

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS EMBARGOS INFRINGENTES NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A
(I)LEGALIDADE DE SEU CABIMENTO**

Bianca Fossa Rodrigues

Presidente Prudente/SP

2017

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**OS EMBARGOS INFRINGENTES NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A
(I)LEGALIDADE DE SEU CABIMENTO**

Bianca Fossa Rodrigues

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Mestre Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2017

**OS EMBARGOS INFRINGENTES NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS NO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL: O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A
(I)LEGALIDADE DE SEU CABIMENTO**

Monografia aprovada como
requisito parcial para obtenção do
Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

Marcelo Agamenon Goes de Souza

Marcus Vinícius Feltrim Aquotti

Presidente Prudente, 07 de novembro de 2016

*A Deus, que sempre presente esteve,
me concedeu o discernimento necessário para atingir a conclusão desta importante
etapa de meus estudos e o início de minha carreira
Sem Ele, nada é possível.*

*Com um carinho imenso agradeço a meus pais Anderson e Regina,
os companheiros e modelos indispensáveis de vida,
aqueles que renunciaram a inúmeros projetos em prol dos meus.
Saibam que são detentores de todo meu reconhecimento, amor e gratidão.*

*Com muito amor para minha doce filha Melina,
a estrela singular da minha existência
a força que me impulsiona a crescer e superar as barreiras da vida
aquela que me renova constantemente a fé em dias melhores; bem como,
com o mesmo carinho, dedico para minha irmã Manuela e meus amigos,
anjos enviados por Deus que me deram apoio e o coração para amar.*

*Agradeço em especial Francisco Bariani,
um amigo que foi fundamental para conclusão desse trabalho,
aquele a que me auxiliou com todo seu conhecimento e paciência
me estendeu sua mão e um coração repleto de companheirismo.
À você, com meu eterno reconhecimento e admiração.*

A todos vocês, que sinceramente torceram por mim, meu eterno reconhecimento.

*“Alegrai-vos na esperança, sede pacientes na tribulação, perseverai na oração.
Sejam fortes e não desanimem, pois o trabalho de vocês será recompensado.
Por isso,
não abram mão da confiança que vocês têm, ela será ricamente recompensada.
Feliz é o homem que persevera na provação,
porque depois de aprovado receberá a coroa da vida que Deus prometeu aos que
amam.
Tudo sofre, tudo crê, tudo espera e tudo suporta. Algumas coisas podem ser
impossíveis para o homem, mas para Deus todas as coisas são possíveis.”*

*(Extraído das passagens: Filipenses 4:13; Romanos 12:12; 2 Crônicas 15:7; Hebreus 10:35; Tiago 1:12; 1
Coríntios 13:7; e Matheus 19:26)*

*“A imensidão tornava minúsculos os meus maiores problemas e gigantes as
menores alegrias. Ensinou-me a dar valor à vida que eu levava
e a pequenas coisas que às vezes passavam despercebidas.
E então pude constatar como tão poucas coisas eram suficientes para viver em paz
e bem.*

*Ao se caminhar para um objetivo, sobretudo um grande e distante objetivo, as
menores coisas se tornam fundamentais. Uma hora perdida é uma hora perdida, e
quando não se tem um rumo definido é muito fácil perder horas, dias ou anos, sem
se dar conta disso.*

*Com o tempo, eu acumularia todos os progressos
e os centímetros se transformariam em quilômetros.
Senti que estava cumprindo uma obra de paciência e disciplina.
E percebi como é simples conseguir isso.*

*Nada de sacrifícios extremos ou esforços impossíveis.
Nada de grandes sofrimentos.*

*Ao contrário,
bastava apenas o simples, minúsculo e indolor esforço de seguir em frente.”*

Amyr Klink - Cem Dias Entre Céu e Mar.

AGRADECIMENTOS

Este momento, muito mais do que a conclusão deste trabalho, constitui para mim a realização de um sonho, um sonho pelo qual lutei de forma coerente e original. Significou meu amadurecimento tanto estudantil quanto profissional, além de reafirmar minha escolha por este gratificante e apaixonante curso superior que optei.

Inaugura uma gigantes satisfação pessoa partilhar com a comunidade jurídica minhas convicções e conclusões através desse estudo.

Agradeço à minha família, que para mim, são exemplos de seres humanos, que não deixaram de me incentivar um dia sequer. Estiveram ao meu lado, fornecendo todo apoio e acreditando na minha capacidade. A todos, eles elevo meu muito obrigada.

Meus mais sinceros agradecimentos ao meu orientador e professor Jurandir, o qual me orgulho de ter seu nome em meu trabalho. Seu caráter e profissionalismo andam juntos e ultrapassam as barreiras de uma simples orientação de monografia. Jamais me esquecerei de seus ensinamentos.

Elevo ainda os meus agradecimentos ao meu amigo Francisco, o qual tenho prazer em assim considerá-lo. Alguém por quem alimento uma grande admiração e quem me mostrou ao longo do tempo o real significado da amizade, estendendo sua mão nos momentos em que necessitei. Toda sua ajuda e os ensinamentos passados no decorrer desse trabalho foram fundamentais para que a conclusão fosse atingida. Saiba que seu companheirismo jamais será esquecido e os tenho dentro de meu coração.

Para vocês, não desejo nada menos do que sucesso e torno a afirmar: é uma honra tê-los ao meu lado em minha vida e principalmente nesse trabalho.

RESUMO

Os Embargos Infringentes apresentam trajetória tortuosa. Originariamente criado no âmbito do Direito Processual Civil, ao adentrar a seara Penal se reveste de maior importância, eis que contribui para concretização dos princípios constitucionais penais e dos próprios ideais de justiça, levando-se em consideração que ampliam a certeza que embasa uma decisão. Entretanto, como a norma jurídica comporta interpretação, surgem as ditas divergências, que quando buscam elucidar a extensão e aplicação do instituto vêm para auxiliar o aplicador do direito, mas quando se traduz em jurisprudências defensivas voltadas à limitação de processos em detrimento da busca pela verdade real é capaz de mitigar toda uma geração de evolução de direitos. Constituem importante interesse para ação penal originária, apresentando divergências quanto a forma de recorrer.

Palavras-chave: Duplo Grau de Jurisdição. Embargos Infringentes. Ações Originárias no STF. Foro Por Prerrogativa de Função. Ação Penal 470.

ABSTRACT

Infringing Embargoes have a tortuous trajectory. Originally created within the scope of Civil Procedural Law, entering the criminal court is of greater importance, it contributes to the concretization of the constitutional principles of criminal law and the very ideals of justice, taking into consideration that extend the certainty that underlies a decision. However, as the legal norm entails interpretation, these differences arise, which when seeking to elucidate the extension and application of the institute see to assist the applicator of the right, but when it is translated into defensive jurisprudence aimed at limiting processes to the detriment of the search for truth reality is capable of mitigating an entire generation of rights evolution. They constitute an important interest for original criminal action, presenting differences as to how to appeal.

Keywords: Double Degree of Jurisdiction. Infringing embargoes. STF. Forum By Function Prerogative. Criminal Action 470.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PRINCÍPIOS INERENTES AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS	13
2.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.....	14
2.2 Princípio da Taxatividade Recursal.....	23
2.3 Devido Processo Legal (<i>Due Process of Law</i>).....	24
2.4 Princípio da Busca Pela Verdade Real.....	26
3 O SISTEMA ACUSATÓRIO PENAL	28
4 DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	32
4.1 Natureza Jurídica dos Embargos.....	33
4.2 Do Interesse e da Legitimação Para Recorrer.....	34
4.3 Procedimento e Competência Para Julgamento.....	37
4.4 Hipóteses de Cabimento: Do Desacordo Parcial (Divergência Quantitativa).....	38
4.5 Dos Efeitos dos Embargos Infringentes.....	39
4.6 Dos Embargos No Supremo Tribunal Federal.....	40
5 AÇÕES PENAIS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO	43
6 PERCURSO HISTÓRICO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	46
7 O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (PROCESSO DO MENSALÃO) E O CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS	52
8 CORRENTES ANTAGONISTAS SOBRE O CABIMENTO DOS EMBARGOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	60
8.1 Acórdãos Impugnáveis.....	61
9 CONCLUSÕES	63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre delimitar o objeto de estudo do presente trabalho, a fim de determinar os pontos que foram analisados no seu desenvolvimento.

Também cumpre acrescentar que o texto não pretende tratar a política e os casos julgados com insolência e desrespeito, mas sim sob uma análise crítica, mantendo e acreditando em seu progresso dentro dos parâmetros de justiça.

No decorrer do trabalho, embora tenham sido apresentadas as análises aos princípios e contexto histórico dos embargos infringentes, não se pretende aprofundar o estudo neste ponto, apenas far-se-ão referências a estas no desenvolvimento do trabalho.

Considerando a crescente força cogente conferida aos princípios, o estudo passou pela análise daqueles inerentes aos meios de impugnação das decisões judiciais.

Inicialmente, fez-se um panorama sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, buscando demonstrar a importância de serem evitados erros e falhas inerentes ao julgamento humano, assegurando a qualquer cidadão o direito ao recurso e a apreciação da decisão por órgão diverso e superior hierarquicamente daquele que prolatou a primeira sentença.

Ademais, o estudo voltou-se para a índole política na medida em que convém ao Estado o conhecimento e a revisão de certas decisões, a fim de se concretizarem os ideais de justiça.

Analisou-se ainda neste capítulo o princípio da taxatividade recursal, por entender sua importância no que concerne aos meios de impugnação das decisões judiciais, destacando-se que ele preceitua a regra da irrecorribilidade das decisões, constituindo o recurso a forma excepcional. Foram extraídas dessa premissa a norma que estabelece que o sistema recursal se enquadra na opção política do legislador e o judiciário, portanto, não poderia suprir uma lacuna legislativa utilizando-se de métodos interpretativos, sob pena de incorrer em afronta ao princípio da tripartição dos poderes.

No que tange ao devido processo legal, ficou esclarecido que é permitido ao Estado aplicar ingerência a um direito fundamental do indivíduo somente através do processo, o qual deve ser devido e justo. Sua justeza se correlaciona com o Direito e com a legislação, mas tê-lo fincado no Direito como um

todo não pode ser utilizado como fundamento para superar-se os demais princípios do direito como, por exemplo, o princípio da legalidade.

Também, buscou-se demonstrar que o processo penal se pauta na busca pela verdade real, mas é necessário uma ponderação de valores, havendo de um lado da balança a segurança jurídica e do outro a sensação de impunidade. Elucidou-se, dessa forma, que buscar a verdade real é o objeto primordial do processo penal, no entanto, essa premissa não pode ser utilizada para revestir os gigantes dos Poderes de vantagens, a fim de garantir-se sua impunidade.

Forma-se no Direito brasileiro, portanto, uma sistemática diferenciada, voltada a atender os anseios de nossa sociedade e resolver nossos problemas.

No estudo sobre o sistema acusatório penal, surge o fator que menciona a concepção de acusação e defesa no processo penal, seu papel valorativo, e sua operação no ordenamento jurídico, influenciando diretamente na aplicação das penas; bem como, a organização política dos Estados, levando a crer que o direito de defesa é garantia fundamental do cidadão, independentemente da instância ou grau em que o processo se encontra.

Dada estas proposições, passou-se à análise dos embargos infringentes como instrumento processual, abordando seus efeitos e aplicações no direito moderno. O enfoque se limitou as decisões de segunda instância e seu cabimento nos recursos de sentido estrito e nas apelações. Foi necessário delimitar seu campo de atuação, ficando nítido que segundo as normas concretas dos embargos, os mesmos não encontram-se previstos no âmbito das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal, e que calcado no duplo grau de jurisdição, volta-se à devolver a análise da matéria ao Poder Judiciário, daquilo que já foi decidido primeiramente, numa escala hierarquicamente organizada do Poder.

O Estado Democrático e Social de Direito tem o dever de diminuir conflitos com justiça, desta forma adotamos, também, o recurso como instrumento voltado à satisfazer o inconformismo humano e contornar a falibilidade humana. O processo é o meio escolhido pelo Estado para distribuir justiça e garantir que suas decisões representem a realidade é reafirmar a própria justiça. Neste viés, ficou claro que o Estado é o pilar da sociedade e embora existam inúmeras formas de se construir o Direito, todas as formas devem conviver harmonicamente, voltadas sempre ao bem comum de seu povo, atingindo-se a função pacificadora do Direito.

Embora os embargos infringentes sejam assegurados da melhor maneira possível, ficou elucidado que as decisões judiciais não produzem apenas uma espécie de bússola jurisprudencial, ou se prestam à solução do conflito, elas também contribuem para a própria construção e formação normativa do Direito.

Quanto ao procedimento e o desacordo parcial, aduziu-se que a matéria que pode ser impugnada nos embargos infringentes são delimitadas pela divergência, ou seja, por aquilo que não foi decidido unanimemente. Também, viu-se que se trata de recurso exclusivo da defesa.

Na análise quanto aos efeitos dos embargos infringentes, asseverou-se que a lei não estabelece um efeito específico. Sucintamente, se o recurso de onde proveio os embargos tiverem efeito suspensivo, os embargos também o terão, vezes que é inviável a execução provisória da pena (se for decidido pela decisão retratada). Subsistem ainda discussões quanto ao efeito regressivo.

Por derradeiro, buscou-se expressar que sob a ótica do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 8.039/90 foi omissa quanto aos embargos infringentes nas ações originárias do foro por prerrogativa de função, não sendo suficiente para revogar o artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Deste modo, em sede de Agravo Regimental julgado nos autos da Ação Penal nº 470, entendeu-se que são cabíveis os embargos infringentes em referidas ações.

É pacificado o entendimento de que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi recepcionado pela nova Ordem Constitucional, não havendo qualquer forma de inconstitucionalidade.

Após isso, partiu-se para o estudo do foro por prerrogativa de função, em um panorama constitucional, o qual se presta à garantia da tranquilidade no exercício de certos cargos políticos, concebendo uma proteção ao cargo de quem exerce determinadas funções no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que o exerça isento de riscos e pressões infundadas.

Para concluir o estudo dos embargos, falou-se sobre a Ação Penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal, também conhecida como “Caso do Mensalão”, onde por maioria ficou decidido pela admissibilidade dos embargos infringentes. O caso julgava o esquema de corrupção e desvio de recursos públicos, sendo que, entre os envolvidos havia alguns com foro por prerrogativa de função. Discutiu-se sobre o cabimento dos embargos infringentes nessa ação argumentando-se que não é este o instrumento adequado para abranger o caso a fim de se garantir o duplo

grau de jurisdição, vezes que não há prejuízo aos envolvidos, levando em conta que o legislador constituinte os exclui da organização hierárquica do Poder Judiciário para serem julgados pela mais alta Corte do Brasil, sendo certo que suas decisões possuem amplo grau de certeza, já que para que alguém ingresse como Ministro, é requisito principal seu notório saber jurídico.

Para atingir-se uma conclusão, fez-se uso dos seguintes métodos da pesquisa científica: o método histórico, citando brevemente o contexto histórico do tema em debate; o método dedutivo, pois, extraíram-se, as conclusões lógicas; e o método exemplificativo, trazendo a prática – real – para o universo teórico, a fim de facilitar a compreensão do direito e de sua atuação do cotidiano.

Por fim, foram utilizados os seguintes recursos de pesquisa: livros históricos (de caráter científico ou não científico); doutrinas nacionais; artigos científicos disponíveis na rede mundial de computadores; notícias veiculada na rede mundial de computadores; e consulta à legislação.

2 PRINCÍPIOS INERENTES AOS MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os meios de impugnação das decisões judiciais são os recursos, o instrumento processual previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, voltado à reforma, invalidação, complementação ou ao esclarecimento da decisão judicial impugnada¹.

