

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ref. Ação Penal 470

“**Valor:** O STF vai chegar a uma solução de consenso para permitir as investigações do CNJ em determinadas condições?”

Peluso: Como é que eu vou saber o que os ministros vão dizer? O objeto da ação é a legalidade da Resolução nº 135 do CNJ que estabeleceu normas de procedimento disciplinar. Tentar prever ou antecipar a postura dos ministros, me perdoe, mas é um exercício de profecia”.

(Entrevista do Ministro Cezar Peluso ao Jornal Valor Econômico. Ano 12, número 2854, 13/10/2011)

RAMON HOLLERBACH CARDOSO, já qualificado, vem à presença de V. Ex^a, por intermédio de seus defensores, em atenção à decisão proferida nos autos dos 25º e 26º agravos regimentais na ação penal em epígrafe, vem à presença de V. Ex^a. apresentar **MEMORIAL**, para reiterar a integralidade das manifestações dos demais corréus já acostadas aos autos e tecer algumas considerações:

1. CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES – RESPEITO AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E À TRADIÇÃO DESTE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – NECESSIDADE DE RECONHECIMENTO DO DIREITO COMO INSTITUTO EM CONSTANTE MUTAÇÃO

devir

[Do lat. *devenire*.]

Verbo intransitivo

1. Vir a ser; tornar-se; *devenir*. [Irreg. Conjug.: v. *vir*.]

(Dicionário Aurélio)

A discussão central nos agravos em julgamento diz respeito à aplicabilidade, ou não, da norma regimental que dispõe sobre o cabimento dos embargos infringentes. Este tema, para além da interpretação estritamente legalista dos termos da Lei 8.038/90, deve ser analisado sob a ótica do Estado Democrático de Direito, o principal pilar sob o qual se assenta a nossa Constituição cidadã.

Ironicamente, no período de maior concentração de poderes nas mãos do Executivo, em detrimento do Legislativo e do Judiciário, sob a égide do Ato Institucional nº 5, a Carta de 1969 concedia ao Supremo Tribunal Federal competência para legislar em matéria recursal.

Deste modo, a despeito de um contexto de enfraquecimento geral do Poder Judiciário, a Suprema Corte pode dispor de função constitucionalmente atribuída para fazer valer a garantia ao duplo grau de jurisdição, na hipótese de julgamento em única e última instância, prevendo no art. 333 de seu Regimento Interno a possibilidade de interposição de embargos infringentes na ação penal originária.

O ilustre Relator, Ministro Joaquim Barbosa, ao rechaçar o argumento sustentado pela defesa de Delúbio Soares, a respeito da condição humana e falível dos juízes, afirmou na última sessão de julgamento que *“o argumento é improcedente. Em primeiro lugar é preciso ter em conta que todo sistema jurídico tem uma autoridade judiciária encarregada de proferir a última e imutável decisão; no Brasil é o Supremo Tribunal Federal”*.

A defesa não tem dúvidas que o Supremo Tribunal Federal é o órgão que profere a última decisão no Brasil. No entanto, ao contrário do afirmado, não é possível dizer que as suas decisões são imutáveis. Como um tribunal democrático, guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal sempre respeitou, rediscutiu e, em inúmeras oportunidades, transformou os votos minoritários em votos vencedores.

No dia 21/08/2013, o decano Celso de Mello leu um pronunciamento que, segundo ele, *“jamais deveria ser feito”*. Nesta manifestação, o Ministro afirmou:

E, nesse contexto, torna-se imperioso lembrar a alta significação política e jurídica de que se revestiram, no processo de edificação da República, de construção da Federação e de consolidação da prática dos direitos fundamentais, os votos vencidos proferidos em memoráveis julgamentos, por Juízes eminentes desta Corte Suprema, cujas lições ainda iluminam os nossos caminhos, ajudando-nos a forjar, em nossos espíritos, a consciência superior da democracia, da liberdade e da cidadania.

Aquele que profere voto vencido, como tive a oportunidade de dizê-lo, certa vez, quando celebrei a posse do eminente Ministro MARCO AURÉLIO na Presidência desta Corte, não pode ser visto como um espírito isolado nem como uma alma rebelde, pois, muitas vezes, como nos revela a História, é ele quem possui, ao externar posição divergente, o sentido mais elevado da ordem, do direito e do sentimento de justiça, exprimindo, na solidão de seu pronunciamento, uma percepção mais aguda da realidade social que pulsa na coletividade, antecipando-se, aos seus contemporâneos, na revelação dos sonhos que animarão as gerações futuras na busca da felicidade, na construção de uma sociedade mais justa e solidária e na edificação de um Estado fundado em bases genuinamente democráticas.

