

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

Gilberto Niederauer Corrêa

Professor

Os embargos infringentes e de nulidade, anteriormente conhecidos como ofensivos e modificativos, tiveram guarida no atual CPP a partir da Lei n. 1.720-B, de 3.11.52, que modificou o art. 609 do CPP e introduziu-lhe um parágrafo único. Assim dispõem as mencionadas normas legais:

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 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.

FREDERICO MARQUES lembra que a palavra ‘embargos’ tem sentido proteriforme, pois usado para designar atos processuais ou remédios jurídicos que surtem no procedimento, o que, aliás, não é mal apenas desta expressão, havendo várias palavras com sentido técnico variado e diverso, também, de seu significado vulgar (1).

TOURINHO FILHO faz idêntica observação e culmina lembrando lição de PONTES DE MIRANDA, para quem os embargos nasceram da dificuldade que antigos sistemas jurídicos estabeleceram para a apelação, donde os pedidos de reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las (embargos modificativos), ou para revogá-las (embargos ofensivos) (2).

JOÃO CLAUDINO sustenta que sua denominação mais adequada seria ‘embargos infringentes’, derivando a atual de antiga distinção entre ataque a nulidades (embargos de nulidade) e ataque a outra matéria (embargos infringentes) (3). Em verdade, são infringentes os embargos, quando a matéria do voto vencido pertine ao mérito da controvérsia, ao passo que são de nulidade, quando o tema diz respeito a nulidades processuais.

(1) – FREDERICO MARQUES, José, Elementos de Direito Processual Penal, Ed. Forense, 1965, 4/306, nota n. 1 ao n. 1.126, do § 175.

(2) – TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Processo Penal, Ed. Saraiva, 8ª ed., 1986, 4/337, n. 1, e PONTES DE MIRANDA, Comentários ao Código de Processo Civil, 11/222.

(3) – JOÃO CLAUDINO, Recursos em Matéria Criminal, Forense, sem data, Rio.

Segundo o magistério de BARBOSA MOREIRA, a tendência mais moderna será, se não de aboli-los, pelo menos limitá-los à matéria jurídica (4). Quanto ao pressuposto subjetivo, é recurso privativo do condenado sempre que houver voto vencido, que lhe seja mais favorável, cabível tão-só de decisões proferidas em segunda instância, quando da apreciação de apelações e recursos em sentido estrito (5). Quando a sucumbência for parcial, somente essa parte poderá ser objeto dos embargos.

Classifica-se como recurso voluntário. A interposição dar-se-á por petição escrita, dirigida ao Relator do voto vencedor, no prazo de dez dias a contar da publicação da intimação das conclusões do acórdão no Diário da Justiça (6). Exigindo petição escrita, em segunda instância, só pode ser interposto por advogado, não o podendo ser pelo réu, pessoalmente, ressalvada a hipótese de ser advogado.

Deve ser fundamentado. Entretanto, se o voto vencido foi devidamente motivado, não se há de exigir fundamentação diversa daquela, podendo, em consequência, o recorrente reportar-se àqueles fundamentos como razões dos embargos.

Os embargos infringentes e de nulidade constituem um prolongamento do recurso de apelação ou em sentido estrito, conforme o caso. Em consequência, durante sua tramitação, em princípio, conserva-se inalterada a situação jurídica do recorrente. Assim, se recorreu em liberdade, em liberdade permanecerá (7), em virtude do efeito suspensivo dos embargos.

Têm os embargos, como qualquer recurso, o efeito devolutivo, o suspensivo, o extensivo, o efeito de retratação e o efeito da dilatação procedimental, tudo limitado, entretanto, ao tema do voto vencido.

No tocante ao efeito suspensivo, nega-o TORNAGHI (8). Penso ser correto seu argumento: não há lei determinando a suspensão da execução do acórdão embargado. De qualquer sorte, parece-me inviável suspender a execução quando o tema dos embargos é insuscetível de modificar a sorte do embargante, mostrando-se a inexecução imediata meramente protelatória e desacreditando a eficácia judiciária.

O cabimento dos embargos infringentes ou de nulidade é restrito às hipóteses de decisão não unânime proferida em apelação, recurso em sentido estrito e, também agora, agravos criados pelo art. 197 da Lei de Execução Penal.

(4) – BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1976, V/490.

(5) – Na Justiça Militar os embargos infringentes e de nulidade podem ser usados, indistintamente, pelo MP ou pelo réu, bastando que a decisão de segundo grau não tenha sido unânime, consoante arts. 538 e segs. do CPP Militar, Decreto-Lei n. 1.002, de 21.10.69.

(6) – Art. 316 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do RS e art. 244 do Regimento Interno do Tribunal de Alçada.

(7) – Agravo Regimental nos Autos da Apelação-Crime n. 24.494, *in* RJTJRS, 85/22-25.

(8) – TORNAGHI, Hélio Bastos, Curso de Processo Penal, Saraiva, 1980, 2/349.

