



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Embargos infringentes penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz do ordenamento brasileiro e da convenção americana sobre direitos humanos

MARCELLE PESSANHA MARTINS ESCOBAR

Rio de Janeiro
2016

MARCELLE PESSANHA MARTINS ESCOBAR

Embargos infringentes penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz do ordenamento brasileiro e da convenção americana sobre direitos humanos

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.
Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2016

EMBARGOS INFRINGENTES PENAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO ORDENAMENTO BRASILEIRO E DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Marcelle Pessanha Martins Escobar

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada. Pós-graduanda pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: É cada vez mais frequente o debate sobre o futuro dos embargos de divergência no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Tendo em vista toda polêmica que se desenvolveu sobre seu manejo no julgamento da AP 470 – processo do mensalão – e o advento do Código de Processo Civil de 2015, mostra-se importante uma reflexão sobre a continuidade da sua utilização em sede cível e penal. O pacto de San José da Costa Rica determina a concretização da ampla defesa e do contraditório para o réu em última instância, sendo mais um ponto a ser analisado no presente trabalho sob a conjuntura dos embargos infringentes.

Palavras-chave: Processo Penal. Recurso. STF. Inconstitucionalidade.

Sumário: Introdução. 1. A inconstitucionalidade dos embargos infringentes por falta de previsão legal na CRFB 2. Os embargos infringentes como técnica de julgamento 3. Constitucionalização dos embargos infringentes por controle de convencionalidade. É possível? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos embargos infringentes penal no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Pacta San Jose da Costa Rica. Procura-se demonstrar se o Supremo Tribunal Federal tem o poder de aceitar os embargos infringentes, como fez na ADP 470, frente a ausência de previsão expressa deste recurso na Constituição Federal de 1988 para utilização contra as decisões finais do Supremo.

Para tanto, serão abordadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir se é constitucional ou inconstitucional o manejo dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal à luz do ordenamento jurídico brasileiro e do Pacta de San José da Costa Rica e as consequências que o seu manejo traz perante toda a sociedade.

A discussão surge porque a Constituição Federal de 1988 não estabeleceu os embargos infringentes como sendo a modalidade de recurso a ser utilizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal como fez quanto aos outros tribunais previstos na carta magna. Tal omissão favorece as seguintes reflexões: É possível o regimento interno do Supremo Tribunal Federal prever recurso cabível contra as decisões proferidas por esse órgão quando a Constituição Federal de 1988 assim não o fez? É possível se admitir os embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em matéria penal, não como um recurso em si, mas sim como uma mera técnica de julgamento que vise produzir maior segurança as suas decisões? Tendo em vista que o Pacta de San José da Costa Rica determina que todo culpado deverá ter direito a ampla defesa e contraditória quanto a sua condenação, o Supremo Tribunal Federal poderia se utilizar dessa premissa para “constitucionalizar” os embargos infringentes previsto no seu regimento interno?

O tema é controvertido tanto na doutrina quanto na jurisprudência e merece atenção, uma vez que sempre repercute em toda a sociedade, sendo certo que eventuais ações posteriores que tramitem no Supremo Tribunal Federal poderão ou não utilizar do recurso em comento. Trata-se de mais uma modalidade de defesa do réu que poderá a vir ser manejada em âmbito de última instância, ou em primeira e única, instância, podendo inclusive rever o acórdão final proferido pelos ministros da suprema corte.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar discutir se a utilização dos embargos infringentes pelo Supremo Tribunal Federal violou diretamente a Constituição Federal de 1988 ou se foi mais uma inovação jurídica que vise resguardar direitos fundamentais, tais

como a ampla defesa, contraditório e liberdade individual, diante do atual panorama da sociedade. Pretende-se, ainda, analisar se admitir um direito não estático, porém modificado pelo Judiciário, pode ou não acarretar insegurança jurídica.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a que a Constituição Federal de 1988 delimitou todo o aspecto recursal dos tribunais, não fazendo previsão do manejo dos embargos infringentes no âmbito do da corte suprema, razão pela qual há quem defenda pela inconstitucionalidade do Regimento Interno do STF, que assim o fez.