Aquele que vota vencido, por isso mesmo, Senhor Presidente e Senhores Ministros, longe de sofrer injusto estigma por haver exercido legitimamente o direito ao dissenso, deve merecer o respeito de seus contemporâneos, especialmente daqueles que não compartilham de seu pensamento, pois a História tem registrado que, nos votos vencidos, reside, algumas vezes, a semente das grandes transformações.

(os destaques estão no original)

Quando o agravante Delúbio Soares mencionou o caráter humano dos juízes, não se está a dizer que os Ministros desta Suprema Corte falharam nesta ação penal e por isso devem admitir os embargos infringentes (para isso, certamente, as defesas se valerão da revisão

criminal). **O que se diz é que os embargos infringentes, em casos de ação penal originária, constituem-se no único instrumento capaz de privilegiar a democracia.**

A existência de um recurso destinado a contestar decisão não unânime é absolutamente legítima e, muito antes de se constituir instrumento capaz de “eternizar o feito”, reflete a mais lúdica medida de justiça, na medida em que se escora na dúvida para permitir o aprofundamento de discussões em pontos controversos da causa.

A divergência é a mais clara expressão da dúvida.

Historicamente, podemos citar, dentre tantos, casos nos quais teses minoritárias sobreviveram por anos até se transformarem em teses vencedoras:

- Na primeira oportunidade em que se manifestou sobre a possibilidade de progressão de regime em crimes hediondos, os Ministros Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence votaram vencidos, em 18/12/1992 (HC 69.657). Muitos anos depois, todos sabem, a minoria tornou-se maioria.
- Em um mesmo processo, também há exemplo de mudança de entendimento. Em 2004, o então advogado Luís Roberto Barroso defendia o direito constitucional da mulher à interrupção da gravidez, em casos de fetos anencéfalos. Naquela ocasião, o Relator, ministro Marco Aurélio, viu a liminar por ele deferida ser cassada pelo Plenário, e, anos depois, nesta mesma ação, a tese, antes minoritária, foi acolhida pela maioria (ADPF 54).

Brilhante tese de doutorado do jurista Castro Filho, da Universidade de São Paulo, bem realça o tema:

O direito se realiza em ininterrupta transformação. A matéria pode ser rediscutida. Os ministros podem alterar o entendimento anterior. A não reafirmação de um entendimento jurisprudencial ocorre com alguma frequência.

Raciocinar de forma não-estagnada, isto é, em uma perspectiva deviniente não corresponde a sempre pensar que a expressão de direito mudará, mas apenas que ele se expressa em mutação. Cogitar a alterabilidade, não se confunde com exercício de futurologia. Trata-se apenas de atitude de precaução recomendável aos que lidam com o direito. (CASTRO FILHO, Osvaldo Alves de. *Direito deviniente*. São Paulo: Universidade de São Paulo – tese de doutorado, 2012, p. 96).

Continuando o estudo, o jurista elencou várias alterações de entendimento do STF:

As demandas não só podem ser imprevisíveis, como costumam ser imprevisíveis. Não existem questões “pacíficas” em tribunais. Súmulas são revogadas, canceladas, alteradas, superadas, revistas. Parece plausível argumentar em termos de ideia muito próxima do que **pode** acontecer com o processo, mas jamais com o que **vai** acontecer. Não há essa pressuposta inexorabilidade pleiteada por alguns na realização jurídica.

Três súmulas foram revogadas pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, 152, 274 e 388. Três canceladas, 04, 301 e 394. Uma alterada, 359 e outra superada [03]. Ademais, há 23 súmulas com alguma observação, 05, 14, 74, 118, 130, 131, 163, 228, 235, 255, 297, 321, 345, 370, 418, 424, 427, 448, 506, 552, 555, 568 e 585.

(*Op. cit.* p. 95/96)

Não é demais lembrar que no próprio julgamento do mérito desta ação penal, alguns ministros mudaram o voto, após melhor refletir sobre os temas em debate:

- Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa, após absolverem Duda Mendonça e Zilmar Fernandes, fizeram o uso da palavra para modificar o voto e condená-los;
- Ricardo Lewandowski alterou o seu voto para, quanto ao crime de formação de quadrilha, absolver Enivaldo Quadrado, Jacinto Lamas, João Claudio Genu, Pedro Correa e PR Valdemar Costa Neto;
- Marco Aurélio também revisitou os autos para absolver Pedro Correa, João Cláudio Genu, Enivaldo Quadrado e Rogério Tolentino, todos acusados de formação de quadrilha.
- Em incontáveis momentos, as penas de multa foram alteradas substancialmente.