Importante, deste modo, analisar os princípios inerentes aos recursos, vezes que o fenômeno da força normativa dos princípios, embora algo novo em nosso ordenamento jurídico, tornou-se incontornável sob o novo dogma constitucional. O Ministro Luis Roberto Barroso² cita que os princípios vêm de longe e desempenham papéis variados na sociedade atual. O que há de novo é o reconhecimento de sua normatividade, ou seja, conceder aos princípios força cogente e imperativa na construção de fundamentos jurídicos.

A palavra 'princípio', talvez a mais polissêmica do direito (aquela que mais possui significado) é definida por Humberto Bergmann Ávila³ como “*as normas imediatamente finalísticas, que apontam para um estado ideal de coisas a ser atingido, sem contudo indicar a conduta necessária para sua concretização*”.

Na teoria geral do direito, os princípios constituem verdadeiro norte para concretização das normas. Isto quer dizer que os princípios não ditam condutas, mas sinalizam o sentido no qual a norma será efetivada, como a abstração prevista pelo legislador se concretizará na situação concreta. A Opção do legislador por determinar uma norma como princípio demonstra que primeiramente ele quer sinalizar o estado ideal ao qual a norma aponta e secundariamente impor aos destinatários que adotem condutas compatíveis com este estado ideal.

Constituem os princípios mandamentos de otimização e como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2017. p. 1.606.

² BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2006.

³ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2013.

possibilidades reais e jurídicas, concretizando-se em diversos graus, dependendo para sua realização tanto as possibilidades jurídicas, quanto as reais⁴.

2.1 Princípio do Duplo Grau de Jurisdição

A doutrina preceitua que a expressão decorre do fato da jurisdição ser una e indivisível, e do poder estatal soberano; de modo que, ao se falar em dualidade de jurisdições, seria a mesma coisa de se conceber em um Estado a pluralidade de soberanias, o que não seria crível. A divisão que se faz – do princípio em tela – tem cunho didático, e diz respeito à competência⁵.

O princípio tem por objetivo possibilitar a revisão das decisões judiciais através de um recurso, onde haverá uma nova análise do caso, de modo que as decisões do juízo primário podem ser reavaliadas pelos tribunais. Surgiu da própria estrutura do judiciário, contida na Carta Magna que, em vários dispositivos, contém competência recursal aos diversos tribunais do país.

No entanto, interessa asseverar que o duplo grau de jurisdição não é princípio enquadrado na Constituição, visto que processos existem sem que esse duplo grau incida, a exemplo daqueles de competência do Supremo Tribunal Federal. O princípio em questão não é um enunciado normativo que abrange todos os processos penais⁶.

O Ministro Gilmar Mendes assevera em sua obra se a Constituição consagra a competência originária de determinado órgão judicial e não define o cabimento de recurso ordinário, não se pode concluir que haja implicitamente o direito ao duplo grau de jurisdição, seja por força de lei, seja por força do disposto em tratados ou convenções internacionais⁷.

Já Renato Brasileiro de Lima ensina que devemos entender o princípio do duplo grau de jurisdição como a possibilidade de uma revisão integral (matéria de

⁴ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**.2009. p. 85.

⁵ TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2011. p. 61.

⁶ *Ibidem*.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. p. 405.

fato e de direito) da decisão do juízo *a quo*, via de regra pelo órgão jurisdicional imediatamente superior na hierarquia judiciária ao que proferiu a primeira decisão.⁸

Esse princípio se pauta na ideia de que o sistema jurídico existe para corrigir as imperfeições existentes na sociedade, a fim de diminuir seus conflitos. Assim considerando, a reanálise surge para conferir um grau maior de certeza à decisão tomada pelo Poder Judiciário, ampliando a função pacificadora da jurisdição.

Destarte, a possibilidade de revisar as decisões surge para melhorar o parecer jurisdicional por meio de uma nova visão do problema discutido. Fernando da Costa Tourinho Filho⁹ relaciona a importância do duplo grau à possibilidade de erro humano, segundo o autor:

Trata-se de princípio da mais alta importância. Todos sabem que os Juízes, homens que são, estão sujeitos a erro. Por isso mesmo o Estado criou órgãos jurisdicionais a eles superiores, precipuamente para reverem, em grau de recurso, suas decisões. Embora não haja texto expresso a respeito da Lei Maior, o que se infere do nosso ordenamento é que duplo grau de jurisdição é uma realidade incontestável. Sempre foi assim entre nós.

Ocorre que o princípio do duplo grau não se encontra expresso na Constituição. Segundo a maior parte da doutrina, trata-se de regra implícita da Lei Maior, decorrente da própria estrutura que o constituinte estabeleceu ao Poder Judiciário, dividida em instâncias hierarquicamente organizadas; bem como na garantia ao devido processo legal¹⁰ e no direito à ampla defesa¹¹, dado a previsão do vocábulo “recursos” no inciso LV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Gilmar Mendes acrescenta que:

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem acentuado a não configuração de um direito ao duplo grau de jurisdição, a não ser naqueles casos em que a Constituição expressamente assegura ou garante esse direito, como nas hipóteses em que outorga possibilidade de recurso ordinário ou apelação para instância imediatamente superior (arts. 102, II; 104, II; 108, II).¹²

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2015. p. 1607

⁹ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Curso de Processo Penal I**, 2011, p103

¹⁰ BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º, inciso LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal**. Artigo 5º, inciso LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2014. p. 404.

Todavia, embora a falta de clareza constitucional com relação ao princípio, no que concerne à esfera penal ele se encontra expressamente assegurado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), norma de status supralegal segundo a tese de Valério de Oliveira Mazzuoli¹³.

Dentre os direitos e garantias previstos da Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8.2, letra “h”, encontra-se assegurado o direito de recorrer em liberdade da sentença para Juiz ou Tribunal Superior¹⁴.

A partir do momento em que a Convenção Americana de Direitos Humanos através da adesão, assegura o direito ao duplo grau de jurisdição, inicia-se a discussão sobre a efetivação desse direito, em especial quando envolvem hipóteses do foro de prerrogativa de função (processos originários no Supremo Tribunal Federal. Isso se deve ao fato de que não há possibilidade de recurso nesses casos dada a ausência de previsão legal neste sentido e de órgão superior diverso do que aquele que deferiu a decisão, sendo assim, o problema é que não haveria meios de efetivação do direito ao duplo grau, ferindo-se de tal forma uma garantia fundamental do indivíduo.

Ingo Wolfgang Sarlet¹⁵ diz que reconhecer determinado direito com garantia fundamental implica estabelecer aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Há ainda a ofensa ao princípio da igualdade, vezes que numa situação hipotética onde dois réus cometam o mesmo crime, entretanto um deles possui foro especial por prerrogativa de função e o outro não. Neste caso, somente aquele que não possui o foro por prerrogativa de função e será julgado perante as instâncias ordinárias é que terá direito ao exercício do duplo grau de jurisdição, enquanto que aquele do foro especial não terá tal prerrogativa e o recurso lhe será restringido.

Ademais, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal é competente para julgar infrações penais comuns, deixando de lado sua função de Corte Constitucional, haverá a impossibilidade de recurso para o órgão superior diferente daquele que proferiu a decisão, visto que, esta primeira, foi dada pela instância

¹³ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos**: Pacto de San José da Costa Rica. 2009.

¹⁴ BRASIL. **Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992**. Art. 8.2, letra “h”.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2007. p. 284.

máxima do Poder Judiciário Brasileiro. Nesta situação, suprimi-se a reanálise por instância superior.

Os tribunais, na maior parte dos casos, exercem a função de reexaminar as decisões que os juízes de primeiro grau proferem. Ou seja, a maioria das atividades de tribunais é de segundo grau, evidenciando-se que o duplo grau está implícito na Constituição Federal, quando esta regula e disciplina a estrutura do Poder Judiciário.

Por conseguinte, pode-se dizer que a garantia deste princípio, embora seja assegurada pela Constituição Brasileira implicitamente na estrutura da jurisdição superior. Devemos conjugá-la com a garantia extraída do princípio da igualdade, donde temos que aos litigantes devem ser asseguradas as mesmas condições e os mesmos recursos a eles inerentes. Por isso não se permite que o recurso para revisão das decisões seja admitido para uns e não para outros, em igualdade de condições.

Nelson Nery Júnior¹⁶ complementa que:

No processo penal, contudo, ocorre fenômeno diferente. O artigo 8º, n. 2, letra h, do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 22.11.1969) garante ao réu, no processo penal, um segundo julgamento em grau de recurso. O Brasil é signatário do Pacto, que entrou no direito interno brasileiro pela via do Decreto Legislativo 27, de 26.5.1992, e está em pleno vigor no país por força do Decreto 678, de 6.11.1992. Assim, o duplo grau de jurisdição, no processo penal, é irrestrito e será inconstitucional toda disposição de lei ordinária que restringir ou não permitir a recorribilidade das sentenças proferidas no processo penal.

Uma terceira posição retira o princípio do duplo grau de jurisdição da revisão dos atos estatais, como uma forma de controle da legalidade e da justiça das decisões de todos os órgãos do Poder Público.

O direito processual penal como instrumento regulador da aplicação do direito penal, ou seja, como caminho pelo qual se viabiliza a concretização do direito penal mediante ações, procedimentos e recursos, entre outros instrumentos, deve ser uniforme para todos os cidadãos, onde possibilitado a um a prerrogativa de submeter o julgamento da causa para uma reanálise, deve a todos ser concedida e mesma benesse.

¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 2004, p. 42.

O duplo grau de jurisdição é uma opção política do legislador, não só no que tange a sua recepção no ordenamento jurídico, mas quanto à escolha de suas formas de utilização. Permanecem no sistema, em decorrência de três fatores importantes, quais sejam: a possibilidade de falha do juiz, o inconformismo da parte vencida, e a preocupação de evitar o despotismo por parte dos magistrados¹⁷.

Porém, deve-se ter a noção de que o princípio não significa apenas a garantia de revisão da decisão de primeiro grau, compreende também a proibição do tribunal pronunciar decisão inédita, sendo vinculado somente ao que foi decidido pelo juiz de primeiro grau. É o caso, da extinção de um processo que não julgou o mérito, quando ao reformar a decisão o tribunal prossegue no julgamento, decidindo o mérito que o juiz não apreciou em primeiro grau.

É pressuposto lógico do novo julgamento seu caráter revisional, onde há a necessidade de ter havido um julgamento da demanda no juízo originário para que haja efetivamente o duplo grau de jurisdição. E que a partir deste julgamento se tenha critérios suficientes para fomentar um segundo julgamento, cuja decisão deve ter aptidão para substituir a decisão anterior¹⁸.

Conseguimos, deste modo, estabelecer três aspectos fundamentais do duplo grau de jurisdição, sendo eles: a possibilidade de impugnação da decisão e a existência de um julgamento anterior válido para que a segunda decisão tenha caráter revisional e substitutivo.

Renato Brasileiro de Lima acrescenta alguns fundamentos para o duplo grau de jurisdição, como: a falibilidade humana e o inconformismo das pessoas. Segundo o autor, o erro é inerente ao ser humano, e o juiz, ser humano que é, está sujeito a falhas, podendo cometer erros, equivocarse ou até mesmo proferir uma decisão iníqua. Daí surge a necessidade de um instrumento capaz de reavaliar a decisão, bem com que o fato da possibilidade de sua decisão ser revista, impõe aos sujeitos maior zelo com a sua elaboração e que dada a estrutura hierárquica, a reanálise será feita, via de regra, por juízes dotados de larga experiência. Quanto ao inconformismo das pessoas, é natural que o ser humano se veja inconformado com

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2014. p. 467.

¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. p. 361.

uma decisão que lhe é desfavorável e contrário aos seus interesses e nesta senda, a possibilidade de reexame da causa dá conforto psicológico às partes¹⁹.

É importante dizer que, a natureza substitutiva da segunda decisão é uma exigência do ordenamento jurídico que precisa que a eficácia da primeira decisão proferida seja, de certa forma, neutralizada. Neste passo, vale dizer que a verificação deste elemento, exige que a impugnação seja levada a efeito necessariamente por meio de recurso, isto é, que o inconformismo da parte seja processado e apresentado dentro desta mesma relação processual, para que seja possível se falar em dualidade do julgamento e a substituição da decisão²⁰.

O efeito devolutivo do recurso ganha relevância primordial, haja vista, que o duplo grau exige que o mérito causa seja julgado duas vezes por juízes diversos, não que todas as questões – cada uma delas – sejam decididas duas vezes²¹.

José Carlos Barbosa Moreira complementa que²²:

Consiste em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria julgada, em grau inferior de jurisdição. A exata configuração do efeito é problema que se desdobra em dois: o primeiro concernente à extensão do efeito, o segundo à sua profundidade. Delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o que se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar com que material há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar.

Ainda no duplo grau de jurisdição, afirma-se que existe uma obrigatoriedade de que o reexame seja realizado por órgão diferente daquele que proferiu a primeira decisão, estando hierarquicamente acima na escala jurisdicional, exigências que preservam o espírito do duplo grau de jurisdição.

Apesar de constitucionalizado, o instituto do duplo grau de jurisdição não é absoluto, e deve estar em concordância com as normas da Constituição Federal, apesar de não ser totalmente restrito, seu âmbito de aplicabilidade, é vertido ao processo penal, em face de uma maior proteção ao acusado, por conta da ameaça de restrição ao direito fundamental da liberdade²³.

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2015. p. 1607

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Op. Cit.** 2015. p. 1608

²¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2014. p. 555.

²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. V**. 1998. p. 256.

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2014. p. 68.

A fim de resguardarem-se os vieses do princípio, deve ser assegurado à Defesa ao menos um recurso que faça um reexame das matérias de fato e de direito, independentemente da posição hierárquica que o órgão jurisdicional revisional ocupa. Nesta ótica, o sistema concede à parte vencida o direito de provocar outra avaliação daquilo que se alega, em regra, perante um órgão jurisdicional diferente e superiormente hierárquico. Porém, há casos onde a reapreciação ocorre perante o mesmo órgão jurisdicional, podendo ser alterada ou não a sua composição inicial para que não sejam as mesmas pessoas que proferiram a primeira decisão, responsáveis por sua revisão.

É natural que o duplo grau seja exercido somente quando assim a parte pretender e tomar condutas compatíveis para iniciar a provocação da jurisdição que é inerte. Contudo, há hipóteses onde a própria legislação impõe o reexame necessário, como ocorre no caso descrito no artigo 574, inciso II, do Código de Processo Penal²⁴, onde o duplo grau é obrigatório.

Segundo Humberto Teodoro Júnior²⁵ todo e qualquer ato jurisdicional que venha a prejudicar interesse ou direito da parte, deve ser recorrido, para que se evite falhas e os erros inerentes aos julgamentos humanos. Porém, acrescenta o autor que não é suficiente apenas assegurar o direito ao recurso, há a necessidade de se conferir os mecanismos necessários para se atingir os objetivos da impugnação de uma decisão, permitindo que órgão diverso revise o que foi julgado em primeiro grau.

Controlar o sistema recursal significa torná-los eficazes e coesos, permitindo o recurso quando houver a necessidade de correção, a fim de atingir-se a justiça com a decisão, mas também buscando impedir que constituam mero instrumento protelatório.

A adoção do recurso, que conseqüentemente leva a adoção do duplo grau de jurisdição. Em colocações doutrinárias feitas por Magalhães Noronha²⁶, quando há um segundo exame da causa, isso nos leva a crer em uma garantia de boa justiça; também torna possível que se confie em uma reparação dos erros

²⁴ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Artigo 574, inciso II: Art. 574. Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz: [...] II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411.

