



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

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

Arnaldo Malheiros Filho
Flávia Rahal Bresser Pereira
Daniella Meggiolaro

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

DELÚBIO SOARES DE CASTRO, por seus advogados, nos autos do processo em referência, tendo sido intimado do v. acórdão de fls. 51.616/60.020, vem à presença de V. Exa., com fundamento no art. 609, parágrafo único, do Código de Processo Penal e no art. 333, n. I, parágrafo único, do RI/STF, contra ele opor *embargos infringentes* requerendo a prevalência dos votos vencidos proferidos pelos ilustres Ministros RICARDO LEWANDOWSKI, ROSA WEBER, CARMEN LÚCIA e DIAS TOFFOLI, que o absolveram da prática do crime de quadrilha, por seus próprios e jurídicos fundamentos, conforme a seguir se expõe.

1. Preliminarmente: O cabimento do presente recurso

Em que pese à expressa previsão regimental, surpreendentemente se alardeia nos últimos dias que não seriam cabíveis os embargos infringentes, tendo em vista que a Lei nº 8.038/90 não os consagrou expressamente e, sendo assim, teria revogado o art. 333, I, do Regimento Interno dessa Colenda Corte¹.

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



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Em síntese, segundo essa linha de pensamento, se não está na Lei nº 8.038/90, o recurso não “existiria” nos casos de ação penal originária.

A despeito da fragilidade do argumento e da convicção de que a ele não vai aderir esse Supremo Tribunal, menos ainda no bojo de um caso concreto de tamanha exposição e complexidade, não custa pontuar aqui os principais fundamentos que revelam a plena eficácia do dispositivo regimental.

Antes de tudo, importa destacar ponderado entendimento consignado pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, em seu voto na questão de ordem sobre a competência desse E. Tribunal para julgamento da causa. A passagem, conquanto longa, merece ser transcrita:

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

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

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



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

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

“Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no regime constitucional anterior, dispunha, excepcionalmente, de competência para estabelecer, ele próprio, normas de direito processual em seu regimento interno, não obstante fosse vedado, aos demais Tribunais judiciais, o exercício dessa mesma prerrogativa, cuja prática – considerado o sistema institucional de divisão de poderes – incumbia, exclusivamente, ao Poder Legislativo da União (RTJ 54/183 – RTJ 69/138, v.g.).

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

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

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



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

historicamente sempre lhe coube, qual seja, o de legislar, amplamente, sobre normas de direito processual.

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

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

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

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

“É certo que falece, agora, ao Supremo Tribunal Federal o poder de derrogar normas regimentais veiculadoras de conteúdo processual, pois estas – desde que



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

consubstanciadoras de prescrições materialmente legislativas – somente poderão ser alteradas mediante lei em sentido formal, observado, em sua elaboração, o devido processo legislativo, tal como disciplinado no texto da vigente Constituição da República.

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

“Tais observações, contudo, não descaracterizam a legitimidade constitucional da norma inscrita no art. 333, I, do RISTF, pois, como anteriormente enfatizado, essa prescrição normativa foi recepcionada pela vigente ordem constitucional (RTJ 147/1.010 – RTJ 151/278-279 – RTJ 190/1.084, v.g.), que lhe atribuiu força e autoridade de lei, viabilizando-lhe, desse modo, a integral aplicabilidade por esta Suprema Corte.

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

“E, o que é mais importante, essa regra permite a concretização, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, no contexto das causas penais originárias, do postulado do duplo reexame, que torna pleno o respeito ao direito consagrado na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, na medida em que viabiliza a cláusula convencional da proteção judicial efetiva (Pacto de São



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

José da Costa Rica, Art. 8º, n. 3, alínea ‘h’” (fls. 51.768/51.772, destacamos).