Segue-se estabelecendo, no segundo capítulo, um esclarecimento de que com o advento do novo Código de Processo Civil, este diploma não trata mais dos embargos infringentes como um recurso em si, mas sim como uma mera técnica de julgamento, razão pela qual há quem defenda que a CRFB/88 deve ser interpretada à luz do atual panorama social atual para permitir a sua interposição em face das decisões não unânimes no Supremo Tribunal Federal.

O terceiro capítulo destina-se a revelar a função precípua do Supremo Tribunal Federal como a última instância que ainda pode resguardar e implementar os direitos fundamentais dos indivíduos, razão pela qual suas decisões devem estar calcadas no máximo de efetividade e segurança possível. Busca-se, ainda, demonstrar com base nessa premissa a necessidade cada vez maior de adoção dos ditames consagrados pelo Pacta de San Jose de Costa Rica, o qual visa mundializar os direitos humanos.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza explicativa do instituto e as posições defendidas na doutrina, legislação e jurisprudência.

1. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS EMBARGOS INFRINGENTES NO ÂMBITO DA CORTE SUPREMA POR FALTA DE PREVISÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Guilherme Souza Nucci¹, o recurso de embargos infringentes é uma espécie de recurso privativo da defesa, que visa garantir ao réu uma nova análise da matéria que foi decidida pela corte julgadora. Será cabível quando a matéria foi decidida sem que tenha havido unanimidade de votos e desde que pelo menos um destes votos tenha sido favorável ao réu.

Os embargos infringentes têm como objetivo ampliar o quórum de julgamento, ou seja, obrigar que a câmara toda seja chamada para decidir a matéria. Isso porque, no Tribunal de Justiça, por exemplo, a câmara é composta por cinco desembargadores, participando da votação dos recursos apenas três deles. Com a interposição dos embargos infringentes os outros dois desembargadores, que não participaram do julgamento a princípio, serão chamados a decidir novamente a questão.

Trata-se, portanto, de uma segunda chance conferida ao réu, em homenagem ao princípio da ampla defesa e do contraditório, uma vez que trata de interesse individual ligado a um dos bens jurídicos mais importantes do sistema jurídico brasileiro, qual seja, a liberdade do indivíduo. Por esse motivo, foi atribuído ao réu a possibilidade de manejar o referido recurso.

Conceituado o instituto, passa-se a analisar a sua constitucionalidade quando manejado contra as decisões não unânimes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Antes de tudo, importante trazer a ressalva feita por Guilherme Souza Nucci² de que quando houver ação penal de competência originária, em caso de recebimento da denúncia, ainda que tenha sido decidida por maioria dos votos, não cabe embargos infringentes por ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal.

Veja-se que nessa primeira hipótese, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se preocupam em obedecer estritamente ao princípio da legalidade. Assim, não se conhece da

¹ NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 1018.

² *Ibidem*, p. 1020.

interposição dos embargos infringentes em sede de grau superior de jurisdição quando a competência for originária em face da decisão de recebimento da denúncia.

A controvérsia surge quando os embargos infringentes são interpostos contra a decisão final prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação originária. Isso porque, o artigo 333 do Regimento Interno deste Tribunal admite a interposição nesta situação³: “Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal [...]”.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à União a competência para legislar sobre direito processual no seu artigo 22, I⁴. Diante dessa atribuição, ficou incompatível e não recepcionada perante a Constituição quaisquer normas processuais ou procedimentais que não tivessem origem e respeitassem o rigoroso processo legislativo perante o Congresso Nacional.

Além disso, o Poder Constituinte de 1988, ao inaugurar o ordenamento jurídico com uma nova carta magna, esgotou expressamente no artigo 102 da Constituição da República⁵, de forma detalhada, toda a competência recursal cabível no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo notório a ausência de previsão legal dos embargos infringentes para tanto.