²⁵ JÚNIOR THEODORO, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 2011. p. 38/39

²⁶ NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 1997. p. 08.

judiciários desde logo, que, nesse caso, poderiam incidir sobre a formação do juízo de culpa do acusado e até mesmo da definição jurídica do fato que lhe foi atribuído.

De outra ótica, é fato que os juízes dos Tribunais de Apelação impõe uma confiança maior que os juízes de primeira instância, pelo fato de terem que demonstrar alta capacidade para assumir essa posição hierárquica. Tornando mais seguro, visto que, este reexame aumenta a atribuição de proclamar a verdade jurídica²⁷.

Devemos considerar ainda que do ponto de vista do acusado, a revisão lhe assegura a correção de eventuais erros, primando pela boa justiça. Mas, pensando-se no lado coletivo, é de interesse da sociedade que seus réus sejam julgados conforme dispõe o direito, recebendo a punição que lhes é cabível.

O princípio do duplo grau de jurisdição não se limita em sua importância, mas atinge patamares de necessidade jurídica, sendo instrumento pelo qual as imperfeições cometidas pelos agentes do Poder Judiciário são corrigidas, buscando-se uma justiça coesa.

Interessante destacar que a expressão “duplo grau de jurisdição”, para o professor Araken de Assis, contém um problema terminológico²⁸:

A questão terminológica, inserida na clássica expressão ‘duplo grau’, merece algum cuidado. Entre nós, a jurisdição revela-se imune a graus. O direito brasileiro adotou o princípio da unidade jurisdicional. A separação baseia-se na hierarquia, e não na qualidade intrínseca do corpo julgador. Neste sentido, a consagrada nomenclatura – duplo grau –, induzindo a ideia de pluralidade de jurisdições, revela-se imprópria. À semelhança do que sucede em outras situações, não convém substituí-la, por outra mais adequada ao regime retratado, pois o apuro terminológico em nada auxilia a clareza em áreas impregnadas pela tradição.

O argumento de índole política é relevante nesse aspecto. Nenhum ato estatal pode escapar de controle, a revisão das decisões que são recorridas é premissa para assegurar a validade do Estado de Direito.

Embora deva ser considerado como garantia fundamental do indivíduo, o princípio do duplo grau de jurisdição não ser tomado como absoluto. Assim, ele comporta algumas exceções, as quais devem estar dispostas na legislação. Por exemplo, as regras que competem para tribunal julgar certas causas, sem recurso

²⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* 2015. p. 1608

²⁸ ASSIS, Araken de. *Processo Civil Brasileiro*. 2015, p. 111.

de devolução plena, não caracterizam violação ao duplo grau e são, portanto, admitidas. Na ótica de Luiz Guilherme Marinoni²⁹:

O leigo, quando se depara com um juiz na instrução, e depois espera ansiosamente a defesa, imagina que ela terá algum efeito na sua vida. Entretanto, com o duplo grau, a decisão do juiz não interfere em nada na vida das pessoas; ela é, talvez, um projeto da única e verdadeira decisão: a do tribunal.

É de se destacar ainda que não podemos ignorar o fato de existirem decisões irrecorríveis como a admissão ou inadmissão do assistente de acusação, improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte (Artigo 581, inciso III, do Código de Processo Penal). Mas devemos ter em mente que a ausência de recurso ocorre em situações excepcionais e em grau maior, sequer é possível dizer que tais decisões são impugnáveis, dado que existem ações autônomas de impugnação como *habeas corpus* e mandado de segurança, a fim de se evitar que as decisões irrecorríveis tragam gravames às partes³⁰.

O grande problema relacionado ao duplo grau de jurisdição surge nos crimes onde em razão do foro especial por prerrogativa de função do agente, ele se vê processado originariamente pelos Tribunais ou em grau federal, pelo Supremo Tribunal Federal. Não há previsão de recurso neste caso que possibilite a reanálise da matéria de fato e de direito, motivo pela qual se diz que nestes casos há mácula ao duplo grau de jurisdição.

Aury Lopes Júnior³¹ em lição sobre o tema menciona que em razão da Constituição não consagrar expressamente o duplo grau de jurisdição, limitando-se a indicar um quadro de organização hierárquica e sendo a Convenção Americana de Direitos, norma de caráter suprallegal (abaixo da Constituição), a agressão ao duplo grau é inócua. Acrescenta que até mesmo num panorama onde o duplo grau estivesse expresso em nossa Carta Magna, poderia haver supressão ou limitação pela própria ordem constitucional.

Como a própria Constituição é que estabelece o foro por prerrogativa de função, não haveria restrições para o legislador constituinte em impor limitações,

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 2002. p. 215-216.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**. 2015. p. 1.609.

³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. p. 861.

desde que não haja a completa anulação. Ademais, em interpretação teleológica nos é nítido que o duplo grau visa um maior número de pessoas analisando o julgamento, a fim de conferir-se um maior grau de certeza, ocorre que havendo órgão colegiado originariamente, já há vários juízes analisando o mesmo caso e desta forma não há de se falar em mácula ao duplo grau de jurisdição.

2.2 Princípio da Taxatividade Recursal

O princípio da taxatividade nos vem informar sobre a necessidade de verificar o cabimento do recurso, sua previsão legal e se determinada decisão é recorrível.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Renato Brasileiro de Lima³² define que para um recurso ser conhecido e julgado, é indispensável a análise de seu cabimento, compreendido pela totalidade da doutrina como a previsão legal, autorizadora da existência do recurso. Nesta senda, podemos dizer que a regra é a irrecorribilidade das decisões judiciais, de modo que não havendo previsão legal de um recurso contra determinada decisão, significa-nos que tal decisão é irrecorrível.

A taxatividade deve ser tida como elemento essencial para existência do recurso.³³

Fincados na premissa de que as decisões judiciais são, via de regra, não recorríveis, para que seja possível impugná-la de alguma forma é necessário que haja previsão legal e que essa previsão seja anterior em respeito ao princípio da legalidade.

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance destacam que a taxatividade se presta ao próprio princípio da segurança jurídica. Dizem os autores que: “*Na tentativa de equilibrar as garantias do valor justiça e do valor certeza, não se pode admitir que a via recursal permaneça infinitamente aberta, o que sacrificaria o princípio da segurança jurídica*”³⁴.

³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2017. p. 1.606.

³³ *Ibidem*.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. **Recursos no processo penal**. 2009. p. 32.

Ainda com relação à legalidade, preceitua o artigo 22, inciso I, da Constituição Federal³⁵ sobre a competência privativa da União para legislar sobre matéria processual. Portanto, somente Lei Federal pode prever um meio de impugnação para uma decisão judicial.

A inexistência de previsão legal de um meio de impugnação, em respeito à taxatividade, nos diz que não há como recorrer de determinada decisão judicial. Ocorre que essa conclusão não pode nos levar pela impossibilidade de interpretação extensiva da norma processual, ou a inviabilidade de aplicação analógica, como, aliás, expressamente permitido pelo artigo 3º, do Código de Processo Penal³⁶, ao contrário do que ocorre com o direito penal.

A interpretação extensiva é exatamente o que ocorre, a título de exemplo, com as hipóteses de cabimento do Recurso Em Sentido Estrito, previstas nos incisos do artigo 581 do Código de Processo Penal. Há quem diga que não é possível a interpretação extensiva de referido rol, ampliando-se as hipóteses elencadas pelo legislador. Em verdade, o que é inadmitido é a ampliação para casos onde a lei evidentemente pretendeu excluir ou vedar esta hipótese³⁷.

Nesse desiderato, nos parece lógico afirmar que a taxatividade não é absoluta, de modo que a ausência de previsão legal de determinado recurso não deve ser compreendida inexistência do mesmo. Há ainda a possibilidade de interpretação extensiva, fazendo-se uso também da interpretação analógica, a fim de preservar-se o espírito da norma.

2.3 O Devido Processo Legal (*Due Process of Law*)

O devido processo legal é a cláusula mais antiga de limitação de poder registrada. Sua necessidade é observada desde meados de 1.215, a partir do

³⁵ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Artigo 22: Compete privativamente à União legislar sobre: Inciso I: I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (***grifo nosso***);

³⁶ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Artigo 3º: A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

³⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 2017. p. 1.615.

momento que o Rei João-Terra foi obrigado a assinar um documento que impunha limite ao poder absoluto do Estado.

Hodiernamente, a Constituição da República consagra em seu artigo 5º, inciso LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, sendo elemento importantíssimo da democracia.

Fredie Didier Júnior apresenta uma relação importante. Segundo o autor, a expressão “devido processo legal” deriva de tradução literal da expressão inglesa “*due process of Law*”. Como em toda tradução, é necessário contextualizar a tradução a fim de se obter seu verdadeiro significado. Em razão disto, devemos ter em mente que o termo “*Law*” significa Direito e não lei. Essa observação é importante porque nos mostra que o processo deve estar em conformidade com o Direito como um todo e não apenas em consonância com a lei³⁸.

O devido processo legal não se limita ao mero garantismo de que será cumprida legislação vigente, mas sim assegura ao indivíduo que todas as ideologias do direito voltadas ao processo justo lhe serão concedidas.

O ilustre José Afonso da Silva estabelece que o princípio do devido processo legal, conjugado com o acesso à justiça, o contraditório e a ampla defesa forma as bases das garantias processuais fundamentais, onde visa-se um processo com o procedimento adequado, donde a prestação jurisdicional exigida é a de que o Estado confira a cada um o que lhe é de direito, com observância às regras do Direito que devem ser respeitadas para atingir-se essa finalidade³⁹.

Essa garantia foi consagrada em suas dimensões, quais sejam: a procedimental ou formal, e em seu viés substancial ou material, ambas voltadas a garantir um processo justo e uma sentença justa.

No devido processo substancial é possível superar o legalismo absoluto a fim de que a ingerência imposta a uma garantia fundamental do indivíduo seja precedida da análise que busca o equilíbrio entre a restrição e o resultado que se pretende atingir. Surge aqui o postulado normativo da proporcionalidade em sua faceta processual, onde é responsável por possibilitar o questionamento de determinada norma, buscando aquilo que é adequado ao caso, ou seja, há a vedação tanto contra a ultra proteção, quanto para a infra proteção legal conferida

³⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 2016. p. 49.

³⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 2005. p. 431-432.

pelo dispositivo. Há, portanto, vedação tanto ao excesso punitivo, como também à insuficiência do resultado do processo, garantindo assim que os direitos e garantias fundamentais sejam concretizados em seu grau máximo⁴⁰.

Destarte, o devido processo legal substancial estabelece uma limitação ao exercício do poder, de modo a autorizar o julgador que questione a razoabilidade de determinada lei e a justiça das decisões estatais, através do controle tanto de constitucionalidade da norma, como de proporcionalidade⁴¹.

Por estes motivos dizemos que a garantia do devido processo legal deve ser ponderada com os demais princípios do direito, não sendo lícito utilizar-se dela para criar aquilo que não existe quando se pretende ampliar prerrogativas e direitos que não se encontram em consonância com as demais normas do Ordenamento Jurídico Brasileiro.

2.4 Princípio da Busca Pela Verdade Real

Com o brilhantismo e a inteligência que lhe são peculiares Cândido Rangel Dinamarco ensina que a verdade e a certeza são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a segurança jurídica, como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou segurança, com base na qual o juiz preferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção desses nas categorias adequadas⁴².

Renato Brasileiro de Lima em comentário diz que tem prevalecido na doutrina mais moderna que o princípio que vigora no processo penal não é o da verdade material ou real, mas sim o da busca pela verdade. Tal princípio é conhecido como princípio da livre investigação da prova no interior do pedido e princípio da imparcialidade do juiz na direção e apreciação das provas, bem como de

⁴⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 2009. s.p.

⁴¹ CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**. 2011. p. 90.

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 2008. p. 339.

princípio da investigação, princípio inquisitivo ou princípio da investigação judicial da prova⁴³.

Isto nos informa todo o processo penal é construído para buscar a verdade de forma imparcial, quer seja para absolver, quer seja para condenar o acusado. Nesta sentença, nos parece que o sistema recursal vem revalidar também este princípio, vezes que se busca passar a análise do caso para um número maior de julgadores, de modo a conferir maior grau de certeza de que aquela decisão é a mais justa, imparcial, coerente e correta possível.

Portanto, há razão em adotar determinado recurso somente quando puder contribuir para esse objetivo, do contrário, irá constituir mero instrumento protelatório que vive em conluio com a impunidade.

⁴³ LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2015. p. 67.

3 O SISTEMA ACUSATÓRIO PENAL

O Brasil não adota o sistema inquisitivo ou o misto, adota o sistema acusatório que é próprio de regime democráticos advindos da constituição. Referido sistema é dotado de uma correlação entre acusação e defesa, mesmo que em sua maioria haja divergência das partes.

Sendo assim, ao mesmo passo que uma se relaciona com a outra, há uma nítida separação das funções, fazendo com que o processo se caracterize em sua estrutura dialética (*actum trium personarum*)⁴⁴.

Segundo o professor Aury Lopes Júnior, em lição sobre a importância em fortalecer os instrumentos concedidos ao acusado para não sacrificar o sistema acusatório, cita que:

Aqui está o ponto nevrálgico da questão: para tutela do réu, deve-se fortalecer o seu lugar de fala, potencializar a sua condição de obtenção da tutela jurisdicional, e não sacrificar o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo, legitimando que o acusador o defenda.⁴⁵

A sistemática constitucional atual separa claramente as funções de julgar, acusar, e defender.

A acusação no processo penal está ligada a um modelo confrontativo, onde as partes produzem provas diante de um juiz ou tribunal imparcial, que julga com base nos argumentos que lhe foram dados. O sistema acusatório apresenta uma característica fundamental, sendo esta, a separação entre as funções do Ministério Público como órgão de persecução e investigação, e os magistrados, fazendo o papel do julgamento⁴⁶.

O objeto do processo penal é a pretensão, o que para Francesco Carnelutti⁴⁷ é o que qualifica o conflito de interesses e conduz a um processo. Embora, ainda haja muita discussão no que tange a classificação do sistema processual penal brasileiro, a finalidade é destacar a vinculação entre a acusação e a sentença, e a partir daí alcançar o interesse em recorrer.

⁴⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 2000. p. 27.

⁴⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. p. 975.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema De Direito Processual Civil**. 2000. P. 222/223.

Em uma segunda análise, mas não menos importante, impõe-se o direito de defesa, que surgiu desde que o homem começou a viver em sociedade.

Em razão do surgimento de conflitos, houve necessidade de fixar um comportamento padrão, visto que certas atitudes, poderiam ameaçar alguns interesses coletivos que são mais importantes que os interesses individuais, deu ensejo as normas, ou seja, regras a fim de conviver pacificamente em sociedade, com o intuito de regular os comportamentos.

Iniciou-se a aplicação das sanções no caso de descumprimento das normas, que visava estabelecer um *status quo ante* ao cometimento deste comportamento errôneo. Diante desse quadro, surgiu a concepção de uma nova sistemática com a intenção de solucionar mais pacificamente esses conflitos.

Os inúmeros contextos históricos pelo qual foi passando a sociedade, influenciou diretamente a aplicação dessas penas. Com a organização política dos Estados, nasce uma organização do ordenamento jurídico, que teve como intermédio a criação de uma Constituição Federal.

O modelo acusatório, como dito anteriormente, se apresenta com uma divisão de tarefas, separando em três figuras distintas: acusar, defender e julgar. O direito de defesa é, no entanto, assegurado com maior percepção com o surgimento do sistema acusatório. Conforme ensina Geraldo Prado⁴⁸:

A marca característica da Defesa no processo penal está exatamente em particular do procedimento, perseguindo a tutela de um interesse que necessita ser o oposto daquele a princípio consignado à acusação, sob pena de o processo converter-se em instrumento de manipulação política de pessoas e situações.