O que se extrai desta judiciosa análise, que se adota aqui como premissa, é que a previsão regimental de embargos infringentes nas ações penais originárias, hoje e desde a promulgação da Constituição de 1969, **ostenta força de lei e foi recepcionada pela Carta de 1988**. Bem por isso, a sua derrogação ou ab-rogação depende da orientação de uma “*lei em sentido formal*”, não dispendo essa Colenda Corte, nem mesmo em Plenário, de poderes para tanto.

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

Pode-se começar pela ementa.

Na técnica legislativa, a ementa “*é a parte do ato que sintetiza o conteúdo da lei, a fim de permitir, de modo imediato, o conhecimento da matéria legislada*”².

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

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

². GILMAR FERREIRA MENDES e NESTOR JOSÉ FOSTER JÚNIOR, *Manual de Redação da Presidência da República*, em www.planalto.gov.br/ccivil_03/manual/manualredpr2aed.doc



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

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

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

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

De fato, não há nenhuma menção ao cabimento de embargos infringentes em ação penal originária³. Mas daí à conclusão de que, por isso, eles teriam sido *revogados* existe diferença enorme.

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

³. No Título III, das disposições gerais, quando faz menção aos infringentes, a lei apenas altera o Código de Processo Civil, sem dispor sobre o cabimento do recurso perante o STF – que, de resto, nunca foi legal nem regimentalmente previsto para feitos de natureza cível.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

O Regimento interno do Superior Tribunal de Justiça jamais chegou a prever o instituto nas ações penais que lá tramitem. Mas já em 1980 aquele Tribunal, em alentado rumo ao garantismo democrático, instituiu em seu Regimento a única forma de revisão de seus julgados, quando inexistente o acesso ao duplo grau de jurisdição.

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

O direito à revisão do julgado por meio dos infringentes nasceu da iniciativa dessa Colenda Corte, a última instância judiciária pátria, em garantir a ampla defesa e, sobretudo, um processo penal essencialmente justo. Afinal, como fez questão de referir RUI BARBOSA, “*trocando, na denominação desse tribunal, o predicativo de justiça pelo qualificativo de federal, não lhe tirou o caráter de tribunal de justiça*”⁴.

Natural, portanto, que houvesse previsão regimental nesse sentido. E natural que, ao dispor sobre os feitos que tramitam nos Tribunais Superiores, a Lei nº 8.038/90 não ousasse dispor sobre um tema tão intrínseco, tão próprio e inerente aos poderes e à responsabilidade do “*derradeiro árbitro*”⁵ do Poder Judiciário.

⁴ . http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/ruibarbosa/p_a3.pdf

⁵ . *Idem*,



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Portanto, o silêncio da lei nessa matéria não pode ser interpretado senão como voluntário. Suprimir o art. 333, I, do Regimento Interno seria um verdadeiro atentado à ampla defesa e ao devido processo legal, garantias, à época, recém-consagradas na Carta Política de 1988.

Mas esse é só o espírito da questão.

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

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

De acordo com ANDRÉ FRANCO MONTORO, “a revogação é expressa quando se refere, determinadamente, à lei ou leis revogadas”⁶, dando como exemplo o “artigo 1.807 do Código Civil [anterior], que dispõe: ‘Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes, concernente às matérias de direito civil reguladas neste Código.’”

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

⁶. ANDRÉ FRANCO MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, 24ª ed., RT, São Paulo, 1997, p. 392.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

E prossegue o ilustre Professor:

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

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

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

“Entretanto, ‘A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais, a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior’ (§ 2º do art. 2º da Lei de Introdução), salvo, evidentemente, se ocorrer algum dos casos indicados no § 1º: revogação expressa, incompatibilidade, ou nova regulamentação completa da matéria”⁷.

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

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

⁷. *Idem, ibidem..*



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

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

Portanto, não se pode dizer que a Lei nº 8.038/90 tenha regulado inteiramente a matéria.