Evidente que o legislador não possuía qualquer interesse em admitir os embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no entanto, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a corte suprema continuou admitindo a autorização contida no seu regimento interno. Inclusive, isso pode ser verificado no julgamento da famosa Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida por “mensalão”, em que por seis votos a cinco (6 x 5), afirmou a validade do artigo 333 do Regimento Interno.

³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vertexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 06 out. 2015.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

⁵ *Ibidem*.

A corte máxima adotou a tese da recepção e não da revogação do artigo 333 do seu Regimento Interno, sob o fundamento de que não haveria incompatibilidade entre as normas, uma vez que a Constituição Federal de 1988 tem como escopo garantir ao máximo possível os direitos fundamentais dos indivíduos. Entendeu o Supremo que admitir os embargos infringentes acaba por fomentar não só o duplo grau de jurisdição, como também o direito à ampla defesa e ao contraditório⁶.

No que tange à adoção do segundo grau de jurisdição em sede de ações originárias perante o Supremo Tribunal Federal, Eugênio Pacelli⁷ leciona que a Assembleia Constituinte de 1988 detinha liberdade para definir as competências originárias do órgão supremo, bem como as dos demais tribunais, sendo certo, portanto, que foi o próprio constituinte quem decidiu por afastar a aplicação do duplo grau de jurisdição nestas decisões.

Além disso, o duplo grau de jurisdição, significa a reanálise da matéria por um órgão distinto daquele que prolatou a decisão. Partindo dessa premissa, verifica-se inviável, mais uma vez, e sob mais um fundamento, a possibilidade de interposição dos embargos infringentes, uma vez que as decisões das turmas do Supremo Tribunal Federal, no máximo, poderiam ser reanalisadas pelo plenário – que continua dentro do mesmo órgão. Tal impossibilidade se dá em razão da falta de previsão expressa de competência para outro órgão fazer as vezes de um setor recursal⁸.

Portanto, não faz sentido submeter a um novo julgamento a matéria que foi anteriormente decidida por meio de amplo exercício de ampla defesa e contraditório, precedido de logos debates e prolatado por um grande número de ministros. Não foi essa a intenção do constituinte de 1988 que ao deixar de prever os embargos infringentes no âmbito do Supremo

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AP 470: Ministro Celso de Mello vota pelo cabimento de embargos infringentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=248624>>. Acesso em: 06 de out. 2015.

⁷ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 986.

⁸ *Ibidem*, p. 987.

Tribunal, de certa forma, estava tratando de forma igual os desiguais na medida de sua desigualdade.

Aquele que recebe uma sentença condenatória proferida por um juiz singular ou por três desembargadores, terá direito à revisão do processo, no entanto, aquele que recebe uma decisão condenatória prolatada pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, após longos anos de debate sobre o tema e estando a corte composta por vários ministros de notável saber jurídico, não deve ser admitida a revisão do seu julgamento, sob pena de violação ao princípio da igualdade e de acarretar insegurança jurídica em toda coletividade.

Ademais, é contraditório não admitir o manejo dos embargos infringentes quando do recebimento da denúncia em sede de competência originária, sob a justificativa de que não há previsão legal que admita, e no momento da prolação da decisão final, que também não possui previsão legal de interposição do referido recurso, admitir.

Por fim, Eugênio Pacelli⁹ ainda traz uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal na APF 470 defendendo que a análise do processo penal deve ser sistemática, levando em consideração todas as regras ditadas em sede jurídica, sob pena de trazer contradições legais. Por isso, admitir o duplo grau de jurisdição em face da decisão final da suprema corte no julgamento da ADPF 470 - em sede de ação originária - levaria a obrigatoriedade de anular todas as condenações ali proferidas quando a decisão fosse não unânime, desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

2. OS EMBARGOS INFRINGETES NÃO COMO RECURSO, MAS COMO TÉCNICA DE JULGAMENTO NO CPC DE 2015

⁹ Ibidem, p. 988.