Nem mesmo diplomas de evidente perfil repressivo como o Código de Processo Penal Militar, promulgado em 1969, suprimiu o direito ao reexame das decisões judiciais. Neste sentido, o art. 497 do CPPM¹ prevê o cabimento de embargos das decisões proferidas pelo Superior Tribunal Militar, ainda que unânimes. Segundo a Exposição de Motivos, o cabimento de embargos se faz necessário pelo fato de que, nas diversas hipóteses constitucionais de competência originária do STM, o julgamento se dá em uma única instância, sem recurso ordinário para instância superior.

Além de garantir um mínimo de revisão das decisões proferidas nas instâncias superiores, o recurso de embargos infringentes, em específico, justifica-se pela ausência de unanimidade na decisão proferida. A existência de voto divergente indica tanto uma incidência de dúvida no julgamento quanto uma chance menor de razoável consenso e pacificação em torno da questão apreciada.

Por certo, em matéria penal, recomenda-se muita cautela quando, nas decisões colegiadas, houver um voto favorável ao réu. Daí que nos sistemas de matriz anglo-saxônica o júri popular só pode condenar por unanimidade. Criticando o modelo de decisão brasileiro, que permite a condenação por simples maioria, Heleno Cláudio FRAGOSO, em entrevista concedida à revista VEJA na década de 1980, afirmou que uma decisão apertada, com 4 votos a 3, é expressão da dúvida (Revista Veja, n. 641, 17 de dezembro de 1980, p. 4). E, como se sabe, em um sistema fundado no princípio da presunção da inocência, diante da dúvida, não se pode condenar.

Assim, é insuficiente, *data venia*, o argumento de que a existência da revisão criminal já basta para garantir a mutabilidade das decisões. No caso específico dos processos penais originários, dada a especificidade deste tipo de ação, julgada em única instância, verifica-se que o dispositivo que prevê os embargos infringentes não é só perfeitamente compatível com

¹ Art. 497. Das decisões definitivas ou com força de definitivas, unânimes ou não, proferidas pelo Tribunal, cabem embargos, que deverão ser oferecidos dentro em cinco dias, contados da intimação do acórdão.

a Constituição Brasileira, como também reflete o espírito do Estado de Direito na sua mais democrática acepção: o respeito à divergência, para fins de debate.

2. ANÁLISE DO VOTO DO MINISTRO RELATOR

Assim se manifestou o relator, na última sessão plenária:

A intervenção do Congresso Nacional sobre a matéria, cumprindo o desígnio do constituinte originário de 1988, teve uma consequência clara, qual seja, o desaparecimento do mundo jurídico das normas regimentais, que outrora regiam o julgamento de feitos desta corte, que hoje se mostram incompatíveis com a nova disciplina legal da matéria. A Lei 8.038, além de dispor sobre os processos de competência originária, dentre eles a ação penal originária, também especifica quais são os recursos cabíveis no âmbito do STJ e do Supremo Tribunal Federal, esgotando-se 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 não previu o cabimento de Embargos Infringentes em Ação Penal Originária. Com efeito, essa Lei somente faz alusão a Embargos Infringentes, quando dá 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. Não estando os Embargos Infringentes no rol dos recursos penais previstos em Lei, Lei essa que regula taxativa e inteiramente a competência recursal dessa corte, não há como o recurso interposto pelos atuais recorrentes serem admitidos. O já citado artigo 333, inciso I e parágrafo único do Regimento Interno, foi dessa forma, revogado pela Lei 8.038, cujo artigo 44 estabelece expressamente a revogação das disposições em contrário, entre elas, naturalmente, aquelas que contemplavam recursos não previstos no novo diploma legal.

Esta não é a melhor solução, *data venia*.

O artigo 42 da referida lei encontra-se inserido no Título III, que trata das *disposições gerais*. Apenas neste dispositivo ele trata dos recursos cabíveis no *processo civil*, elencando-os taxativamente. Portanto, não é possível concluir que a Lei 8.038/90 dispôs *taxativamente* sobre *todas* as modalidades recursais eventualmente cabíveis em nosso ordenamento jurídico.