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

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

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

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

“Primeiro que tudo, deve-se reconhecer que a lei 8.038, de 1990, institui normas para os processos que especifica, perante o STJ e o Supremo Tribunal Federal. O processo da ação penal originária é um desses processos



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

especificados na lei 8.038/90, artigos 1º a 12. Passo a passo, a lei estabelece o procedimento a ser observado: (...)

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

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

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

“(…)”

“O regimento interno do Supremo estabelece que cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma que julgar procedente a ação penal (art. 333, I) e que ‘o cabimento dos embargos, em decisão do plenário, depende da existência, no mínimo, de quatro votos divergentes, salvo nos casos de julgamento criminal em sessão secreta.’ (art. 333, parágrafo único).

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

“Ora, conforme vimos, a lei 8.038, de 1990, disciplinou o processo da ação penal originária até o término da instrução. Finda esta, ‘o Tribunal procederá ao julgamento, na forma determinada pelo regimento interno’” (art. 12), observando-se, apenas, o disposto nos incisos I e II do



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

citado art. 12. É dizer, a partir daí aplicam-se as disposições do Regimento Interno, estando entre elas a que estabelece os embargos infringentes⁸.

E ainda arremata:

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

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

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

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

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

⁸<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI177136,51045-mbargos+infringentes+na+acao+penal+originaria>



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

O cabimento dos infringentes em nada influi na consecução dos objetivos da Lei nº 8.038/90. Ao contrário, o recurso apenas se soma às demais disposições.

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

Isso também foi expressamente declarado pelo Ministro CELSO DE MELLO na mesma passagem em que afirma o cabimento dos infringentes:

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

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

“Norma aplicada: art. 1º a art. 12 (processo e julgamento) da Lei 8.038/1990. RISTF: art. 230 a art. 246 (processo e julgamento)”.

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

Para finalizar, não se pode deixar de observar que, desde 1990, ano de introdução da Lei nº 8.038 no ordenamento jurídico pátrio, essa Colenda Corte editou nada menos do que 29 Emendas Regimentais. Sobre os embargos previstos no Título XI, Capítulo VI, Seção I, foram duas.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

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

Ora, então *há pouco mais um ano* a Corte editou Emenda, regulamentando o procedimento do recurso sob análise! E, lembre-se, a Lei nº 8.038 está em vigor desde 1990!

A verdade é que nunca houve, como nem poderia haver, dúvida quanto ao cabimento dos embargos infringentes nas ações penais originárias de competência dessa Suprema Corte.

A cogitação atual em sentido contrário tem índole claramente casuísta, e a decisão de suprimir, no ocaso de um processo, o único recurso previsto para réus condenados em ação penal seria não só uma afronta às garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal (e mesmo ao consectário do duplo grau de jurisdição), como um inadmissível ataque ao princípio da legalidade e um duro golpe no espírito de justiça que sempre pairou sobre essa Casa Suprema.

Uma disposição regimental não pode ser mera armadilha para o jurisdicionado. O cabimento do recurso é inequívoco.

2. A necessidade de prevalência dos votos vencidos: Concurso de agentes não se confunde com quadrilha!



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

Desde sua resposta à acusação, o embargante vem insistindo na afirmação de que nunca, jamais se associou a outras pessoas com o fim de cometer crimes e que a imputação que lhe é dirigida nesse sentido configura, na verdade, simples co-autoria na alegada prática do delito de corrupção ativa.

Apontando haver na denúncia um claro “excesso de imputação contra os réus” (fls. 57.481), o Ministro Revisor RICARDO LEWANDOWSKI assentou que a existência “de indícios, ou mesmo provas reveladoras de diversos delitos, à evidência, não pode ser suficiente para a tipificação do crime de formação de quadrilha em todas as imputações” (fls. 57.477). É que, como anteriormente havia afirmado S. Exa., “a convivência da quadrilha com a co-autoria não é automática”, sendo “preciso que se façam distinções, de maneira tecnicamente apurada, para que se possa ir além de uma série de crimes cometidos em co-autoria, na forma do art. 29 do Código Penal, para ingressarmos numa figura mais grave, ou conjugada à primeira, que é justamente a formação de quadrilha ou bando a que alude o art. 288 do Código Penal” (fls. 57.470).