A Constituição da República de 1988 consagrou, dentre outros princípios basilares, o princípio da ampla defesa e do contraditório. Ambos visam a proteção do indivíduo que está utilizando da máquina jurisdicional, ao estabelecer que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, ou seja, sem que se manifeste e seja devidamente ouvido.¹⁰

O princípio do contraditório apresenta-se como um dos institutos basilares do ordenamento jurídico constitucional democrático, haja vista que permite que a parte se defenda de eventual acusação contra si. Veja que a conotação do instituto não é de apenas consagrar um direito fundamental, mas também uma garantia de que em momentos oportunos possa se valer de provas que demonstrem a veracidade dos fatos.¹¹

No contraditório, portanto, há uma troca. Ou seja, o juiz deve admitir que as partes dialoguem sempre que oportuno, trazendo suas provas, pontos de vista acerca dos fatos e fatos que acreditam ser verdadeiros para que tudo isso seja devidamente ouvido pela outra parte e pelo juiz. O contraditório se perfaz na possibilidade de ouvir e ser ouvido no âmbito processual.

12

A ampla defesa, por sua vez, guarda relação com o princípio do contraditório, e o antecede de certa forma, pois visa a estabelecer o direito e garantir a possibilidade de se defender. Como o próprio nome já diz, a parte terá amplo direito a trazer aos autos toda matéria de defesa que achar suficiente e necessária na busca da procedência do seu pedido, independente da esfera jurisdicional que esteja litigando: cível ou criminal.¹³

¹⁰ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 400.

¹¹ *Ibidem*, p. 401.

¹² *Ibidem*.

¹³ AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2015, p. 374.

Norberto Avena leciona que:

A ampla defesa não significa que esteja o acusado sempre imune às consequências processuais decorrentes da ausência injustificada a audiências, do descumprimento de prazos, da desobediência de formas processuais ou do desatendimento de notificações judiciais.”, ou seja, existe um momento certo para ser praticada a ampla defesa, e o procurador da parte acusada deverá respeitá-lo tendo como consequência da não observância à comprovação da revelia, por exemplo, na não observância do prazo para apresentação de contestação.¹⁴

A ampla defesa é um direito e não uma subversão de valores. A parte não pode valer da sua própria torpeza para utilizar-se do instituto como forma de burlar eventuais obrigações que devem ser atendidas no processo. Em razão da pureza que a ampla defesa traz consigo, qual seja, a de simplesmente possibilitar o julgamento justo perante as partes, é que o Supremo Tribunal Federal adotou a possibilidade de manejo dos embargos infringentes em sede de julgamento de ação originária.¹⁵

Para a Corte Suprema, permitir, ainda que em uma última vez, que a parte se defenda e seja ouvida não fere a Constituição Federal. Com espeque no princípio da Unidade da Carta Magna, deve o julgador interpretá-la considerando a sua unicidade, de modo que eventuais antinomias aparentes devem ser resolvidas com base na ponderação de interesses.¹⁶

Admitir a ampla defesa e o contraditório nesses casos, segundo o Supremo Tribunal Federal, é sopesar de um lado a omissão meramente procedimental do constituinte originário e o dever relevante, máximo e contínuo de concretizar sempre e em todos os casos os direitos e garantias fundamentais. Aceitar os embargos infringentes é, portanto, oferecer a parte um julgamento soberanamente justo.¹⁷

A presente discussão pode ter seu fim no sentido proposto, dando espaço a um novo panorama sobre o tema. É que a discussão surgiu em razão da omissão constitucional dos

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ BRANCO, op. cit., p. 401.

¹⁶ PACELLI, op. cit., p. 986.