No plano acusatório, o direito de defesa deve ser observado sobre a garantia fundamental do cidadão, deve ser acessível a todos, bastando que este seja sujeito de direito.

O princípio da ampla defesa aplica-se ao caso concreto, sendo que, de esclarece de antemão o tema principal.

A defesa é um aspecto integrante do direito de ação, e uma das formas de concretização do contraditório no processo.

⁴⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2006. p. 142.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁴⁹ assegura a todos os cidadãos o direito de reclamar ao judiciário algum direito violado. Assim como o direito de ação possui cunho constitucional, o direito de defesa também. Ambos os direitos – de ação e de defesa – estão na mesma linha hierárquica.

No processo penal, tanto em juízo, como em fase inquisitiva, o réu detém, no interrogatório, o direito de ficar calado, haja vista que não é obrigado a apresentar provas contra si mesmo, é um direito do acusado, que deve saber com clareza que isso não prejudicaria o seu direito de defesa.

Podemos definir o sistema acusatório como aquele onde há divisões das funções por órgãos independentes e autônomos previstos na própria constituição federal. Um órgão investiga, outro acusa, outro julga e outro defende, cumprindo funções obrigatórias por determinação constitucional não se misturando nem se confundindo, efetivando a divisão de poder onde um órgão controla o outro.

Existe ainda a dialética processual, onde o modelo é racional e científico.

Em grau máximo deve existir o contraditório e a ampla defesa, com o devido processo legal, as decisões são públicas em regra e motivadas não admitindo prova ilícita.

Assim, referido sistema faz com que o processo não seja instrumento de poder, mas sim veículo por onde se efetiva a justiça, que dá uma resposta justa na aplicação do direito penal.

A grande problemática não reside em se adotar o sistema acusatório, o problema está em aplicá-lo, porque geralmente delegados, promotores e juízes se unem para acusar o réu, como também podem todos se unir para isentar de pena o culpado.

É nesta senda que o direito de defesa deve ser acessível a todos, bastante ser sujeito de direito para exercê-lo, para ser defendido no processo penal, e de ser ouvido pela autoridade judiciária. Mas também, devemos ter restrições nos mecanismos compensatórios empregados. Parece-nos muito bom conceder a alguém um recurso sob o argumento de que se prima pelos seus direitos e garantias fundamentais, reafirmando-se o sistema acusatório. Ocorre que tal possibilidade

⁴⁹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Art. 5º, inciso XXX: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

pode ser empregada para assegurar-se a impunidade no sistema penal brasileira, ao invés de reafirmar as garantias.

Devemos ter em mente que as garantias não se prestam a ampliar as prerrogativas de determinada pessoa, mas sim a lhe assegurar que em ocorrendo uma violação ao ordenamento jurídico, se sabe exatamente os caminhos que o Estado tomará para lhe impor ingerência a determinado direito.

4 DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

No Código de Processo Penal esse recurso foi introduzido pela Lei nº 1.720-B, de 03 de novembro de 1952, a qual alterou o artigo 609, parágrafo único, para a seguinte redação:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.

Inicialmente, se tratava de instituto originário do Direito Processual Civil.

É conveniente destacar a diferença entre as espécies de recursos que esse dispositivo prevê – embargos infringentes e de nulidade – como sendo meramente e exclusivamente pela natureza da matéria, quais sejam: material ou processual⁵⁰.

Diante disso, extrai-se que o embargo será infringente quando tratar do mérito da causa, sendo assim, quando tratar de direito material, com intuito de reforma na decisão. Constituem um recurso exclusivo da defesa.

No Brasil, se admite decisão pela maioria, até mesmo em matéria criminal, e partindo deste pressuposto, cotejando o princípio do *in dubiu pro reo* chega-se a justificativa da existência dos embargos infringentes, uma vez que não sendo unânime, significa dizer que a questão ali discutida enseja dúvida, e neste caso, deve beneficiar o acusado⁵¹.

No entanto, nosso enfoque se limita à decisão de segunda instância, e por esse motivo, os embargos infringentes não são admitidos contra acórdãos proferidos em sede de ação originária, essa razão do disposto no Capítulo V, Título II, Livro III, do Código de Processo Penal, o qual menciona: ‘Do processo e do

⁵⁰LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2013. p. 1.717

⁵¹ *Ibidem*.

juízo dos recursos em sentido estrito e das apelações, nos Tribunais de Apelação⁵².

Do que se encontra na doutrina, podemos extrair disso, duas conclusões. São elas: a primeira é que os embargos só cabem contra acórdãos, e que não seriam admitidas em outras ações de impugnação que o Código de Processo Penal trata; e a segunda, faz referência as infrações de menor potencial ofensivo, já que não há nos tribunais turmas recursais para os Juizados Especiais Criminais, não cabendo, portanto, em sentido estrito, os embargos infringentes.

Por conseguinte, o recurso traz alguns pressupostos de existência, são eles: a decisão deve vir de um tribunal; a mesma não pode ser unânime; embargos infringentes não são cabíveis no julgamento de habeas corpus, revisão criminal, ou até mesmo de julgamento originário; é um recurso exclusivo da defesa, ressaltando que é inadmissível embargos infringentes para o autor da ação penal.

Concluindo, portanto, segundo o Código de Processo Penal, os embargos infringentes se prestam a combater uma decisão não unânime proferida em segunda instância, cuja divergência é desfavorável ao réu. Ainda segundo o *Codex*, são cabíveis contra o julgamento em sede de apelação ou recurso em sentido estrito. Também, os embargos infringentes são oponíveis contra matérias tanto de fato quanto de direito, excetuadas a divergência sobre matérias exclusivamente processuais, as quais se sujeitam aos embargos de nulidade.

4.1 Natureza Jurídica dos Embargos Infringentes

Como mencionado, os embargos são uma espécie de recurso, sendo assim, em um primeiro nível transportando-se o que foi exposto anteriormente sobre uma visão geral dos recursos, há duas posições sobre sua natureza jurídica, a primeira – e majoritária – declara que é um desdobramento do direito de ação ou de defesa, uma continuidade da relação jurídica que persiste agora em fase recursal, e não a existência de uma nova ação⁵³.

⁵²TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Op. Cit.* p. 532.

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 2013. p. 1.718.

A segunda posição defende que é uma nova ação dentro de um mesmo processo, argumentando que as pretensões trazidas em grau de recurso não são as mesmas que foram discutidas em primeira instância.

A palavra embargos deriva do verbo embargar, em latim “*imbarricare*”, em sentido amplo significa impedimento, algo em que há obstáculo ou dificuldade. Ao que nos interessa, trata-se de uma oposição há uma ação de outrem, no sentido de que se suspenda alguma execução, ou até mesmo decisão⁵⁴.

Equipara-se a natureza jurídica de recurso, a doutrina conceitua como aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa.

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho⁵⁵:

A parte poderia atacar a sentença e exigir a retratação do órgão que a prolatou, em razão da inobservância ou violação da lei. Usava-se a palavra ‘embargos’ para demonstrar que o litigante pretendia impedir a execução do provimento judicial. No mais, os rigores do sistema recursal que traduziam a dificuldade de apelar no velhos sistemas jurídicos se traduziram nos pedidos de reconsideração judicial para atacar a decisão.

Na seara processual, os embargos infringentes funcionam como meio de impugnação judicial exclusivo do réu, destinado ao reexame de decisões não unânimes dos Tribunais, sendo cabível quando o acórdão possuir divergência em matéria de mérito⁵⁶.

Surgiu para superar o rigor de que os pronunciamentos seriam imutáveis. Desta forma, passaram a admitir uma impugnação privativa da defesa, para que garantisse um julgamento justo ao réu.

Na mesma linha de raciocínio, um voto que fosse favorável ao autor do delito, constituía um indício de que a solução que fora apresentada para resolver a lide, era no mínimo, incoerente.

Conjuga-se, nesse recurso, a retratação, buscando por fim a certeza plena nas decisões judiciais.

4.2 Do Interesse e da Legitimação Para Recorrer

⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2014. p. 586/587.

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Curso de Processo Penal, volume 4**. 2011. p. 528.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2013. p. 1.717.

Para que se apliquem os embargos infringentes deve haver um interesse e legitimação para recorrer. Sendo assim, afirma-se que recurso é um instrumento usado para solicitar a mudança de uma decisão de mesma instancia ou de instancia superior.

O recurso existe para que seja assegurado de uma melhor forma a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição.

Em uma visão geral, o direito nada mais é que um dos interesses humanos, voltado para ordenar e regular de forma pacifica os interesses do homem em sociedade.

Com esse escopo, considerando que o interesse é um juízo de valor, o torna dependente de um sujeito que lhe possua. No direito processual penal, o interesse poderá ser portado tanto pela pessoa interessada, como pelo Estado, haja vista, que este último tem interesse na solução de conflitos⁵⁷.

O interesse para recorrer comporta duas angulações para a melhor compreensão de sua análise, sendo elas: objetiva e subjetiva. Pela perspectiva subjetiva, a atenção é direcionada para os critérios de escolha e avaliação do indivíduo sobre as razões de utilidade, necessidade e adequação para determinação do interesse de agir. De modo diverso, pelo prisma objetivo, a atenção é direcionada pelos pressupostos lógicos, quais sejam: causa, resultado, bem e sujeito.

Segundo Mauricio Zanoide de Moraes⁵⁸ “*o interesse nada mais é do que um juízo seletivo e valorativo realizado pelo indivíduo sobre a realidade geradora de uma necessidade a ser satisfeita pela consecução de um bem.*”

Não se olvide que no processo penal os conflitos são resolvidos publicamente e os instrumentos de ação e defesa obedecem a força estatal, consubstanciada na noção de jurisdição. Todos esses instrumentos devem se juntar, para então se entrosar em um fim, no caso, a aplicação justa da lei. Daí surge uma necessidade de verificar a razoabilidade.

De forma sintética, a percepção de interesse, se divide em necessidade ou utilidade e adequação.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. 2000. p. 69.

A adequação é a relação do pedido do autor com o instrumento que ele precisa para corrigir o que o autor se queixa, e assim, atingir o resultado deste pedido. O recurso interposto deve ser o que atende a necessidade do recorrente.

Para o direito de ação, a necessidade indica a incapacidade de satisfação do direito material, sem que o Estado-juiz intervenha nesta ação. Isso se aplica também ao direito de recorrer. Em outras palavras, trata-se de um resultado em que o recorrente poderia atingir de outras formas.

Já a utilidade se consiste na possibilidade de se conseguir – do direito de recorrer – uma maior vantagem, do ponto de vista prático, do que a decisão anterior. Em matéria de recurso, o conceito de interesse exige uma observação prospectiva, antes mesmo que se analise sob a ótica da retrospectiva, para que se consiga visar os benefícios que aquela segunda decisão será capaz de propiciar ao recorrente⁵⁹.

No processo penal, observa-se a estreiteza do termo ‘parte’, onde o ofendido é legitimado, e o Ministério Público poderá recorrer em benefício do réu.

Prosseguindo com a legitimação, esta se correlaciona à condição de admissibilidade do recurso. O artigo 577 do Código de Processo Penal⁶⁰ legitima os recursos penais às partes.

O réu, no processo penal, tem legitimação autônoma para recorrer, assim como, possui capacidade postulatória, podendo interpor recursos independentemente da presença de seu advogado.

Trata-se de um recurso exclusivo da defesa, contudo, é possível que o Ministério Público recorra como órgão da justiça. Ou seja, poderá recorrer em benefício do réu, para garantir a correta aplicabilidade da lei, hipótese em que exerce sua função de fiscal da lei – *custus legis*.

O Código de Processo Penal legitima que o ofendido ou seus sucessores poderão interpor recurso em sentido estrito, ainda que não possuam assistente.

Como constituem espécie recursal privativa da defesa, ela não se sujeita integralmente ao disposto no artigo 577 do Código de Processo Penal, sendo legitimados para sua propositura o acusado e seu defensor. Porém, como dito

⁵⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 2012

⁶⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal (1941)**. Art. 577. O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor.

acima, isso não exclui a possibilidade do Ministério Público interpor recurso exercendo sua função essencial à justiça.

Já, quanto ao interesse em recorrer, é o voto favorável para a defesa que aponta uma eventual vantagem que possa obter-se com os embargos, ou seja, o voto favorável à defesa além de autorizador dos embargos, é o responsável por estabelecer os limites das matérias que podem ser argüidas no recurso⁶¹. E é também, por esse motivo, que não se admite embargos infringentes, quando a discordância for apenas quanto aos fundamentos da decisão.

4.3 Procedimento e Competência Para Julgamento

O órgão competente para conhecer e julgar os embargos é a Secretaria do Tribunal, e este deve ser endereçado ao relator do acórdão que foi embargado. A fundamentação da petição que interpõe o recurso deve ter como objetivo o voto favorável que deu ensejo ao recurso e seu pressuposto é a decisão não favorável, o que se depreende da simples leitura do artigo 609 do Código de Processo Penal.

Caberá ao embargante, mencionar outros motivos que convençam seu recurso. Caso, a fundamentação do voto dissente não seja adequadamente argumentada, entendeu a jurisprudência que não é razão para não conhecer o recurso.

Somente o advogado tem capacidade postulatória para interpor embargos infringentes. O relator sorteado é quem irá examinar o instrumento, deste ponto, poderão ser recebidos e procedimentados, ou então, rejeitados. Este possui dez dias para fazer o relatório, remetendo-o em seguida ao revisor, que após prazo idêntico pedirá um dia para o julgamento.

No julgamento, é concedido um prazo de quinze minutos para sustentação oral dos advogados e do Ministério Público, onde os mesmos lançam suas argumentações, a seguir passa-se a votação e o resultado se dá pela maioria dos votos, sendo que esses concordem ou não, com o pleito do embargante.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. *Passim*.

4.4 Hipótese de Cabimento: Do Desacordo Parcial (Divergência Quantitativa)

A divergência quantitativa se traduz no desacordo de votos em relação ao valor da condenação, porém julgando de forma unânime a existência da obrigação, ou seja, a decisão é harmônica material, mas, há divergência com relação ao seu *quantum*.

O voto desfavorável poderá ser relativo ou parcial, não necessitando que o julgado seja absoluto.

Contextualizando, não é indispensável que o voto que foi favorável ao réu seja completamente incompatível com a maioria dos fatos contra ele imputados, em outras palavras, o voto que gerou o embargo, poderá ser apenas parcialmente divergente daqueles vencedores⁶².

A título de exemplo, é considerado um desacordo parcial quando a maioria da Turma votar pela condenação do réu na forma qualificada de determinado delito e o voto favorável ao réu, versar apenas pela condenação do delito na forma simples. Dessa forma, a decisão beneficiaria o réu, porém, discordaria apenas em partes com a maioria dos votos⁶³.

Convém salientar que no desacordo total, o reexame da matéria que deu causa aos embargos será integral, sendo parcial o desacordo, a impugnação se limita apenas ao que ficou decidido sem a unanimidade. Por este motivo dizemos que a divergência é que limita o efeito devolutivo do recurso, ou seja, os limites são estabelecidos pela matéria divergente, de modo que a matéria decidida de forma unânime fica pacificada e passa a inexistir interesse recursal autorizador dos embargos infringentes, restando outras espécies recursais. Nesta senda:

Na hipótese de divergência parcial, é preciso ressaltar que, com relação à matéria decidida com unanimidade, se eventualmente cabíveis os recursos extraordinário ou especial, estes deverão ser interpostos desde logo, sob pena de preclusão⁶⁴.