E, com a devida vênia, em nenhum momento essa foi a preocupação da Acusação! Como bem ressaltou ainda o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, no voto que abriu a dissidência, “a exordial acusatória e as alegações finais”, “de forma pouco técnica”, “ora mencionam a formação de quadrilha, ora aludem à existência de uma organização criminosa, chegando inclusive a falar em associação criminosa, que são figuras tecnicamente distintas” (fls. 57.478).

Esse estratagema de “incrementar” acusações (especialmente as de crimes econômicos ou cometidos contra a administração pública), a elas acrescentando indiscriminadamente termos por vezes midiáticos como “organização criminosa” ou “quadrilha”, infelizmente, tem sido frequentemente utilizada pelo Ministério Público, como percebe ANTONIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO:



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“O tipo do art. 288 passa a ter absurda aplicação subsidiária, quando não há imputação a ser deduzida, ou diante do esmaecer da acusação pública, na primeira fase da *persecutio criminis*. Com frequência, as infrações penais, ocorridas no âmbito empresarial, vêm acompanhadas da quadrilha ou bando, em concurso material (art. 69, do CP), com o fim de disfarçar denúncias genéricas ou de impressionar com a suposta gravidade do caso *sub judice*.

“A ânsia de acusar torna idéias claras do processo penal em obscuras, por exemplo, no tocante à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF, c/c o art. 95, V, do CPP)”⁹.

Em decisão que rejeitou denúncia oferecida contra um Senador da República, essa Colenda Corte também teve a oportunidade de fazer diagnóstico semelhante. É o que se observa do voto do Ministro GILMAR MENDES, para quem atualmente “o conceito de criminalidade organizada” tem se estendido “para os mais simples fatos, como se todo delito existente no país fizesse parte de uma engrenagem movida de forma complexa e tendente ao esgarçamento das relações de segurança”:

“Em todas as investigações de grande porte na história recente deste país, sempre se atribuiu às pessoas acusadas de cometerem ilícitos contra a Administração Pública o fato de pertencerem a quadrilhas organizadas, ou complexas organizações criminosas, deitando sobre elas as consequências do delito previsto no art. 288 do Código Penal e das atuações conceituadas pela Lei 9.034/95, que trata das organizações criminosas. Não raro, e até com frequência, abre-se mão da positividade e do dogmatismo necessário em prol de uma atuação política que constrói

⁹. *Organização Criminosa, nova perspectiva legal*, RT, São Paulo, 2009, p. 85/86.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

teses mirabolantes sobre fatos cuja observação e análise não conduzem às consequências apontadas.

“Em época recente, e também nos dias que correm, vemos o conceito de criminalidade organizada estender-se para os mais simples fatos, como se todo delito existente no país fizesse parte de uma engrenagem movida de forma complexa e tendente ao esgarçamento das relações de segurança. Dito de outro modo, a justificativa do necessário embate contra a criminalidade organizada, de grande porte e coesa, dotada de um aparato complexo e místico, vem funcionando como justificativa para a agressão a direitos fundamentais do cidadão, não raro distorcendo fatos e fornecendo interpretações falaciosas, inventivas e mentirosas, em detrimento da verdade”.

“É um equívoco incluir a imputação de formação de quadrilha em todas as acusações, e em quase todas as denúncias que envolvem crimes contra a Administração Pública, previstos no Código penal ou em leis esparsas. É um equívoco, pois o tipo demanda configuração específica, que nem sempre está presente, mesmo quando há imputação envolvendo diversos agentes.”¹⁰.

