

Mensalão e embargos infringentes: o direito ao melhor direito

Luiz Flávio Gomes

O caso mensalão está na fase recursal. Todos os réus condenados apresentaram embargos de declaração. É possível que alguns consigam algum tipo de benefício com esses embargos (redução de pena, por exemplo). Por quê? Porque os advogados alegam que houve aplicação de lei nova mais desfavorável (e isso é proibido no direito penal). Lewandowsky e Gilmar Mendes, contrariando a opinião do Ministro Joaquim Barbosa, já afirmaram que tais embargos podem sim beneficiar os réus.

Mas a polêmica maior reside, evidentemente, nos embargos infringentes (previstos no art. 333, I, do Regimento Interno do STF), porque eles viabilizam a rediscussão total da causa, consoante os limites dos votos vencidos (reanálise fática, probatória e jurídica). E serão julgados com a presença de um ou dois novos ministros (um já assumiu e outro está na iminência de ser escolhido).

De acordo com a minha opinião não há dúvida que tais embargos (infringentes) são cabíveis naquelas situações (são catorze, no total) em que os réus foram condenados, mas contaram com 4 votos favoráveis (Delúbio, José Dirceu, João Paulo etc. estão nessa situação).

Dois são os fundamentos (consoante meu ponto de vista): (a) com os embargos infringentes cumpre-se o duplo grau de jurisdição garantido tanto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos (art. 8º, 2, “h”) bem como pela jurisprudência da Corte Interamericana (Caso Barreto Leiva); (b) existe séria controvérsia sobre se tais embargos foram ou não revogados pela Lei 8.038/90. Sempre que não exista consenso sobre a revogação ou não de um direito, cabe interpretar o ordenamento jurídico de forma mais favorável ao réu, que tem, nessa circunstância, direito ao melhor direito.

A esses dois fundamentos ainda cabe agregar um terceiro: vedação de retrocesso. Se de 1988 (data da Constituição) até 1990 (data da lei 8.038) existiu, sem questionamento, o recurso dos embargos infringentes (art. 333, I, do RISTF), cabe concluir que a nova lei, ainda que fosse explícita sobre essa revogação (o que não aconteceu), não poderia ter valor, porque implicaria retrocesso nos direitos fundamentais do condenado.

Pelos três fundamentos expostos, minha opinião é no sentido de que o Min. Joaquim Barbosa (que já rejeitou os embargos infringentes de Delúbio), mais uma vez, não está na companhia do melhor direito. O tema vai passar pelo Plenário, onde, certamente, Joaquim Barbosa pode sair derrotado, devendo preponderar o pensamento do Min. Celso de Mello, que já se manifestou no sentido do cabimento dos embargos infringentes, invocando parte dos argumentos acima recordados.

Joaquim Barbosa deve ser derrotado, mais uma vez, porque não é por meio da soberba e do autoritarismo que se constrói o direito (ou mesmo a nossa própria vida). Quem busca guerra o tempo todo, ainda que apoiado pela mídia e pela população, não pode colher as flores brancas da paz. Não se faz justiça por meio do populismo penal (veja nosso livro *Populismo penal midiático*, Saraiva: 2013).

Em muitos momentos o destempero emocional do Ministro Joaquim Barbosa evidencia que nós, seres humanos, nem sequer chegamos ainda ao grande meio-dia de Nietzsche, que explica que a evolução da humanidade está no meio do caminho entre o amanhecer e o anoitecer. Ou seja: o ser humano está entre o animal primata e o “além-do-homem” (o supra-humano), mas, em determinados momentos, nos apresenta a sensação de que está mais para o amanhecer que para o anoitecer. Temos ainda muito que evoluir ou não nos tornaremos nunca “animais domesticados” (Nietzsche).