¹⁷ Ibidem.

embargos infringentes no rol dos recursos possíveis perante o Supremo Tribunal Federal, porém, o Código de Processo Civil de 2015 revoga os embargos infringentes do ordenamento.¹⁸

O que passa a ter com o advento do novo Código de Processo Civil, desde o projeto substitutivo da Câmara de Deputados¹⁹, é uma nova técnica de julgamento que passou a ser denominada de “suspensão de julgamento de acórdão não unânimes”. Tal técnica deve ser realizada de ofício pelo julgador, sob pena de nulidade absoluta do julgamento.

O deputado Paulo Teixeira assim prelecionou por meio de relatório apresentado no momento da votação da técnica no âmbito de sua casa:

Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, a serem convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.²⁰

A técnica mencionada foi devidamente acolhida e sancionada no bojo do novo Código de Processo Civil em seu artigo 942, pois determinou que quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, veja:

Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores. § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado. § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento. § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em: I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno; II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento: I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;

¹⁸ REVISTA DINÂMICA JURÍDICA. *Embargos Infringentes de Ofício: Leitura do Art. 942 do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistadinamicajuridica.com.br/?p=997>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

¹⁹ DOS DEPUTADOS, CÂMARA. Projeto de lei 8.048/10. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=332450>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

²⁰ *Ibidem*.

II - da remessa necessária; III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.²¹

Conforme pode extrair do artigo supracitado a nova técnica de julgamento somente pode ser manejada contra decisão não unânime proferida em sede de ação rescisória e agravo de instrumento. Trata-se de um rol expressamente previsto que ainda não ensejou discussões sobre a sua amplitude, ou seja, se seria taxativo ou ampliativo. Certo é que o referido dispositivo veda a sua utilização no âmbito do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas; do julgamento da remessa necessária e – mais importante – da decisão não unânime proferida pelos tribunais em plenário ou pela corte especial.²²

Tal previsão dilapida mais uma vez, sob o aspecto formal, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal admitir os embargos infringentes nas ações originárias por ele julgadas, seja porque o referido recurso deixa de existir no ordenamento jurídico com o advento do Código de Processo Civil de 2015, seja porque a técnica de julgamento que sucedeu os embargos infringentes não admite que seja utilizada em face de decisão não unânime proferida pelos tribunais em plenário ou pela corte especial.²³

Essa última impossibilidade se dá porque o regimento interno do Supremo Tribunal Federal atribui no seu artigo 5º, X a competência do plenário para julgamento das ações originárias. Logo, eventual decisão não unânime proferida nesta ação estaria restrita a fazer coisa julgada no seu próprio acórdão diante da vedação expressa de aplicação da técnica de julgamento previsto no Código de Processo Civil de 2015.²⁴

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

²² REVISTA DINÂMICA JURÍDICA. op. cit.

²³ JUS NAVIGANDI. *Embargos Infringentes em sede de ação penal originário no âmbito do STF*. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/32963/embargos-infringentes-em-sede-de-acao-penal-originario-no-ambito-do-stf>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

²⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

Embora a intenção da Corte Suprema tenha sido a de dar concretude aos direitos e garantias fundamentais, mormente a ampla defesa e o contraditório, está notório que o legislador não aceita que para tanto a Corte se valha do manejo dos embargos infringentes como forma de reanalisar o julgamento proferido em sede de ação originária. Logo, diante da atual divergência entre o regimento interno do Supremo Tribunal Federal e da Constituição da República de 1988 aliada ao Código de Processo Civil de 2015, aquele passa a não mais poder ser aplicado na parte que trata do manejo dos embargos infringentes.²⁵

3. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS EMBARGOS INFRINGENTES POR CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. É POSSÍVEL?