É bem verdade que “nem sempre é fácil a prova da existência da quadrilha ou bando: a certeza a respeito só é possível, as mais das vezes, quando se consegue rastrear a associação pelos crimes já praticados”¹¹. No entanto, é fundamental que haja alguma plausibilidade na acusação para que se torne crível a existência de uma organização; há que se demonstrar que efetivamente se ajustaram previamente os agentes com o escopo de delinquir.

O tipo penal em questão consuma-se no momento da associação, feita com esse fim específico de cometer crimes. É independente da prática efetiva de outros delitos. Assim, não basta, para comprová-lo, simplesmente imputar aos acusados a prática de alguns crimes e presumir, a partir daí, que todos já haviam

¹⁰. Inquérito 2.246/AP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 12.3.2012 – grifamos.

¹¹. NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1959, IX/177-178.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

se unido em um concerto preparatório estável destinado a seu cometimento. É preciso demonstrar – e a isso a instrução penal nem de longe se prestou – a efetiva ocorrência desse “concerto preparatório”.

Não se deve negar que o embargante e os acusados JOSÉ DIRCEU e JOSÉ GENOÍNO, bem como SÍLVIO PEREIRA, todos como então integrantes do Partido dos Trabalhadores desde sua fundação, mantinham entre si uma associação. Entretanto, esta associação é e sempre foi absolutamente lícita!¹²

Por outro lado, as provas colhidas durante o desenrolar da presente ação penal em nenhum momento apontaram haver qualquer ajuste do peticionário e de seus companheiros de partido com os demais acusados membros dos chamados “núcleo publicitário” e “núcleo Banco Rural” *com o fim específico de cometer crimes*, razão pela qual sua responsabilização pela conduta prevista no art. 288 do Código Penal é simplesmente inviável! A suposta quadrilha envolve pessoas que o embargante jamais conheceu ou com quem nunca se concertou para qualquer finalidade.

Relembremos, como tão bem o fez o ilustre Ministro Revisor, que “a prática de crimes é o *modus vivendi* dos quadrilheiros” (fls. 57.473), o que não é o caso de DELÚBIO nem dos demais co-réus! Sobre esta questão, o voto da Ministra ROSA WEBER é magistral:

¹². HELOÍSA ESTELITA, em referência à posição do Min. CEZAR PELUSO, registra que “*a suposta prática de delitos econômicos por pessoas que se associaram, nos termos da lei, para o exercício de atividades lícitas, não pode justificar nem legitimar, por si só, imputação do crime previsto no art. 288 do CP*” – *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 29, grifamos. No mesmo sentido, RENÉ ARIEL DOTTI ressalta não ser “possível **presumir** que a reunião de pessoas desenvolvendo atividades inicialmente lícitas e em local passível de acesso público (instituições financeiras, escritórios profissionais etc.) seja arbitrariamente classificada como delituosa”, sendo “fundamental o tipo subjetivo de se associar para praticar crimes e não para fazer funcionar uma atividade licenciada pelo poder público.” – Boletim IBCCrim nº 174, maio de 2007.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“(…) os chamados núcleos político, financeiro e operacional envolvidos nesta ação penal jamais imaginaram formar uma associação para delinquir, uma *societas sceleris* com o objetivo de sobreviverem, usufruírem – ou se locupletarem – com o produto dos crimes resultantes de sua atuação. Havia um objetivo: a cooptação de apoio político ao governo. Todos os demais fatos típicos que giraram em torno desse objetivo sempre tiveram por finalidade garantir a consumação desse desiderato.

“Em absoluto detecto a configuração, ainda que informal, de uma entidade com vida própria, ou nos dizeres de Jorge de Figueiredo Dias, de um ‘centro autônomo de imputação de motivação’ a que subordinados os réus como agentes criminosos” (fls. 53.046).

A Ministra CÁRMEN LÚCIA também enfatizou que “no ponto específico, se tem prova de ter havido concurso de agentes, cada qual buscando interesses específicos”, não havendo “demonstração de ter havido associação estável, livremente ajustada, para a prática de crimes” (fls. 53.760), até mesmo porque “as reuniões de determinados réus para a prática de alguns crimes foram eventuais, fundadas em interesses momentâneos que os uniam naquela ocasião, inexistindo a estabilidade imprescindível para a configuração do crime de quadrilha” (fls. 53.761).