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. p. 924.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 166.

No mais, cabe ponderar ainda que a divergência registrada no julgamento deve ser favorável ao acusado, pois em caso contrário torna incabível os embargos infringentes. O professor Fernando da Costa Tourinho Filho⁶⁵ exemplifica dizendo que se a Turma ou Câmara der provimento para condenar o réu a dois anos de reclusão e o voto dissidente for pela exasperação da pena, não cabe a Defesa opor embargos.

4.5 Dos Efeitos dos Embargos Infringentes

A oposição dos embargos devolve ao órgão o que foi objeto de divergência, sendo assim, a devolução poderá ser total ou parcial. Envolve também, um juízo de retratação para aqueles juízes que já haviam participado da prolação da decisão embargada.

A lei não estabelece um efeito específico para os embargos infringentes, essa omissão advém do fato de que o efeito aplicável aos embargos devem ser os mesmos daquele recurso que os originou. Em outras palavras, se o recurso donde proveio tal embargo tenha efeito suspensivo, os embargos também o terão. Aponta Júlio Fabrini Mirabette⁶⁶ que *“tem-se entendido na doutrina que os embargos não têm efeito suspensivo, ou, pelo menos, que se limita este, ao objeto da divergência. Nesse sentido, já se decidiu, inclusive no STF”*.

Porém, o Supremo Tribunal Federal entende que no caso específico de se tratar da prisão do embargante, os embargos terão efeito suspensivo.

No entanto, foi lavrado o entendimento de que os embargos fundados em divergência parcial de votos, não impediriam a pena privativa de liberdade da parte unânime que assim decidiu, neste caso, em particular, não caberá o efeito suspensivo, inteligência da Súmula 354 do Supremo Tribunal Federal: *“Em caso de embargos infringentes parciais, é definitiva a parte da decisão embargada em que não houve divergência na votação”*.

⁶⁵TOURINHO FILHO, Renato da Costa. *Op. Cit.* p. 529.

⁶⁶MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 1995. p. 598.

Por derradeiro, insta salientar os pensamentos de Aury Lopes Júnior⁶⁷, pois segundo o autor, embora limitada a extensão do recurso quanto à questão dissidente, o que leva a vinculação da fundamentação à divergência, ele possui suas peculiaridades quanto aos efeitos. Segundo o professor, seu principal efeito é o devolutivo, onde a matéria impugnada é devolvida ao órgão jurisdicional e ainda que os mesmos magistrados integrem a câmara ou turma criminal, não atribui aos embargos o efeito regressivo. E com relação ao efeito suspensivo, os embargos infringentes têm o condão de interromper os prazos para os demais recursos cabíveis e, portanto, como até o trânsito em julgado vigora a presunção de inocência, se forem inexistentes os requisitos para manutenção cautelar do acusado o mesmo deverá ser posto em liberdade⁶⁸. Por fim, acrescenta o professor ser perfeitamente cabível a extensão subjetiva dos efeitos do recurso, nos termos do artigo 580 do Código de Processo Penal.

4.6 Dos Embargos No Supremo Tribunal Federal

Questiona-se o cabimento dos embargos no âmbito das ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal, isto porque a Lei nº 8.038/1990 que regula as ações penais de competência do foro especial, instituindo normas procedimentais, não prevê em nenhuma hipótese o citado recurso, considerando-o assim, inexistente⁶⁹.

A Suprema Corte, não tinha conhecimento sobre os embargos. A Carta Constitucional de 1969 previu em seu regimento interno o julgamento recursal.

O artigo 333 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal) estabeleceu o cabimento de embargos. Contudo, seu parágrafo único estabelecia 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*”. Assim, se deduz que se a competência for da Turma, basta um voto divergente para o cabimento dos embargos infringentes.

⁶⁷ LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 2014. p. 929-930.

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2015. p. 1.719.

⁶⁹ STRECK, Lênio. **Não Cabem Embargos no Supremo**. 2012. s/p.

O cenário de quatro votos divergentes ocorreria somente no Plenário, a menos que a votação fosse secreta, e assim, não seria possível saber quantos divergiram.

Hoje, os julgamentos devem ser públicos. Embora, o Pacto Fundamental de 1988 houvesse recepcionado o Regimento Interno, é certa que, não há um sentido significativo à exigência de um quórum qualificado apenas no julgamento das ações penais originárias, primeiro, porque é a regra é do *caput* do artigo 333 do Regimento Interno, e segundo, porque os embargos, além de ser recurso exclusivo da defesa, pressupõem que o réu ainda não foi condenado.

Guilherme de Souza Nucci afirma que para analisar os recursos, deve-se na mesma esfera, analisar dispositivos constitucionais e até mesmo regimentos internos. Leciona o autor que:

Na realidade, apurar, com precisão, a competência dos Tribunais demanda a análise da Constituição Federal, em primeiro plano, passando-se, em seguida, à Constituição Estadual, para, em terceiro plano, consultar-se a lei de organização judiciária estadual e os regimentos internos das cortes. Em matéria criminal, a Constituição Federal estabelece, com maior minúcia, a competência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Estaduais ou Regionais, quando cuida da prerrogativa de foro⁷⁰.

Sobre a constitucionalidade do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luis Roberto Barroso⁷¹ cita que:

A Constituição de 1988 não reproduziu a delegação normativa para que este Supremo Tribunal Federal disponha sobre matéria processual, submetida integralmente à competência legislativa da União⁹. Disso não decorre, porém, que tenha ocorrido a revogação imediata das antigas normas regimentais. Como é de conhecimento corrente, o Direito brasileiro não admite a inconstitucionalidade formal superveniente, devendo os atos jurídicos ser avaliados – quanto ao aspecto procedimental – segundo as exigências vigentes ao tempo da sua edição. Nesse sentido, é fora de dúvida que as previsões do Regimento consideram-se mantidas, desde que haja compatibilidade material com a nova Constituição e não venham a ser revogadas por ato posterior. A ocorrência ou não de revogação, no caso, será objeto de análise adiante.

É assente, portanto, que o Regimento Interno foi recepcionado, constituindo-se verdadeira ofensa à garantia do contraditório e da ampla defesa,

⁷⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2014. p. 1.329.

⁷¹ STF. **Voto Sobre o Cabimento dos Embargos Infringentes**. AP 470. Ministro Luis Roberto Barroso. J. 13.03.2014

dentro do devido processo legal, não admitir os embargos infringentes nas ações originárias.

5 AÇÕES PENAIS DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO

O foro por prerrogativa de função não está regulamentado apenas no âmbito infraconstitucional (apenas nos limites do Código de Processo Penal). Sua previsão é de ordem constitucional, tanto que a Carta Magna estabelece algumas competências especiais.

Em lição sobre o fundamento da existência desta competência especial, ensina Hely Lopes Meirelles⁷² que:

Os agentes políticos, dentro de sua área, são as autoridades supremas da Administração Pública. Possuem plena liberdade funcional e estão a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder

Esclarece ainda o autor⁷³ que essas prerrogativas visam a garantia do livre exercício do múnus político, destacando:

Realmente, a situação dos que governam e decidem é bem diversa da dos que simplesmente administram e executam encargos técnicos e profissionais, sem responsabilidade de decisão e opções políticas. Daí por que os agentes políticos precisam de ampla liberdade funcional e maior resguardo para o desempenho de suas funções. As prerrogativas que se concedem aos agentes políticos não são privilégios pessoais; são garantias necessárias ao pleno exercício de suas altas e complexas funções governamentais e decisórias. Sem essas prerrogativas funcionais os agentes políticos ficariam tolhidos na sua liberdade de opção e decisão, ante o temor de responsabilização pelos padrões comuns da culpa civil e do erro técnico a que ficam sujeitos os funcionários profissionalizados.⁷⁴

Por tais motivos se afirma que o foro especial por prerrogativa de função não fere o princípio do Juiz Natural, sendo providência adotada pelo legislador constituinte, possíveis dentro de sua opção político-legislativa.

O artigo 102 da Constituição Federal apresenta o rol de competências do Supremo Tribunal Federal, contendo o tema do foro por prerrogativa de função.

Conforme dispõe o artigo 84 do Código de Processo Penal, aquele que possuir o foro por prerrogativa de função, deverá ser julgado pelos tribunais

⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2002. p. 76.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Op. Cit.** 2002. p. 77.

superiores, reafirmando aquilo que estabelece a Constituição Federal. Por conseguinte, pode-se dizer que o foro por prerrogativa de função sempre se dará na instância máxima.

Uma segunda observação é que, quando se estabelece exclusivamente por lei orgânica ou Constituição Estadual, e o titular da prerrogativa pratica delito de competência do júri, esta derroga a competência por prerrogativa de função, prevalecendo sobre a mesma⁷⁵.

Por último, acontece a cessação da função do indivíduo que recebe a prerrogativa em uma instrução criminal, seja na fase jurisdicional ou na investigatória. Nesse ponto, se assenta a crítica que vigora nos tribunais superiores e a sua falta de fundamento.

Essa jurisdição especial juntamente com certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aquelas pessoas que ocupam determinados cargos, possam exercê-lo com autonomia e independência, acreditando que seus atos serão julgados de forma imparcial por um Tribunal.

Segundo o Ministro Victor Nunes Leal⁷⁶, o legislador presume que os Tribunais superiores tenham mais isenção para julgar as autoridades de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir a influenciado acusado, ou que atuem contra ele. A independência do Tribunal de maior categoria é uma garantia bilateral, ou seja, uma garantia contra e a favor do acusado.

Basicamente, a prerrogativa do foro disciplina a tranquilidade necessária ao exercício de certos cargos públicos, não faz sentido concordar que um Ministro do Estado, tome decisões, em razão do cargo que ocupa, decisões essas que podem ser contestados no foro.

Além do mais, a prerrogativa de foro é uma proteção ao cargo e não ao seu titular, essa proteção estaria afastada se deixasse o titular do cargo escolher o sistema diferenciado da prerrogativa. O que implicaria, no mínimo, a uma fraude na Constituição.

A título de fundamento, o foro por prerrogativa de função constitui um julgamento parcial e livre de forças externas, por exemplo, um desembargador do

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2014. p. 469.

⁷⁶ STF. Pleno. RCL nº 473. Ministro Relator Victor Nunes Leal. J. 06.06.62

tribunal de justiça, jamais poderia ser julgado por um juiz de primeiro grau, pois a influência do desembargador no meio jurídico, pode fazer com que juiz se submeta a questões antiéticas.

Por questões como estas, não se pode crer que este tipo de foro seria uma forma de “benefício” a quem exerce essa função, mas uma forma de estabelecer um julgamento mais justo por conta da função que aquele titular exerce no Estado brasileiro, evitando que ocorra algumas objeções quanto a hierarquia⁷⁷.

Sendo assim, a prerrogativa de função é adotada tendo em vista o interesse público do regular exercício do cargo. Partindo desse ponto, o titular do direito não poderá renunciar ao foro para ser julgado por órgão inferior. É uma condição objetiva, fazendo com que o julgamento dos delitos sejam imputados ao ocupante do cargo que recebe foro especial.

⁷⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2015. P. 337.

6 PERCURSO HISTÓRICO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com sua origem histórica registrada no direito português, os embargos infringentes destinavam-se à revisão de determinadas decisões não unânimes proferidas pelos Tribunais. No Brasil, seu ingresso é datado da fase colonial, nas Ordenações do Reino⁷⁸.

Entretanto, processualistas de renome se levantaram para questionar a previsão dessa espécie recursal, como bem cita Araken de Assis⁷⁹: “*nenhum outro recurso, dentre os generosamente previstos no art. 496, do CPC, viu-se tão ameaçado por opiniões tão desfavoráveis*”.

Alfredo Busaid, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 diz que:

A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação do recurso; por que pela mesma razão se deve admitir um segundo recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça a ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão⁸⁰.

Mas conforme abordado em capítulo anterior, o Código de Processo Penal previa o cabimento dos embargos infringentes apenas em segundo grau de jurisdição, pressupondo o julgamento não unânime em sede de apelação ou recurso em sentido estrito.

A Suprema Corte, não tinha conhecimento sobre os embargos. Somente após a Emenda Constitucional nº 7 de 1977, que alterou a Carta Constitucional de 1969 é que foi conferido ao Supremo Tribunal Federal a atribuição normativa primária para dispor, em seu regimento interno, sobre *o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária e recursal*⁸¹ (grifo nosso).

⁷⁸ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. 4. 2000. *Passim*.

⁷⁹ ASSIS, Araken de. **Embargos Infringentes**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, Vol. 9. 2005. p. 13-58.

⁸⁰ SENADO FEDERAL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973**.

⁸¹ BRASIL. Constituição de 1969, Art. 119, § 3º: “O regimento interno estabelecerá: **a)** a competência do plenário, além dos casos previstos nas alíneas a, b, c, d, i, j, l e o do item I dêste artigo, que lhe são privativos; **b)** a composição e a competência das turmas; **c)** o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal; **d)** a

A matéria foi tratada com base em delegação legislativa outorgada pelo legislador constituinte, inexistindo invalidade formal qualquer.

E assim, possuímos o artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabeleceu o cabimento de embargos. Contudo, seu parágrafo único estabelecia 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*”. Vejamos a integral redação do dispositivo:

Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma:
I – que julgar procedente a ação penal;
II – que julgar improcedente a revisão criminal;
III – que julgar a ação rescisória;
IV – que julgar a representação de inconstitucionalidade;
V – que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado.
Parágrafo único: O cabimento dos embargos, em decisão do Plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.

Embora a nova Ordem Constitucional de 1988 não tenha reproduzido a delegação normativa ao Supremo Tribunal Federal e criado a competência privativa da União em matéria processual, como é cediço, não se admite no Ordenamento Jurídico Brasileiro a inconstitucionalidade formal superveniente⁸².

Assim, se deduz que se a competência for da Turma, basta um voto divergente para o cabimento dos embargos infringentes.

O cenário de quatro votos divergentes ocorreria somente no Plenário, a menos que a votação fosse secreta, e assim, não seria possível saber quantos divergiram.

Hoje, os julgamentos devem ser públicos. Embora, o Pacto Fundamental de 1988 houvesse recepcionado o Regimento Interno, é certa que, não há um sentido significativo à exigência de um quórum qualificado apenas no julgamento das ações penais originárias, primeiro, porque é a regra é do *caput* do artigo 333 do Regimento Interno, e segundo, porque os embargos, além de ser recurso exclusivo da defesa, pressupõe que o réu ainda não foi condenado.

competência de seu Presidente para conceder o *exequatur* a cargas rogatórias e para homologar sentenças estrangeiras” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977)

⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2014. p. 1.021.

Guilherme de Souza Nucci afirma que para analisar os recursos, deve-se na mesma esfera, analisar dispositivos constitucionais e até mesmo regimentos internos. Leciona o autor que:

“...na realidade, apurar, com precisão, a competência dos Tribunais demanda a análise da Constituição Federal, em primeiro plano, passando-se, em seguida, à Constituição Estadual, para, em terceiro plano, consultar-se a lei de organização judiciária estadual e os regimentos internos das cortes. Em matéria criminal, a Constituição Federal estabelece, com maior minúcia, a competência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Estaduais ou Regionais, quando cuida da prerrogativa de foro⁸³”.

O Regimento Interno de 1988 ganhou força de lei ordinária, após ser recepcionado. Assim, passou a ser considerada uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa no devido processo constitucional, caso os embargos infringentes fossem inadmitidos.