Já o artigo 12, *caput*, da mesma lei, este inserido no Título I, Capítulo I, que trata da ação penal originária, dispôs expressamente que o regimento interno será observado. O douto relator, no entanto, buscou rechaçar a tese de aplicabilidade do art. 12, *caput*, da Lei 8.038/90, sustentada pelo agravante Cristiano Paz:

Quanto a este fundamento, digo eu, basta invocar que o artigo apresentado pelo agravante, está inserido no Título I, Capítulo I da Lei 8.038, que trata apenas, e tão somente da forma de processamento da Ação Penal Originária até a instrução do processo crime. A referência ao Regimento Interno, nesse ponto, tem um propósito exclusivo que é o de definir a forma, a formatação a ser observada no julgamento. Não remete a recursos criados pela corte suprema durante o regime militar.

Não é possível, *data venia*, rebater a tese afirmando que o capítulo em questão não trata dos recursos em processo penal, pois para tanto seria necessário indicar **se no capítulo que trata dos recursos há a exclusão dos embargos infringentes no âmbito do STF.**

A resposta é negativa. O Título II, que trata dos *recursos*, apenas menciona os recursos ordinário, especial e extraordinário. Não é possível dizer que houve a revogação tácita, especialmente porque o preâmbulo da lei afirma que a mesma vem instituir *normas procedimentais para os processos que especifica*, ou seja, a norma em questão está a declarar que não pretende esgotar a matéria, mas apenas estabelecer normas procedimentais para os casos ali especificados.

Assim quando se diz *revogam-se as disposições em contrário* (art. 44), a lei está a revogar os demais dispositivos que entram em conflito com as normas ali dispostas, e não toda a matéria não disciplinada neste diploma legal.

Ora, a previsão regimental dos embargos infringentes em nada contraria a Lei 8.038/1990, mas a complementa. Isto porque, nos termos do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a lei posterior apenas revoga a anterior quando regula, **inteiramente**, a matéria de que tratava a lei anterior. Ocorre que, neste caso, a “lei posterior” é omissa em relação aos recursos cabíveis no julgamento dos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal, matéria tratada pela “lei anterior”.

Outra comprovação de que o art. 333 do RISTF continua em vigor é o fato de que a Lei 9.868/1999 estabelece em seu art. 26 a irrecorribilidade da decisão prolatada em ação direta de inconstitucionalidade ou declaratória de constitucionalidade, ressalvada a oposição de embargos de declaração. Sem dúvidas, a preocupação do legislador em declarar a irrecorribilidade se deve à possibilidade de interposição dos embargos infringentes regimentais.

Diante disso, esta Suprema Corte, no julgamento do HC 71.124-3, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, posterior à vigência da Lei 8.038/90, consignou na própria ementa o cabimento dos embargos infringentes criminais nos processos de competência originária do Supremo Tribunal Federal². Da mesma forma, nos Emb. Decl. na ação originária 1046, julgados em 2007, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, é feita referência ao art. 333 do Regimento Interno, sendo afastada a possibilidade de embargos infringentes apenas por não haver 04 votos divergentes³.

Há mais:

- A Lei 8.038/90 não trata dos embargos de declaração em processo criminal.

Se o rol de recursos fosse taxativo, por qual razão não foi questionado o cabimento dos declaratórios? Se o Regimento Interno não se aplica, por qual razão aplicou-se o prazo de 05 dias (duplicado), previsto no Regimento Interno, e não o de 02 dias, previsto no CPP?

² “Embargos infringentes criminais: descabimento da decisão não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais, salvo no Supremo Tribunal Federal...”.

³ “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”.

Em outra passagem, diz o relator:

Sobre o tema eu cito Guilherme de Souza Nucci, que ao explicar, ao tratar desse recurso diz: ‘recurso voltado a tratar da garantia uma segunda análise da matéria decidida por turma julgadora, por ter havido maioria de votos e não unanimidade, ampliando-se o quorum do julgamento. Assim o recurso obriga que a câmara seja chamada a decidir por completo, e não apenas com os votos dos magistrados que compuseram a turma julgadora.’

Por isso, digo eu, nos termos do Código de Processo Penal, os Embargos Infringentes somente são cabíveis contra o julgamento de Apelação ou de Recurso em Sentido Estrito, que são julgados nos órgãos fracionários, não se admitindo a interposição dessa modalidade recursal em Ação Penal Originária, artigo 609, caput e parágrafo único do Código de Processo Penal.

A defesa consultou as obras de Guilherme de Souza Nucci. Em nenhuma delas há, explícita ou implicitamente, a conclusão a que chegou o relator. Na verdade, referido autor trata dos embargos infringentes apenas nos tribunais de apelação, deixando de se manifestar quanto à previsão contida no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao HC 72.465, relatado pelo ministro Celso de Mello, não é possível chegar à conclusão pretendida pelo relator. Conforme transcrição a seguir, o próprio relator do precedente citado interveio para esclarecer o tema:

Celso de Mello: Se Vossa Excelência me permitir apenas uma observação.

