeito de a Lei n. 8.038/90 estar em vigor há mais de 20 anos, esta eg. Suprema Corte **nunca** declarou a revogação da regra regimental posta no art. 333, I, do RISTF. Muito ao contrário, nas vezes em que foi chamada a decidir sobre o tema, deixou bem clara sua vigência. Assim, na AP 409-CE o em. Min. CELSO DE MELLO lançou vigoroso e esclarecedor despacho no sentido de que naquele caso os embargos eram incabíveis apenas porque ausente o mínimo de 4 votos absolutórios para lhe dar trânsito. Eis, no ponto, o que interessa:

"A inviabilidade dos embargos infringentes, autorizadora do presente juízo negativo de admissibilidade, decorre da ausência do requisito fundado no parágrafo único do art. 333 do RISTF, eis que, tal como assinalado pelo eminente Ministro AYRES BRITTO, **inexistem**, na espécie, "(...) quatro votos divergentes **pela absolvição do acusado e também porque a decisão embargada não ocorreu em sessão secreta (...)"** (vol. 06, fls. 1.455 - **grifei**)" (DJ 19/4/12).

Aliás, nessa mesma AP 409-CE a d. Procuradoria Geral da República também não sustentara o descabimento dos embargos infringentes e, no seu d. Parecer, trazia precedente do **Plenário** desta Excelsa Corte, da lavra do em. Min. JOAQUIM BARBOSA, bastante elucidativo:

'Não cabem embargos infringentes no caso presente, tendo em vista que não houve divergência de quatro votos em qualquer questão decidida no acórdão embargado. Artigo 333, parágrafo único, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.' (STF - Tribunal Pleno - **Embargos de Declaração na Ação Originária nº 1046/RR**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 22.02.2008) - (...).

8. A necessidade da existência de, no mínimo, quatro votos divergentes pela absolvição do acusado prevalece para fins de serem os embargos admitidos, pois, em observância ao disposto no art. 93, inc. IX, da Constituição Federal e no art. 12, inc. II, da Lei nº 8.038/90, o julgamento não ocorreu em sessão secreta.

Portanto, o que se verifica dos excertos transcritos é a possibilidade de se oporem embargos infringentes desde que presente o mínimo de quatro (4) votos absolutórios.

Nunca, insista-se, nem remotamente, se cogitou da revogação da regra constante do art. 333 do RISTF pela Lei n. 8.038/90. Muito ao contrário, na

própria AP-470 o em. Min. CELSO DE MELLO, a propósito do duplo grau de jurisdição, deixou expresso o seguinte:

“A mim me parece, desse modo, Senhor Presidente, com toda vênia, que não há que se cogitar de transgressão às cláusulas quer da Convenção Americana de Direitos Humanos quer do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. 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”)” (fl. 51.768 dos autos ou 153 do acórdão).

Mais à frente o em. Decano frisa:

“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. **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 de lei. **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 147/1010, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI - RTJ 151/278 - 279 , Rel. Min. CELSO DE MELLO - RTJ 190/1084, Rel. Min. CELSO DE MELLO) " (fls. 5170 dos autos ou 155 do acórdão).

E conclui:

"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 147/1010 - RTJ 151/278-279 - RTJ 190/1084, v.g.), que lhe atribuiu 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")".

É de observar-se, ainda, que, opostos os embargos infringentes, "serão excluídos da distribuição o Relator e o Revisor" (RISTF, art. 76), o que permitirá, até mesmo, uma nova visão sobre o litígio penal ora em julgamento" (fls. 51.771/72 dos autos ou 156/7 do acórdão).

A força dos precedentes, à qual se tem — sobretudo ultimamente — emprestado grande relevo, e da argumentação do preclaro Min. CELSO DE MELLO, não podem ser desprezadas neste caso. A matéria nesta AP- 470 não pode ser tratada como uma exceção por conta do anseio do término da ação penal.

Por outro lado, abstraídos que pudessem ser os precedentes indicados, o argumento de que houve revogação implícita da regra regimental em exame pela Lei n. 8.038/90 não se sustenta, *data venia*.

Primeiro, porque uma interpretação conforme à Constituição, impõe, mesmo que restritivamente, o reconhecimento da vigência do art. 333, I, do RISTF, pois, existindo os 4 votos favoráveis à defesa, garante-se o reexame da matéria; afina-se, pois, com a garantia do duplo grau.

Depois, como bem assinalou o em. Min. CARLOS VELLOSO em trabalho doutrinário, o art. 12 da Lei 8.038/90 assegura a observância do Regimento

Interno do Tribunal, resguardadas apenas questões ligadas ao prazo para as sustentações orais e a eventual limitação da publicidade. No mais, valem as regras regimentais sem qualquer limitação. “Quando a lei quis determinou, sobre o que não quis, silenciou-se”¹. Tanto é assim que, apesar de a Lei 8.038/90 não disciplinar os embargos declaratórios, ninguém os considera revogados nas ações penais originárias. Muito ao contrário, estes, inclusive quanto ao prazo, regulam-se pelo RISTF. Para exemplificar:

“RECURSO - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - PRAZO - AÇÃO PENAL DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A oportunidade dos embargos declaratórios voltados à integração de decisão do Supremo Tribunal Federal, prolatada em processo revelador de **ação penal da respectiva competência originária, é de cinco dias, resolvendo-se o conflito de normas no espaço pelo critério da especialidade, sendo aplicável o artigo 337, § 1º, do Regimento Interno, e não o artigo 619 do Código de Processo Penal**” (AP-ED 361, Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 06/05/2005; grifamos);².

Por fim, ainda com o Min. CARLOS VELLOSO, assinale-se que “na era 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 (art. 5º, LV)”³. TOURINHO FILHO comunga do mesmo entendimento (cf. em: “Os embargos infringentes no processo penal e sua entrada no Supremo Tribunal Federal”⁴).

¹ “Embargos infringentes na ação penal originária”. **Migalhas**, em 26/4/13. www.migalhas.com.br

² No mesmo sentido, ainda, AP-ED-AgR 361, Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ 05/03/2004.

³ “Embargos infringentes na ação penal originária”. Citado.

⁴ **Migalhas** em 22/4/13.

Com tais ponderações, aguarda-se juízo positivo quanto ao cabimento dos embargos infringentes na forma do RISTF.

São Paulo, 13 de agosto de 2013.

ALBERTO ZACHARIAS TORON

OAB/SP n. 65.371