Desde os tempos mais primitivos que se tem direito de recorrer da sentença. O direito romano teve três grandes fases. O primeiro que era chamado de ações da lei, o vencido não tinha como atacar a sentença que continha nulidade. O segundo período, chamado de formulário, surgiu um meio para que a nulidade da sentença fosse reconhecida fora do juízo em que a sentença fosse executada.

Desde os tempos da República que os romanos instruíam um apelo das sentenças que eram proferidas pelos magistrados, em comícios. Já existia, em um período anterior um recurso para os reais, mas que na verdade, se concentrava em um poder nas mãos do soberano.

A apelação foi o instrumento que deu ensejo ao recursos, em Roma, havia renovação do juízo, com produção de provas, sendo emitida outra sentença que substituísse a anterior.

Passou a existir em Roma a *intercessio*, que consistia na cassação, por um magistrado, de uma decisão proferida por outro magistrado. Não tinha aspectos e processos jurídicos, porém, no decorrer do regime imperial, o imperador passou a assumir uma postura menos discordante desse instituto e regulá-lo como um remédio jurídico permanente. Em matéria penal, podia interpor recurso em qualquer processo.

A origem dos embargos infringentes é encontrada no direito português, e destina-se à revisão de decisões não unânimes, proferidas pelos Tribunais. No

⁸³NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 2014. p. 1.329.

Direito Brasileiro, esse mecanismo é encontrado desde a fase colonial, nas Ordenações do Reino⁸⁴.

O Decreto-Lei nº 1.608/1939 (Código de Processo Civil) foi o primeiro dispositivo legal a cuidar dos embargos infringentes, prevendo seu cabimento como instrumento impugnativo de decisões não unânimes proferidas em segunda instância. Referido diploma legislativo dizia em seu artigo 833, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570/46:

“Além dos casos em que os permitem os arts. 783, § 2º, e 839, admitir-se-ão embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, em ação rescisória e em mandado de segurança. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência”⁸⁵.

Já àquela época era discutida sua manutenção no ordenamento, conforme esboça o trecho do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973:

A existência de um voto vencido não basta por si só para justificar a criação de recurso de embargos sempre que no novo julgamento subsistir um voto vencido; por esse modo poderia arrastar-se a verificação do acerto da sentença por largo tempo, vindo o ideal de justiça ser sacrificado pelo desejo de aperfeiçoar a decisão. Segunda as leis de organização judiciária, os embargos serão julgados ou pelos mesmos desembargadores que compõe a Câmara da apelação, ou por novos juízes, que comporão um grupo de câmaras. No primeiro caso, o recurso de embargos é um *bis in idem*; um segundo tempo do recurso de apelação, e então inútil, por representar simples reexame ou reiteração de julgamento. No segundo caso, entrando no julgamento juízes novos, deveriam admitir-se novos embargos, enquanto houvesse um ou mais votos vencidos, se a existência de voto vencido é a razão que determinou a criação desse recurso. Essas razões demonstram, portanto, que nada mais justifica a conservação do recurso de embargos.”⁸⁶

Entretanto, foi mantida a espécie recursal, sendo previsto no artigo 530 do Código de Processo Civil de 1973.

Contudo, já no Código de Processo Civil de 2015, os embargos infringentes foram extintos, sendo previsto em seu lugar a chamada técnica de julgamento não unânime⁸⁷, que levantou várias discussões doutrinárias a respeito do tema, as quais não serão objeto do presente estudo.

⁸⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume 4. 2004. *Passim*.

⁸⁵ Decreto-Lei nº 1.608/39, artigo 833, com redação dada pelo Decreto-Lei nº 8.570/46.

⁸⁶ BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1964, p. 36. *In*.

GENERALI, Fernanda. Aspectos Polêmicos dos Embargos Infringentes. 2007. p. 04.

⁸⁷ DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Vol III**. 2016. p. 76

Ainda, os embargos foram extintos no direito português (seu país de origem), em razão do entendimento de que seu uso implica em *bis in idem*, por ser reiteração da apelação.

Portanto, os embargos possuem caráter singular e corriqueiro, bem como, inúmeras formas de utilização. Em suma, recursos possuem o significado informal de “caminho para voltar” e no universo jurídico, se caracteriza como meio de defesa, que via de regra, é prevista para possibilitar o reexame de uma decisão proferida em primeiro grau.

Partindo do ponto de vista histórico, desde os primeiros tempos da República são previstos reexames de decisões, como os recursos para a autoridade dos reis, os quais embora constituíssem uma tentativa de concentrar poder nas mãos de uma só pessoa, permitia a reanálise de uma decisão anterior.

A partir daí, de antemão, surge um direito maior de justiça, ao passo que ampliar a reanálise e a unanimidade garante em grau maior a certeza jurídica.

O recurso denominado embargos infringentes discute direitos estritamente materiais. Em sentido ecumênico, funda-se em um possível julgamento injusto contra o réu.

Em sentido abrangente e buscando encetar este tipo específico de recurso, é conveniente que partimos de um pressuposto, qual seja: entender com exatidão a origem do instituto.

Embargos são recursos que surgiram na época da monarquia, a título costumeiro, a primeira autoridade soberana a regulamentá-los era conhecida como Ordenações Afonsinas⁸⁸ tal fonte instituiu os embargos, sendo que ‘embargos modificativos’ abriram – iniciaram – esse diploma legal, cujo propósito era modificar sentenças já proferidas.

Seu percurso histórico no Brasil é encontrado no Decreto n. 5.618, de 2 de maio de 1874⁸⁹, que regulamentava as relações do Império, asseverou que só se admitiam embargos em causas cíveis. Nos processos penais, eram admitidos somente em crimes de responsabilidade da competência privativa e originária das Relações do Império. Em regra, embargos eram exclusivos de decisões de segundo grau e utilizados apenas uma vez.

⁸⁸ **ORDENAÇÕES AFONSINAS**. Livro Terceiro. Título CVIII e CVIV. 1.446.

⁸⁹ BRASIL. Decreto nº 5.618/1874. **Regulamenta as Relações do Império**.

O Decreto n. 3.084/1898⁹⁰ que regulamentava a Justiça Federal, previa embargos oponíveis as sentenças definitivas dadas pelo Supremo Tribunal Federal em grau de revisão ou em grau de apelação, entretanto, somente em sentenças onde houvesse contradição entre as autoridades ou em casos de omissão de algum ponto que deveria conter condenação. Em seguida, com a promulgação do Decreto nº 938/1902, caberiam embargos infringentes das decisões finais do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro texto legal que tratou dos embargos infringentes no Brasil, foi a disposição provisória de 29 de novembro de 1832. A título de conhecimento, essa lei tratou da organização judiciária e da parte processual do Código Criminal de 1830, alterando assim, todas as formas de procedimento penal herdadas dos portugueses que eram vigentes à época. Seu principal desígnio era a intervenção nos juízos de primeira instância.

Destarte, cabe ponderar a fim de se demonstrar a evolução processual do instituto que, embora, sendo originário do direito processual civil, os embargos infringentes foram inseridos no Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 1.720-B/1952, que deu nova redação ao artigo 609, cujo parágrafo único disciplina os embargos em matéria penal. Vejamos o dispositivo:

Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária.

Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu admite-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência⁹¹.

Assim, segundo o Código de Processo Penal, os embargos infringentes são oponíveis contra a decisão desfavorável ao réu, sempre que a decisão proferida pelo Tribunal não for unânime.

⁹⁰ BRASIL. Decreto nº 3.084/1898; **Regulamentava a Justiça Federal.**

⁹¹ BRASIL. **Código de Processo Penal** – Decreto-Lei nº 3.689/1941. Artigo 609, § único.

⁹² STF; Pleno; Ação Penal nº 470; Ministro Celso Bandeira de Mello sobre a admissibilidade dos embargos infringentes; j. 18.09.2013

7 O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (PROCESSO DO MENSALÃO) E O CABIMENTO DOS EMBARGOS INFRINGENTES NAS AÇÕES ORIGINÁRIAS

A ação penal nº 470 do Supremo Tribunal Federal é conhecida como o “Caso do Mensalão”, trata de um suposto esquema de corrupção e desvio de recursos públicos que aconteceu em 2005. Nos envolvidos na ação, havia acusados com foro por prerrogativa de função.

As defesas de alguns réus não concordaram com o fato do processo ter se iniciado no Supremo Tribunal Federal, instância máxima do Poder Judiciário, o que impossibilitou aos acusados o recurso em instância superior, ferindo-se de tal modo o duplo grau de jurisdição, havendo a supressão de uma garantia fundamental de todos os indivíduos.

O argumento principal que a defesa utilizou foi a falta de competência constitucional do Supremo Tribunal Federal para julgar essas ações de quem não possuía foro por prerrogativa de função, e conseqüentemente estariam violando o direito ao juiz natural e ao duplo grau de jurisdição. Ocorre nestes casos que àqueles que houvessem cometido o crime em concurso com os detentores do foro especial estariam sendo privilegiados por possuir a garantia do duplo grau, enquanto os originariamente processados perante o Supremo Tribunal Federal não o teriam.

Houve uma discussão sobre a possibilidade dos embargos na Ação Penal 470 através de Agravo Regimental. O fundamento era de que a Lei nº 8.038/1990 ao regular as ações originárias não mencionou no dispositivo a possibilidade de haver oposição aos embargos infringentes.

O recurso é exclusivo da defesa e visa a segurança jurídica, conferindo ao provimento jurisdicional certeza de sua pretensão. Em razão de o acórdão ter gerado discussões controversas, o legislador quis que o tribunal pudesse analisá-lo novamente, a fim de confirmá-lo ou de reestudar a decisão.

Como bem esclarecido em capítulo anterior, a vigência do artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal foi convalidada pela nova ordem constitucional, sendo fato incontroverso. Os três poderes da União se manifestaram nesse sentido, a ponto de ter tido proposta de revogação do dispositivo rejeitada no Congresso Nacional. É incontroverso que os elementos reforçam a aplicação do artigo de que se trata.

A Corte decidiu por maioria de 6x5 que são cabíveis os embargos infringentes nas ações penais originárias sob competência do Supremo Tribunal Federal, com voto de minerva do ministro Celso Bandeira de Mello⁹². Vejamos a ementa de sua decisão:

Resta a invocada analogia da hipótese com as tratadas no Regimento Interno do Supremo Tribunal, **que tanto admite os embargos infringentes** contra a decisão que ‘julgar improcedente a revisão criminal’ (art. 333, III), **quanto contra aquela que** ‘julgar procedente a ação penal’ (art. 333, I), **atualmente, desde que haja quatro votos vencidos (a ressalva** do art. 333, parág. único, **quando** se tratasse de julgamento criminal em sessão secreta, que se contentava em que a decisão não fosse unânime, **perdeu** o objeto **com o art. 93, IX**, da Constituição). **É curioso observar** que a admissão dos embargos infringentes **contra** decisão das ações penais originárias, **no âmbito** do Supremo Tribunal, **desde** o art. 194 do velho Regimento (CORDEIRO DE MELLO, ‘ob. cit.’, II/832): **muito anterior**, portanto, a que a EC 16/65 e as cartas constitucionais subsequentes outorgassem hierarquia de lei ordinária ao regimento interno da Corte. **Não obstante, estou em que a singularidade** se explica pela posição do Supremo Tribunal na cúpula da estrutura judiciária nacional. **Em contraposição**, os acórdãos em processos originários do Supremo Tribunal **são de única e última instância**, não apenas no acerto dos fatos, mas também na aplicação do direito: donde, a construção da abertura da via dos embargos, **ao menos para as hipóteses em que o número de votos divergentes no seio da Corte emprestar probabilidade significativa de êxito** à súplica do reexame do caso. **Nessa linha de raciocínio, é significativo que a L. 8.038/90** -que cuidou das ações penais originárias, de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça - **não haja cogitado de transportar**, para o último, a regra de admissibilidade dos embargos infringentes, que, **por força** do regimento, **aqui subsiste**. **Finalmente**, impressiona o argumento das informações de que, **suposto** ser o caso de aplicação analógica, **a exigência de quatro votos vencidos**, de grande peso no conjunto de onze juízes do STF, **não poderia** ser transplantada para o âmbito de colegiados muito mais numerosos (...) sem que antes se procedesse à devida adequação da proporcionalidade.” (grifei).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. **E, ao fazê-lo, peço vênia para dar provimento** ao presente “agravo regimental”, **admitindo, em consequência, a possibilidade** de utilização, *no caso*, dos embargos infringentes (RISTF, art. 333, inciso I), **desde que existentes, pelo menos, 04 (quatro) votos vencidos, acompanhando, por tal razão, a divergência** iniciada pelo eminente Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO.

Importante destacar ainda o voto vencedor de Luis Roberto Barroso, onde ele traz toda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o cabimento dos embargos infringentes nas ações originárias e a vigência do artigo 333 do Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal. Apontou o Excelentíssimo Ministro as seguintes transcrições:

⁹² STF; Pleno; Ação Penal nº 470; Ministro Celso Bandeira de Mello sobre a admissibilidade dos embargos infringentes; j. 18.09.2013

Plenário, Ementa: “Não se mostram admissíveis embargos infringentes contra decisão *majoritária* do Plenário (ou das Turmas) do Supremo Tribunal Federal, se tal decisão vem a ser proferida em causa *diversa* daquelas enunciadas, *taxativamente*, em rol exaustivo (*numerus clausus*), no art. 333 do RISTF. Precedentes”.⁹³

Plenário, Ementa: “(...) 1. 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. Tratando-se de embargos declaratórios, não se admite modificação meritória do entendimento já exarado. Precedentes. (...)”.⁹⁴

Plenário, Ementa: “Embargos infringentes em ação direta de inconstitucionalidade. **Tendo sido objeto de recepção os dispositivos do Regimento Interno da Corte que, por causa da competência legislativa que lhe fora outorgada pela ordem constitucional anterior, dizem respeito a matéria processual, eles persistem com força de lei até serem revogados por legislação posterior, o que não ocorreu pela circunstância de a Lei nº 8.038, de 28.05.90, que não é exauriente sobre as ações e os recursos no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, ter sido omissa quanto a tais embargos.** – Nesse sentido, aliás, já decidi esta corte, quando de julgamento dos embargos infringentes na ação direta de inconstitucionalidade nº 29. (...) Embargos infringentes conhecidos, mas rejeitados”.⁹⁵

Primeira Turma, Ementa: “EMBARGOS INFRINGENTES NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO QUESTIONADA QUE NÃO SE INSERE NAS HIPÓTESES DO ART. 333 DO RISTF. REITERADA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. I – Entre as hipóteses de cabimento deste recurso, elencadas no art. 333 do Regimento Interno do STF, não se inserem as decisões não unânimes proferidas pelo Plenário ou pela Turma, que negam provimento a agravos regimentais interpostos em agravos de instrumento criminais. II – Embargos infringentes não conhecidos”.⁹⁶

Primeira Turma, Ementa: “Embargos infringentes criminais: descabimento da decisão condenatória não unânime, nos processos de competência originária dos Tribunais, salvo no Supremo Tribunal Federal: inexistência, no ordenamento brasileiro, da garantia do duplo grau de jurisdição, a qual, de resto, não satisfaria a admissão de embargos infringentes, que não são recurso ordinário: consequente legitimação da

⁹³ STF, AgRg no AgRg no HC 88.247, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 17.09.2009. No mesmo sentido, com redação quase idêntica, v. Embargos no RE 172.004 AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 27.05.1998.

⁹⁴ STF, ED na AO 1.046/RR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, decisão de 28.11.2007.

⁹⁵ STF, EI na ADI 171/MG, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, decisão de 14.09.1994. Observação: “Por votação unânime o Tribunal conheceu dos embargos e por maioria de votos os rejeitou, vencidos os Ministros Francisco Rezek, Marco Aurélio, Carlos Velloso, Celso de Mello e Néri da Silveira, que acolhiam os embargos”.