Joaquim Barbosa: Pois não!

Celso de Mello: O tribunal firmou realmente essa orientação, considerado o exposto no parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal, mas foi muito claro ao salientar que oposição de Embargos Infringentes, contra acórdãos proferidos em ações penais condenatórias, essa possibilidade não existiria, tratando-se de, de, de, de processos penais originários, iniciados em Tribunais de Justiça e em Tribunais Regionais Federais, é, na medida em que o artigo 609 prevê essa possibilidade apenas no contexto de acórdãos que julguem apelações criminais ou recursos em sentido estrito, essa foi a razão pela qual o tribunal, eu próprio nesse, acórdão, nesse HC e em outros também, foi por essa razão que o tribunal entendeu que os Embargos Infringentes seriam incabíveis contra acórdãos de Tribunais de Justiça e de Tribunais Regionais Federais.

Em seguida, o relator se manifestou no seguinte sentido:

É oportuno lembrar ainda que o Superior Tribunal de Justiça também não admite Embargos Infringentes em ação penal originária de sua competência, com efeito, a terceira sessão da Corte Superior, em recentíssimo julgado, confirmou a tese de que ‘o cabimento de Embargos Infringentes, necessários em regra para o esgotamento das instancias, se restringe aos julgamentos não unânimes de segunda instância, ou seja, não alcança a hipótese de o tribunal atuar originariamente, para processar e julgar ação penal.’ Esse foi o Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Agravo número 1.321.228 da relatoria da Ministra, Assusete Magalhães, julgado em 27 de fevereiro de 2013.

A defesa leu e releu a íntegra do acórdão citado. Em nenhum momento o STJ menciona o não cabimento dos embargos infringentes no âmbito do STF, e nem poderia fazê-lo, já que não é competente para tanto. Aliás, ao contrário do afirmado, o STJ julgava um Agravo

que contestava a decisão de um tribunal de segundo grau, e não uma decisão uma ação penal originária daquela Corte (a propósito da interpretação do art. 609 do CPP, a matéria já está esclarecida: vale para ações penais originárias no âmbito dos tribunais de apelação!).

Mais adiante, o relator invoca outro argumento:

Em suma, a reapreciação de fatos e provas, porque é disso que se trata, pelo mesmo órgão julgador é de todo indevida e não é acolhida pelo nosso ordenamento. Por outro lado não há o que se falar em ausência de caso de duplo grau de jurisdição como justificativa informal ou implícita para a admissão dos Embargos Infringentes, uma vez que se cuida de ação penal originária da competência da mais alta corte de justiça do país, os réus da presente ação penal foram julgados por essa corte em razão de disposições constitucionais e legais expressas que lhes asseguram a privilegiadíssima prerrogativa de responder as acusações que lhes foram feitas perante o Supremo Tribunal Federal, e não na primeira instância de jurisdição. A Constituição Federal e as leis brasileiras não preveem privilégios adicionais.

Antes de constituir uma benesse aos réus, o dispositivo regimental questionado traduz-se em garantia outorgada aos julgadores, para que possam, através da dúvida gerada pela divergência, revisar fatos e provas, permitir o trânsito em julgado com a tranquilidade de terem tomado a decisão correta. Não existe em nosso ordenamento jurídico qualquer dispositivo que impede a reapreciação de fatos e provas. Ao contrário, em todo sistema jurídico fundado nos moldes acusatórios, onde se privilegia o *duplo grau de jurisdição*, é salutar que se reapreciem provas.

Adequada à nova ordem constitucional democrática, na medida em que otimiza as garantias ao devido processo legal e à ampla defesa, por assegurar o direito ao recurso, a disposição regimental questionada foi recepcionada pela Carta de 1988, com amparo no art. 96, inciso I, da Constituição da República.

Portanto, não é adequado dizer que o estabelecimento do foro neste Supremo Tribunal Federal para julgar a causa constitui-se em *privilégio* capaz de negar aos próprios integrantes da Corte a possibilidade de rediscutirem pontos controversos, a fim de evitar injustiças.

3. CONCLUSÃO E PEDIDOS

Ante o exposto, requer a defesa de Ramon Hollerbach Cardoso, o provimento dos agravos para (a) admitir os embargos infringentes e (b) conceder às defesas o prazo em dobro para a interposição do referido recurso.

De Belo Horizonte para Brasília, em 09 de setembro de 2013.

HERMES VILCHEZ GUERRERO

OAB/MG 49.378

ESTEVÃO FERREIRA DE MELO

OAB/MG 96.241 – OAB/DF 39.225