Dessa forma, nas sucintas palavras do eminente Ministro DIAS TOFFOLI, “caso os crimes já estejam preestabelecidos e a associação seja formada no intento de praticar aqueles crimes, teremos, na espécie, uma co-autoria” (fls. 57.769) e não a formação de bando ou quadrilha.

E como leciona FRAGOSO:



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

“O simples ‘acordo’ para cometer um crime não é punível. O que transforma o acordo em associação, e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade. É assim, uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime em exame da simples participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*).”¹³

Cabe aqui trazer mais um brilhante trecho de decisão exarada por essa Colenda Corte no sentido de não se confundir o crime autônomo previsto no art. 288 do Código Penal com o concurso de agentes:

“Tampouco há qualquer associação minimamente estável, como sentido de permanência, a qual se atribua a perenidade necessária para a caracterização do crime de formação de quadrilha.

“Quem são os demais quadrilheiros? Que crimes – no plural – a quadrilha deseja cometer no futuro? De onde a permanência desta pretensa organização necessária ao cometimento do crime?

“No máximo estaríamos diante de uma rotineira confusão entre o concurso eventual de pessoas, previsto no art. 29 do Código Penal, mas jamais diante dos elementos que configuram o delito do art. 288 do Código Penal.

“Lembra a doutrina italiana que associação não equivale a acordo. Para que exista quadrilha, que na lei italiana denomina-se *associazione*, deve haver algo mais que o concerto de vontades, pois é necessária a existência de um mínimo de organização, alguma estabilidade, e alguma distribuição hierárquica de funções. (ANTOLISEI, FRANCESCO. *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, Milão; Giuffrè, vol. 2, p. 233)”¹⁴

¹³. *Lições de Direito Penal*, 3ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1981, vol. 4, p. 287/288.

¹⁴. Voto do MINISTRO GILMAR MENDES no Inquérito ° 2.246/AP já citado na nota de rodapé nº 10.



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

O embargante já foi condenado, juntamente com outros co-réus, pelo crime de corrupção ativa. Dizer que, além disso, ele se aliou previamente a tais pessoas para a prática constante de delitos é falácia que não há de ser admitida pela mais Alta Corte do País.

Assim, como tão bem colocado pelos votos vencidos acima mencionados, o que se extrai dos autos é que, afora as relações mantidas por força da função então exercida pelo embargante no PT e a amizade estabelecida com o publicitário MARCOS VALÉRIO, não existe nenhum outro laço que o una aos demais acusados e que possa sugerir a existência de uma união estável para o cometimento de ilícitos.

3. O pedido

Diante de todo exposto, requer o peticionário sejam os presentes embargos infringentes conhecidos e recebidos para que prevaleçam os votos vencidos indicados, de modo que seja julgada improcedente a ação penal quanto ao crime previsto no art. 288 do Código Penal.

Requer, ainda, na hipótese de recebimento ainda que parcial dos embargos declaratórios opostos contra o v. acórdão de fls. 51.616/60.020 no último dia 2 de maio, seja-lhe aberta vista para emendar esta petição, se for o caso.

Pede deferimento.

Brasília, 7 de maio de 2013.

ARNALDO MALHEIROS FILHO
OAB/SP 28.454

FLÁVIA RAHAL
OAB/SP 118.584



MALHEIROS FILHO - RAHAL - MEGGIOLARO

ADVOGADOS

CELSO VILARDI
OAB/SP 120.797

CAMILA GUSMÃO
OAB/SP 172.691

DANIELLA MEGGIOLARO
OAB/SP 172.750

CARMEN COSTA BARROS
OAB/DF 1.875-A

p: delúbio-embargosinfringesntes