⁹⁶ STF, EI no AgRg no AI 828.792/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, decisão unânime de 28.06.2011.

imediate prisão do condenado, independentemente de sua necessidade cautelar e não obstante o cabimento em tese de recursos extraordinários, sem efeito suspensivo (ressalva no ponto do relator).⁹⁷

Voto do Ministro Celso de Mello: “É certo que as decisões plenárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal **podem** ser questionadas em sede recursal, mediante interposição de **embargos infringentes** para o próprio Plenário desta Corte **na forma e nos casos** previstos no art. 333 do RISTF”.⁹⁸

Decisão monocrática do Min. Celso de Mello: “Impende acentuar, bem por isso, que a norma inscrita no art. 333, parágrafo único, do RISTF, hoje com força e eficácia de lei, foi editada, validamente, pelo Supremo Tribunal Federal, com apoio em regra de competência que permitia, a esta Corte, formular, em sede meramente regimental, preceitos de conteúdo materialmente legislativo, como aqueles que disciplinavam o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal. Daí o fato, juridicamente relevante, de que a cláusula regimental em questão foi recebida pelo vigente ordenamento constitucional, achando-se, por isso mesmo, impregnada da plena validade e eficácia jurídicas, o que legitima, em consequência, a sua invocação”.⁹⁹

Decisão monocrática do Ministro Luiz Fux: “A respeito do tema, está previsto no parágrafo único do artigo 609 do Código de Processo Penal o cabimento de embargos infringentes e de nulidade, quando em apelação ou recurso em sentido estrito, por maioria, for proferido julgamento desfavorável ao acusado. No âmbito do Supremo, a matéria está disciplinada no regimento interno, admitindo-se os infringentes como via adequada para impugnar decisão condenatória, não unânime, proferida em ação penal, quando julgada improcedente a revisão criminal e, ainda, em face do desprovimento de recurso criminal ordinário (RISTF, artigo 333, incisos I a III e V). In casu, a interposição de embargos infringentes contra acórdão mediante o qual, por maioria, a Turma indeferiu o pedido de habeas corpus não encontra amparo legal, devendo ser observado o princípio da taxatividade dos recursos”.¹⁰⁰

Decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia: “Neste Supremo Tribunal Federal, cabem embargos infringentes, tão-somente, contra decisão não unânime do Plenário ou da Turma a) que julgar procedente a ação penal; b) que julgar improcedente a revisão criminal; c) que julgar a ação rescisória; d) que julgar a representação de inconstitucionalidade; e e) que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado de crime político (art. 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal); a dizer, não há previsão legal ou regimental que autorize a oposição de

⁹⁷ STF, HC 71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, decisão unânime de 28.06.1994.

⁹⁸ EI no RE 172.004 AgRg, Rel. Min. Celso de Mello, decisão de 27.05.1998, trecho do voto proferido pelo relator.

⁹⁹ STF, EI na AP 409/CE, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática de 16.04.2012.

¹⁰⁰ STF, ED no HC 104.075/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática de 29.02.2012.

embargos infringentes contra decisão majoritária, desfavorável ao paciente, em habeas corpus ou em recurso ordinário em habeas corpus”¹⁰¹

Decisão monocrática do Ministro Cezar Peluso: “Não cabem embargos infringentes em agravo regimental em habeas corpus. Em matéria penal, segundo o que dispõe o art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal, os embargos infringentes são oponíveis contra decisão majoritária de Tribunais de 2º grau que julgue apelação ou recurso em sentido estrito. “No âmbito desta Corte, o art. 333 do Regimento Interno estabelece, taxativamente, as hipóteses em que é cabível esse recurso, e entre elas não está a relativa a agravo regimental em habeas corpus”.¹⁰²

Voto do Ministro Sepúlveda Pertence: “Nessa linha de raciocínio, é significativo que a L. 8.038/90 – que cuidou das ações penais originárias, de competência do Supremo e do Superior Tribunal de Justiça – não haja cogitado de transportar para o último a regra de admissibilidade dos embargos infringentes, que, por força do regimento, aqui subsiste. Igualmente não o fez a L. 8.658/93, que estendeu aos Tribunais de Justiça e aos Regionais Federais as regras da L. 8.038/90, relativas ao procedimento da ação penal originária”.¹⁰³

Voto do Ministro Carlos Velloso: “No Supremo Tribunal Federal, os embargos infringentes são cabíveis de decisão não unânime do Plenário ou da Turma, que julgar procedente a ação penal, que julgar improcedente a revisão criminal, que julgar a ação rescisória, a ação direta de inconstitucionalidade e a decisão que, em recurso criminal ordinário, for desfavorável ao acusado, certo que, tratando-se de decisão do Plenário, o cabimento dos embargos infringentes depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes (RI/STF, art. 333 e seu parág. único)”.¹⁰⁴

Pautado nesses elementos, o Excelentíssimo Ministro entendeu que não foi constatada revogação do artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, de modo que a Lei nº 8.039/90 não haveria efetuado uma revogação de sistema, superando o mencionado artigo 333.

Conclui em seu voto que:

- (i) Os embargos infringentes foram introduzidos no RI/STF em um período em que a Corte dispunha de competência para legislar sobre os processos de sua competência. A posterior supressão dessa atribuição não tornou inválidas as disposições assim editadas, tendo em vista que a regularidade formal se verifica segundo as exigências vigentes ao tempo em que o ato é produzido;
- (ii) Os embargos infringentes no STF não são incompatíveis com qualquer disposição material da Constituição, de modo que foram recepcionados;

¹⁰¹ STF, EI no RHC 97.473/DF, Rel.^a Min.^a Ministra Cármen Lúcia, decisão monocrática de 16.04.2010.

¹⁰² STF, AgR no HC 83.678/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, decisão monocrática de 23.02.2006.

¹⁰³ STF, HC 71.124/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, decisão unânime de 28.06.1994, trecho do voto proferido pelo relator.

¹⁰⁴ STF, AgR nos EI no HC 72.664/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, decisão unânime de 19.02.1998, trecho do voto proferido pelo relator.

- (iii) O dispositivo que trata dos embargos infringentes não foi objeto de revogação expressa quer por norma regimental, quer por lei posterior. Ao contrário, tem sido reproduzido em todas as versões divulgadas do RI/STF até o tempo presente. Nessa mesma linha, as 48 Emendas Regimentais editadas até o momento deixaram esse ponto intocado, a despeito de já haverem alterado disposições referentes à ação penal originária;
- (iv) Projeto de Lei enviado pelo Executivo ao Congresso Nacional, em 1998, com o fim específico de suprimir os embargos infringentes, foi expressamente rejeitado pela Casa Legislativa. Vale dizer: os Poderes Executivo e Legislativo manifestaram o entendimento de que os embargos infringentes não foram revogados pela Lei nº 8.038/90. Em deliberação específica e realizada sem a pressão de um processo rumoroso, o Congresso Nacional tomou a decisão expressa de manter esse recurso na ordem jurídica. Assim, embora estejam formalmente previstos em disposição regimental, a decisão política de manter os embargos infringentes contra decisões do Plenário desta Corte foi tomada pelo Poder Legislativo;
- (v) No âmbito do Supremo Tribunal Federal, todas as manifestações produzidas após a Constituição de 1988 apontam no mesmo sentido. De fato, há diversos pronunciamentos do Tribunal – posteriores à edição da Lei nº 8.038/90 – que trataram do tema dos embargos infringentes, afirmando o seu cabimento nas hipóteses taxativas previstas no art. 333 do RI/STF. Essa constatação confronta o Tribunal com a sua própria jurisprudência e com os riscos de alterá-la justamente no curso de uma ação penal tão significativa;
- (vi) As circunstâncias descritas nos itens anteriores, somadas ao fato de que se trata de recurso colocado à disposição do em processo criminal, desaconselham que se cogite de revogação implícita. Menos ainda no âmbito de um processo criminal *in concreto*. Nesse contexto, o que se presume é a manutenção do dispositivo expressamente constante do Regimento e dos pronunciamentos judiciais existentes. O ônus argumentativo de demonstrar a ocorrência de revogação exige argumentos inequívocos;
- (vii) Dentre os argumentos suscitados para defender que a revogação teria ocorrido, o mais significativo é o de que a Lei nº 8.038/90 teria efetuado uma *revogação de sistema*, substituindo a disciplina da ação penal originária constante do RI/STF;
- (viii) No entanto, mesmo esse argumento não se revela conclusivo por um conjunto de razões: (a) a própria Lei nº 8.038/90 ressaltou expressamente a aplicação do RI/STF após a fase de instrução; (b) o próprio STF não tem considerado que as disposições regimentais pertinentes teriam sido revogadas em bloco, tendo inclusive editado emenda regimental recente sobre a matéria (Emenda Regimental nº 44/2011); (c) a Lei nº 8.038/90 não tratou de forma inteiramente exaustiva dos recursos cabíveis nos processos de competência originária da Corte; (d) a Lei nº 9.868/99, ao introduzir novo regramento para a ação direta de inconstitucionalidade, explicitou a irrecorribilidade das decisões produzidas nessa via, ressaltados os embargos de declaração. Vale dizer: o afastamento dos embargos infringentes, nesse caso, decorreu de disposição expressa.

Já o Excelentíssimo Ministro Gilmar Mendes, votou pelo não cabimento dos embargos infringentes nas ações originárias no Supremo Tribunal Federal. Seu entendimento foi que:

De fato, os embargos infringentes opostos contra decisão do Plenário destinam-se a reabrir novo julgamento de questão já deliberada e adequadamente julgada, somente com fundamento na existência de divergência. Isso significa reanalisar provas, fundamentos e disposições legais pelo mesmo órgão julgador, num mero e insustentável juízo de reconsideração. Como bem destacou o eminente Min. Mário Guimarães, só há duas possibilidades: ou trabalhoso e custoso ato do já sobrecarregado Plenário é inútil ou, pior, trabalha-se com a odiosa manipulação da composição do Tribunal. Esse modelo pretendido sequer corresponde à eficácia instrumental atribuída ao duplo grau de jurisdição, que “há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que proferiu a decisão e de hierarquia superior na ordem judiciária” (RHC 79.785, rel. Min. Sepúlveda Pertence). Dessa forma, a admissão dos embargos infringentes significaria reiniciar, sem legítima motivação e amparo normativo, todas as complexas questões debatidas por exaustivos seis meses por esta Corte, sob amplo escrutínio das partes, do Ministério Público, da imprensa e de toda a sociedade. Por fim, impende registrar que a Corte examinou mais de 26 embargos de declaração e, ao reconhecer eventual vício, conferiu efeitos infringentes (v.g. embargos de declaração de Breno Fischberg). Portanto, não obstante as limitações próprias dos embargos de declaração, restou assegurada aos réus a possibilidade de reexame de eventuais erros. O inconformismo, natural e ínsito ao espírito humano, certamente, não se resignará com eventual decisão nos embargos infringentes, que profeticamente serão sucedidos por novos embargos de declaração, que serão sucedidos por revisão criminal e, possivelmente, novos embargos infringentes (art. 333, II, RISTF). Ora, nossa Constituição não reconhece direito a uma contestação continuada e permanente. Desse modo, nego provimento ao agravo regimental.¹⁰⁵

Em suma, Gilmar Mendes apresentou em seu voto que a norma presente no artigo 333 do Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal era válida sob a nova ótica constitucional, entretanto, com o advento da Lei nº 8.038/1990, ficou revogado o antigo dispositivo por disposição expressa do artigo 2º, § 1º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), uma vez que a lei nova disciplinou completamente as ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal, e por esgotar completamente o tema no âmbito legal, inclusive quanto aos recursos pertinentes, revogou a lei anterior por incompatibilidade de matéria.

Continua o Ministro que a Lei nº 8.038/1990 alterou dispositivos do Código de Processo Civil que versavam sobre embargos infringentes, mantendo-os apenas com relação à revisão criminal. Tal fato demonstra a ciência do legislador em não o fazê-lo para os casos de ação penal originária.

Gilmar Mendes ainda enfrentou o debate com relação ao duplo grau de jurisdição, esclarecendo que no âmbito do Pacto de São José da Costa Rica, há

¹⁰⁵ STF; AP 470 - Agravo Regimental 26º/MG; Ministro Gilmar Mendes; j. 12.09.2013

uma distinção hierárquica entre os órgãos *a quo* e *ad quem*, o que se diferente substancialmente dos embargos que retornam para o mesmo órgão analisar.

Apresenta críticas a esse argumento dizendo que a própria Constituição foi além das garantias do duplo grau ao prever que os detentores do foro por prerrogativa de função fossem julgados pela mais alta Corte do país, evitando ao máximo possíveis influências indevidas e direcionamentos.

Por derradeiro menciona que há conseqüências em possibilitar o cabimento dos Embargos Infringentes que leva à completa inviabilidade sistemática do retrógrado instrumento processual. Esboçou o alerta do Ministro Mário Guimarães sobre o tema:

Os embargos infringentes são remédio na verdade útil apenas quando opostos contra decisão de turmas, para ensejar a manifestação do Tribunal. Contra julgamento do Tribunal Pleno, constituem mero paliativo.

As leis processuais são leis de ordem prática. Devem ser compreendidas sob critério prático, observados os princípios de segurança, brevidade e economia. Duvidoso é que os embargos opostos perante o mesmo corpo julgante possam oferecer melhor garantia de julgamento aos que litigam. A observação dos fatos tem mostrado que a tendência é conservarem os juízes a própria opinião, o que é lógico, desde que novas provas, nesta altura da causa, já não se podem trazer. Surgem às vezes decisões diferentes, quando se ausenta ou é substituído algum dos julgadores. Tais ocorrências, que chegam até a modificar a jurisprudência, constituem, porém, a álea dos tribunais. Não é contingente que mereça considerado na aplicação da lei.

Sr. Presidente, por princípio, sou contra o número excessivo de recursos e, muito principalmente, contrário à admissibilidade de embargos nos julgamentos proferidos em tribunal pleno. Do abuso no emprego dos recursos decorre a procrastinação das lides e a insegurança das sentenças, tão prejudiciais à garantia do direito, favorecendo a denegação da justiça¹⁰⁶

Concluiu por derradeiro que a pretensão dos embargos infringentes serem análogos à eficácia instrumental do duplo grau de jurisdição é falaciosa, constituindo tão meramente a reabertura, sem legítima motivação e amparo normativo de todas as questões complexas debatidas por exaustivos meses afincos.

Entretanto, eis o voto vencido, vezes que a Corte entendeu pela admissão dos embargos infringentes.

¹⁰⁶ MS-EI 1.637, Rel. Min. Mário Guimarães, Pleno, julgado em 19.9.1952.

8 CORRENTES ANTAGONISTAS SOBRE O CABIMENTO DOS EMBARGOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Segundo Hélio Tornaghi: “a tendência, hoje em dia, é para a abolição desse recurso”¹⁰⁷. O argumento é de que o recurso é pouco conhecido nas legislações estrangeiras e que para ele, essa decisão justa, em grau de embargos, pode ser substituída por uma decisão errônea, bem como, quanto maior a quantidade de recurso mais demorada é a justiça.

É certo que, os tribunais, de maneira geral, buscam definir suas sentenças em decisões unânimes, justamente para que o recurso não seja acionado e também que a decisão poderá não ser a mais adequada aos próprios interesses visto que, via de regra, será mantida a decisão embargada. Normalmente, a divergência é em respeito à matéria e sendo assim, esta já foi examinada, quer seja em instância inicial, quer seja em grau superior.