O Pacta de San José da Costa Rica possui previsão da ampla defesa e ao contraditório por meio do direito ao recurso destinado a juiz ou a Tribunal Superior, nos termos do artigo 8º, item 2, alínea “h”; artigo 7º, item 6, veja:

Artigo 8º - Garantias judiciais: 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal: 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.²⁶

Com base nessa premissa começa-se a pensar se não seria possível manter e até mesmo admitir a aplicação dos embargos infringentes no âmbito do Supremo Tribunal Federal a título

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BRASIL. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 març. 2016.

de concretização dos princípios consubstanciados no Pacta San José da Costa Rica, ainda que o Código de Processo Civil de 2015 tenha revogado os embargos infringentes.²⁷

Esse raciocínio, a princípio é possível porque o Pacta San José da Costa Rica foi internalizado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro e mais tarde, em julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, recebeu o status de norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal, porém hierarquicamente superior a toda a legislação infraconstitucional, como é o Código de Processo Civil.²⁸

Segundo Paulo Bonavides, a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe para a interpretação do ordenamento jurídico a chamada “teoria material da Constituição”, na qual ficou estabelecido que a essência do texto constitucional não está apenas prevista literalmente numa lei ou norma, mas na vontade do titular do Poder Constituinte, que é o povo. Com base nesse raciocínio, é possível reconhecer que existam normas constitucionais propriamente ditas, ou seja, que tratam de direitos fundamentais, fora do texto formal da Constitucional. É admitido, portanto, que tratados internacionais tratem de princípios e garantias fundamentais, como no caso do Pacta San José da Costa Rica.²⁹

Essa questão teve a oportunidade de ser discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários de nº 466.343³⁰ e 349.703³¹, nos quais a corte aproveitou para rever sua jurisprudência acerca dos efeitos que os tratados internacionais sobre direitos humanos operam dentro do sistema brasileiro. Para a Corte, a aplicação do artigo 5º, §3º da

²⁷ DIAS, Fábio Coelho. *Princípios constitucionais à luz do Direito Processual Penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8453&revi..>.

Acesso em: 15 de març. 2016.

²⁸ Ibidem.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 176.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 15 de març. 2016.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf>. Acesso em: 15 de març. 2016.

Constituição Federal a um tratado internacional de direitos humanos confere a ele status de norma supralegal e a principal consequência disso é a não possibilidade de lei infraconstitucional poder ir contra os seus ditames.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.³²

Sendo uma norma supralegal, eventual regulamentação em lei infraconstitucional de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não pode contrariar as previsões trazidas pelo tratado internacional sobre direitos humanos internalizado. Tem-se que o Código de Processo Civil de 2015 até poderia revogar os embargos infringentes, ao passo que permita também o manejo de recurso contra as decisões proferidas em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, bem como contra a decisão proferida por esta Corte em sede de ação originária.³³

Com base numa interpretação extensiva do que foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal nos recursos extraordinários de nº 466.434 e 349.703, poderia chegar à conclusão de que a revogação dos embargos infringentes não deixou de ter aplicabilidade, mas a ela aplicou-se um efeito paralisante já que era o único recurso possível de ser utilizado em contra as decisões proferidas pela Suprema Corte.³⁴

Do mesmo modo, o artigo 333 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, “Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal [...]”, estaria concretizando direitos trazidos pelo Pacta de San José da Costa Rica ao permitir expressamente a impetração dos embargos infringentes

³² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 març. 2016.

³³ DIAS, op. cit.

³⁴ Ibidem.

contra as decisões proferidas em sede de última instância ou em casos de ações originárias no âmbito do Supremo Tribunal Federal.³⁵

Entretanto, embora o raciocínio até aqui depreendido tenha sido no sentido de que seria possível a aplicação dos embargos em sede recursal sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos, vulgo Pacta San José da Costa Rica, surge um problema: A revogação dos embargos infringentes trazida pelo Código de Processo Civil acarreta na ausência de regulamentação no ordenamento jurídico.³⁶

Embora o regimento interno do Supremo Tribunal Federal admita sua aplicação, foi silente quanto a sua regulamentação, a qual estava a cargo do Código de Processo Civil de 73. Também, não se admitiria tal regulamentação pelo Regimento Interno, pois esbarraria no princípio da separação de Poderes, uma vez que é de competência privativa da União legislar sobre processo civil, nos termos do artigo 22, I da Constituição Federal: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho [...]”.³⁷

CONCLUSÃO

O manejo dos embargos infringentes em sede de ação originária ou em última instância no Supremo Tribunal Federal, suscita a dúvida se seria possível a modulação dos efeitos das normas previstas no Código de Processo Civil de 1973 para com isso efetivar sua aplicação no caso concreto, ainda que sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, em verdadeira homenagem ao princípio da ultratividade.

³⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em: 15 març 2016.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2016, p. 826.

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 març. 2016.

É certo que o Código de Processo Civil de 2015 quando quis que os dispositivos do Código de Processo Civil de 1973 continuassem a ser aplicados, o fez expressamente nas suas disposições finais. Portanto, não há dúvidas de que o legislador teve a intenção afastar a existência dos embargos infringentes do ordenamento jurídico, pois se assim não quisesse guardaria um artigo ao final remetendo o aplicador do direito as disposições do código anterior, como fez com outros artigos. Ademais, o legislador trouxe uma nova técnica de julgamento muito se assemelha ao procedimento dos embargos infringentes, o que demonstra mais uma vez a sua intenção de retirar o recurso do ordenamento, visando a maior celeridade dos procedimentos.

De um lado, não caberia ao Supremo Tribunal Federal determinar a aplicação retroativa dos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil de 1973, sob pena de violação a Separação dos Poderes. Todavia, de outro lado, nada impediria que quando provocado decidisse pela aplicação da nova técnica de julgamento trazida pelo artigo 942 do Código de Processo Civil de 2015 nas situações que antes caberiam embargos infringentes, como nos casos previstos em seu Regimento Interno.

Inúmeros são os impactos que o novo Código de Processo Civil trouxe sobre todo o ordenamento jurídico, mormente em matéria penal. A discussão aqui abordada ficará a cargo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quando provocado e da doutrina moderna. No mais, um fato é certo: Caso a Ação Penal (originária) 470/MG, conhecida como “Mensalão” fosse julgada após o advento do Código de Processo Civil de 2015, todos os réus que se beneficiaram em sede de embargos infringentes, estariam cumprindo pena na forma da condenação.

Portanto, é possível verificar que uma mudança legislativa pode mudar o rumo da história de um país, como no caso da Ação Penal (originária) 470/MG em 17/02/2014, que poderia ter sido julgada de forma totalmente diferente caso os embargos infringentes não

estivessem mais em vigor ou poderia acarretar na provocação necessária para que o Supremo Tribunal Federal se pronunciasse quanto a aplicação da nova técnica de julgamento trazido pelo Novo Código de Processo Civil, em homenagem aos princípios previstos na Carta Magna e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIA

AVENA, Norberto. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 24 fev. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2015.

_____. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 15 març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 349.703. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/510_RE_349703%20-%20ementa%20e%20relatorio.pdf>. Acesso em: 15 de març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343. Relator: Ministro Cezar Peluso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acesso em: 15 de març. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver_texto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em: 15 març 2016.

DIAS, Fábio Coelho. *Princípios constitucionais à luz do Direito Processual Penal brasileiro*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8453&revi..>. Acesso em: 15 de març. 2016.

JUS NAVIGANDI. *Embargos Infringentes em sede de ação penal originário no âmbito do STF*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/32963/embargos-infringentes-em-sede-de-acao-penal-originario-no-ambito-do-stf>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Método, 2016.

NUCCI, Guilherme Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

REVISTA DINÂMICA JURÍDICA. *Embargos Infringentes de Ofício: Leitura do Art. 942 do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.revistadinamicajuridica.com.br/?p=997>>. Acesso em: 24 de fev. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *AP 470: Ministro Celso de Mello vota pelo cabimento de embargos infringentes*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idconteudo=248624>>. Acesso em: 06 de out. 2015.