Outro fato que causa discordância quanto aos Embargos Infringentes, é o fato de que não há razão para interpor tal recurso quando o julgamento acontece no STF. Veja-se os fundamentos articulados pelo Ministro Joaquim Barbosa em decisão proferida para negar provimento aos embargos infringentes interpostos por Delúbio Soares:

(i) o fato de o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal ter sido recepcionado como lei ordinária não dá a ele característica de eternidade nem impede que ele seja alterado pela própria Corte, como de fato já o foi, existindo 48 emendas regimentais;

(ii) a Lei nº 8.038/90, ao instituir normas procedimentais para a ação penal originária perante o STJ e o STF, teve como consequência a revogação global das normas regimentais que cuidavam da matéria no âmbito da Corte;

(iii) além disso, ao dispor sobre os processos de competência originária, a Lei nº 8.038/90 especificou quais os recursos cabíveis, não tendo previsto o cabimento de embargos infringentes em ação penal originária. Logo, eles são incabíveis;

(iv) a razão de ser dos embargos infringentes é propiciar o reexame das decisões proferidas pelos órgãos fracionários dos Tribunais, por composição diversa e ampliada,. No caso em apreciação,

porém, a questão seria submetida ao mesmo órgão: o Plenário do STF;

(v) há precedente do próprio STF, relatado pelo Ministro Celso de Mello, considerando descabidos embargos infringentes em ação penal originária perante Tribunal Regional Federal.

De acordo com esse precedente, embargos infringentes somente são cabíveis em caso de apelação ou de recurso em sentido estrito, nos termos do art. 609, parágrafo único do Código de Processo Penal;

¹⁰⁷TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**, volume II. 1995. p. 366

(vi) o Superior Tribunal de Justiça não admite embargos infringentes em ação penal originária de sua competência. De modo que o STF seria a única Corte brasileira a admitir esse recurso contra decisões proferidas pelo seu órgão jurisdicional pleno;

(vii) por fim, não haveria que se falar na ausência de duplo grau de jurisdição como justificativa informal ou implícita para admissão dos embargos infringentes, porque ser julgado na mais alta Corte é “privilegiadíssima prerrogativa” dos acusados;

(viii) na ADI 1.289, o Plenário desta Corte entendeu que o art. 333, IV, do Regimento Interno, que previa o cabimento de embargos infringentes representações de inconstitucionalidade, foi revogado pela Lei nº 9.868/99, que disciplinou as ações diretas de inconstitucionalidade e “não previu a hipótese de embargos infringentes”. Raciocínio análogo se aplicaria em relação à Lei nº 8.038/90 e à ação penal originária¹⁰⁸.

Por fim, o Ministro relator reconheceu que admitir os embargos infringentes seria a mesma coisa que eternizar a ação penal.

Já nos outros tribunais, os embargos são decididos por outros julgadores além daqueles que participaram da primeira decisão. Em contrapartida, outros processualistas, defendem que, justamente por não haver recurso para as ações originárias no Pretório Excelso é que seria primordial o cabimento dos Embargos Infringentes.

O Supremo Tribunal Federal seria a única Corte brasileira a admitir esse recurso contra as decisões proferidas em seu próprio órgão jurisdicional, visto que Superior Tribunal de Justiça não o admite.

Sendo assim, o princípio do duplo grau de jurisdição não poderia ser usado como uma justificativa para a admissão dos Embargos Infringentes, pois o fato do julgamento ir para a mais alta Corte é prerrogativa dos acusados. Por conseguinte, a apreciação desse recurso pelo Supremo não significa um reexame do julgado.

Diante disso, por questão de rapidez em uma decisão definitiva, pela economia e celeridade processual, o direito processual penal e o direito penal devem conciliar a pretensão punitiva do Estado com o devido processo legal.

8.1 Acórdãos Impugnáveis

¹⁰⁸ STF; Ação Penal 470. Decisão Referente às Petições nº 17.695/2013; 18.249/2016, e 20.981/2013.

Para alguns doutrinadores, os embargos infringentes não são cabíveis em revisão, em habeas corpus, em pedido de desaforamento, em agravo regimental, agravo em execução, entre outros. Já para outros, se opostos ao julgamento de apelação, recurso em sentido estrito, e agravo em execução, poderão ser utilizados.

A doutrina majoritária é no sentido de que como os Embargos Infringentes encontram-se no Código de Processo Penal, dentro do capítulo que trata especificamente dos recursos em sentido estrito e de apelação, por essa razão caberiam somente aos recursos em sentido estrito e de apelação.

Contra as decisões das Turmas recursais não caberiam embargos, visto que não são considerados Tribunais. Também não caberão nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, por falta de previsão legal.

9 CONCLUSÕES

No desenvolvimento desse trabalho, foram analisadas várias distinções a fim de se demonstrar do que se trata os embargos infringentes, seu cabimento no STF e no que tange a ação 470.

Restou demonstrado com base no princípio do duplo grau de jurisdição a possível reanálise das decisões proferidas em primeiro grau, assegurando assim, maior segurança jurídica e conferindo maior grau de justiça as decisões proferidas pelo judiciário.

No julgamento da ação penal 470, o Ministro Celso Bandeira de Mello, admitiu a possibilidade de utilização dos embargos infringentes no caso das ações originárias na Corte máxima (foro por prerrogativa de função), fazendo uso de analogia ao caso da revisão criminal e sob o argumento de que o instrumento era necessário para reafirmar a garantia fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Sendo assim, o princípio do duplo grau de jurisdição se fundamenta em dois pilares, quais sejam: a falibilidade humana e o inconformismo das pessoas. Ademais, confere maior proteção ao acusado que se vê prestes a ter o direito fundamental a liberdade restringido. Eis o fundamento do duplo grau.

Nas ações penais originárias no Supremo Tribunal Federal, inexistente previsão legal do cabimento dos embargos infringentes. Nesta senda, para que haja sua aplicabilidade, é necessário antes fazer uso de analogia e aplicar no que tange à revisão criminal, vezes que a lei 8.038/90 que regula as ações de foro por prerrogativa de função, prevê os embargos infringentes para revisão criminal, mas não o faz para as ações penais.

Como é cediço, o princípio da taxatividade no que diz respeito aos recursos, informa que a regra é a irrecorribilidade das decisões judiciais, havendo meio de impugnação somente quando o legislador expressamente o prever, visto que, a organização do sistema recursal fica a cargo de opção política do legislador. À vista disso, fazer uso de analogia no sistema recursal é burlar a taxatividade e superar a vontade do legislador. Tal fato constitui em grau máximo afronta à tripartição dos poderes, vezes que o judiciário se avoca de competência legislativa criando e inovando na ordem jurídica.

Incumbe destacar ainda, que a garantia do devido processo legal assegura ao indivíduo que o Estado não lhe privará de seus bens ou de sua liberdade sem observar as regras do Direito como um todo. Isso significa que ao ser processado as garantias fundamentais do indivíduo não se limitam às descritas na lei.

Contudo, a garantia do devido processo legal, deve ser ponderada com os demais princípios do direito, não sendo lícito utilizar-se dela para criar aquilo que não existe.

O embargo infringente, segundo o Código de Processo Penal, é um instrumento processual ao reexame de uma decisão não unânime no Tribunal em sede de apelação e recurso em sentido estrito, seu objeto principal é o desacordo parcial onde resta a divergência em relação ao mérito da lide.

No Supremo Tribunal Federal a previsão dos embargos infringentes se encontra no artigo 333 de seu Regimento Interno, sendo cabível quando existirem divergências de quatro votos.

A questão em debate fica pautada na ausência de previsão acolhimento dos embargos infringentes, nos casos de ação penal do foro por prerrogativa de função.

Questiona-se nessa hipótese, a mácula ao princípio do duplo grau de jurisdição, onde os detentores do foro especial são julgados originariamente na Corte Máxima e não há prognose de um recurso voltado à rediscussão da matéria de fato e de direito, caso em que aos detentores do foro especial mitigado o acesso ao duplo grau.

Como dito acima no caso da Ação Penal 470, em sede de agravo regimental acolheu-se que o embargo infringente faz vezes de mecanismo voltado ao reexame da matéria, assegurando-se àqueles do foro especial a garantia do duplo grau, reafirmando a ordem constitucional e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendemos não ser este o entendimento em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro. Veja bem, a própria constituição estabeleceu o foro especial por prerrogativa de função; bem como, a mesma constituição não especificou mecanismo de impugnação no caso das ações originárias no Supremo.

Referida omissão não deve ser suprida por mecanismo interpretativo. Em verdade, os embargos infringentes não possuem o condão de fazer as vezes do

duplo grau de jurisdição, não é o instrumento adequado tanto por sua própria natureza quanto pela ordem do legislador constituinte.

Ocorre que, o duplo grau está implícito na constituição, logo, o legislador constituinte tem ciência de sua utilidade e seu efeito, donde não havendo previsão é nítido que sua opção legislativa foi por não adotar o duplo grau nos casos do foro por prerrogativa de função.

O próprio foro especial já constitui uma prerrogativa na qual seus detentores se vêem processados pela Corte Máxima para não ficarem sujeitos aos jogos de poderes. De mais a mais, a ação contra eles proposta passa pela análise de onze magistrados, os quais ocupam o grau máximo da hierarquia judiciária, sendo além de pré-requisito, lógico o seu notório saber jurídico, não havendo em que se falar da falibilidade e inconformismo humano.

Conclui-se que, embora nessa ação específica o STF tenha entendido pela aplicação dos embargos, esperamos não ver esta abominação jurídica nos processos que visam ressuscitar a integridade e moralidade da política. O que se vê com o entendimento que reconhece a possibilidade de aplicação dos embargos é uma afronta ao ordenamento jurídico e amplia desnecessariamente o tempo do processo, postergando assim muito mais do que a decisão propriamente dita, contribuindo para o aumento da sensação de impunidade pela população.

Não se pretende aqui suprimir uma garantia fundamental dos políticos, tanto que mesmo que não haja a aplicação dos embargos infringentes, eles não se vêem prejudicados por conta de que em sede de revisão criminal, após seu julgamento haverá possibilidade de se interpor os embargos infringentes e corrigir eventuais erros.

Entrementes, afirma-se que não há de ser reconhecida a possibilidade de interposição dos embargos infringentes nas ações originárias do foro por prerrogativa de função. Em verdade, não há exercício do duplo grau de jurisdição, tão somente ocorre um novo julgamento de questão já deliberada e decidida, demonstrando ser, portanto, um mecanismo puramente protelatório voltado a contribuir com a impunidade generalizada nos órgãos do poder.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. 166 p. ISBN 978-85-7827-163-3

ASSIS, Araken de. **Embargos Infringentes**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.) *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos*, Vol. 9. 2005.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume II (livro eletrônico): parte geral: institutos fundamentais**. São Paulo :Editora Revista dos Tribunais. 2015.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. 215 p. ISBN 9788539201136.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 292 p. (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 3) ISBN 85-203-1906-8

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 292 p. (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v. 3) ISBN 85-203-1906-8

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In: A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Editora Renovar. 2. Ed. Rio de Janeiro. 2006.

BRASIL. **Anteprojeto de código de processo civil**. Rio de Janeiro: [s.n.], 1964, p. 36. In: GENERALI, Fernanda. Aspectos Polêmicos dos Embargos Infringentes. 2007. p. 04.

_____. **Código de Processo Penal – Decreto-Lei nº 3.689/1941**.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto nº 3.084/1898; **Regulamentava a Justiça Federal**.

_____. Decreto nº 5.618/1874. **Regulamenta as Relações do Império.**

_____. Decreto nº 3.084/1898; **Regulamentava a Justiça Federal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=46091>>. Acesso em 18 de março de 2017

_____. Decreto nº 3.084/1898; **Regulamentava a Justiça Federal.** Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=46091>>. Acesso em 18 de março de 2017

_____. Decreto nº 5.618/1874. **Regulamenta as Relações do Império.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM5618.htm>. Acesso em 18 de março de 2017

_____. Decreto nº 5.618/1874. **Regulamenta as Relações do Império.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM5618.htm>. Acesso em 18 de março de 2017

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 21ª Ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2014. ISBN 978-85-02-21588-7

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** 1. ed. São Paulo: Classic Book, 2000. 4 v. ISBN 85-87657-05-4

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo.** 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. 389 p. ISBN 978-85-392-0000-7

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos.** 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador, BA: JusPODIVM, 2012. 1005 p. ISBN 8577614603

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: volume 1 : introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.** 18. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. 799 p. ISBN 978-85-442-0660-7.

_____. **Curso de direito processual civil: volume 3 : meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais.** 13. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. 719 p. ISBN 978-85-442-0700-0.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. 400 p. ISBN 978-85-7420-841-1

_____. Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil: volume 4.** 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 918 p. ISBN 85-7420-482-X.

GENERALI, Fernanda. **Aspectos Polêmicos dos Embargos Infringentes.** 2007. Periódico da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 30p. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2007_1/fernanda_generali.pdf>. Acesso em 15 de março de 2017

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 349 p. (Coleção ciências criminais ; 4) ISBN 978-85-203-3421-8

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação (revisão criminal, habeas corpus, mandado de segurança contra ato jurisdicional penal), reclamação aos tribunais.** 6. ed., rev, atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 366 p. ISBN 978-85-203-3426-3.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal.** Niterói, RJ: Impetus, 2013. 1881 p. ISBN 9788576266815

_____. **Manual de processo penal.** 3ª Ed. Salvador, BA. Editora JusPODIVM. 2013. 1881 p. ISBN 102576266815

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 2014. 11ª Edição. Editora Saraiva. ISBN 978-85-02-22158-1

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado: parte incontroversa da demanda.** 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 254 p. ISBN 85-203-2304-9.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. 5 v. ISBN 85-86833-19-3

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 790 p. ISBN 85-7420-331-9

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. 1616 p. ISBN 978-85-02-09033-0

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. Referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial: atualizado até julho de 1995; São Paulo: Atlas, 1995. 3. ed.

_____. **Código de processo penal interpretado**: referências doutrinárias, indicações legais, resenha jurisprudencial. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 1902 p. ISBN 978-85-224-3643-9.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Interesse e legitimação para recorrer no processo penal brasileiro**: análise doutrinária e jurisprudencial de suas estruturas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 424 p. (Coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida ISBN 85-203-1949-1

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**: lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 : vol. V (arts.476 a 565). 12. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 785 p. ISBN 85-309-2062-7.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 415 p. ISBN 978-85-203-3441-6

_____. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed., atual., ampl. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 698 p. (Recursos no processo civil ; 1) ISBN 85-203-2561-0

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. 654 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 13. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1421 p. ISBN 978-85-309-5387-4.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2012. 1462 p. ISBN 978-85-224-6901-7

_____. **Curso de processo penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 956 p. ISBN 978-85-375-10643

ORDENAÇÕES AFONSINAS. **Livro Terceiro. Título CVIII e CVIV**. 1.446. Portugal. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/l3ind.htm>>. Acesso em 13 de março de 2017

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 499 p. ISBN 978-85-7348-551-6

SENADO FEDERAL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1973**.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 924 p. ISBN 85-7420-702-0

STRECK, Lênio. **Não Cabem Embargos no Supremo**. 13 de agosto de 2012. In: CONJUR. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-ago-13/mensalao-nao-cabem-embargos-infringentes-supremo>> Acesso em 25 de setembro de 2017.

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011. 1256 p. ISBN 978-85-7761-378-X

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: volume 1 : teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, Gen, 2011. 796 p. ISBN 978-85-309-3010-3.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de processo penal**. 9. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2 ISBN 85-02-00463-2

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 4. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. 749 p. ISBN 978-85-02-10495-2.