Na opinião de GAMA MALCHER, trata-se de recurso defeituosamente introduzido no processo criminal, criticável por seu ilogismo: 'Se, sempre que não se alcance a unanimidade, deva-se homenagear o voto vencido, permitindo recurso nele baseado, porque negar-se recurso de decisão por maioria em outros recursos (recurso de habeas-corpus, p. e.), e menos na divergência colhida na decisão dos próprios embargos?' (9). Tem sido sustentado seu cabimento em decisões majoritárias, desfavoráveis ao réu, proferidas em habeas-corpus.

TORNAGHI ensina que: 'A Lei n. 1.720-B, ao introduzir no CPP esses embargos, não mudou a epígrafe do CAP. V: 'Continua ela a disciplinar o processo e o julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações'. Se no corpo do capítulo está dito que cabem os embargos quando não for unânime a decisão de segunda instância desfavorável ao réu, deve entender-se, e até subentender-se, que se trata de decisões proferidas em grau de apelação ou de recurso em sentido estrito, pois disso é que trata o capítulo' (10).

GAMA MALCHER afirma descaber tais embargos de qualquer outra decisão que não a proferida em apelações e recursos em sentido estrito. Assim, não cabe diante de recurso necessário (pois este não é recurso, mas via de integração de sentença complexa), nas cartas testemunháveis (porque estas têm natureza correccional avocatória), nos julgamentos originários (pois a instância, aqui, é única como nos habeas-corpus) e nas revisões criminais (que não são recursos, mas ações diretas de impugnação da coisa julgada), bem como na reclamação (que não é recurso, mas medida administrativa correccional) (11).

TOURINHO FILHO admite os embargos em carta testemunhável, 'quando esta estiver suficientemente instruída e o Tribunal apreciar o mérito. Mas, nesse caso, o Tribunal estará apreciando, a rigor, o recurso em sentido estrito ou a apelação que não subiu em virtude de denegação' (12). Do mesmo sentir são os ensinamentos de MAGALHÃES NORONHA (13) e WALTER P. ACOSTA (14).

Diverso não é o entendimento das egrégias Câmaras Criminais Reunidas, órgão competente para julgar os embargos infringentes e de nulidade no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como o demonstrou o eminente Des. JOÃO RICARDO VINHAS (15).

(9) - GAMA MALCHER, José Lisboa da, *Manual de Processo Penal Brasileiro*, Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1980, II, p. 109, n. 442.

(10) - TORNAGHI, Hélio Bastos, *Curso de Processo Penal*, Saraiva, 1980, 2/348.

(11) - GAMA MALCHER, José Lisboa da, *ob. cit.*, p. 110/111, n. 443.

(12) - TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *ob. e vol. cit.*, p. 342, n. 4.

(13) - E. MAGALHÃES NORONHA, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, 17 ed., 1986, p. 380, n. 211.

(14) - WALTER P. ACOSTA, *O Processo Penal*, Coleção Jurídica da editora do autor, 4ª ed., 1962, p. 355, n. 115, a.

(15) - *Embargos Infringentes* n. 26.572, RJTJRS, 94/35-39, onde restou vencido o eminente Des. Cristovam Daiello Moreira, e n. 684.052.731, onde, além do Des. Daiello, ficou vencido também o eminente Des. Antônio Augusto Fernandes, *in* RJTJRS, 114/67-72.

Nem pode ser de outra forma. É que o art. 119, II, c, da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, concede *recurso ordinário constitucional* para o Supremo Tribunal Federal, das decisões denegatórias de habeas-corpus. Quando um habeas-corpus é denegado pelas Câmaras isoladas de um Tribunal, quem denega a ordem é o próprio Tribunal, só podendo a hipótese ser revisada se e pelo órgão jurisdicional expressamente previsto para tanto. Ora, a previsão existente é de hierarquia máxima, tanto no que diz com a fonte legislativa, quanto no que respeita ao órgão julgador, insuscetível de modificação por regras legais de natureza ordinária ou regimental. Ao estabelecer a Carta Política que das decisões denegatórias proferidas em habeas-corpus cabe recurso ao Supremo Tribunal Federal, excluída ficou a competência de qualquer outro órgão para reexaminar tal denegação.

Ademais, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, em seu art. 289, estabelece o prazo de cinco dias para a sua interposição. Essa norma constitui a contraprova de que não há outro órgão jurisdicional com competência para conhecer de decisões denegatórias de habeas-corpus. Mesmo porque é incompreensível que se imponha um recurso em prazo mais exíguo do que outro que lhe seria, necessária e fatalmente, pressuposto. Fossem admissíveis embargos à decisão de habeas-corpus e teriam de sê-los, pelo menos, em prazo idêntico ao do recurso ordinário constitucional. E, nesse caso, é evidente que já existira quando menos uma Súmula da Suprema Corte, excluindo o conhecimento do recurso constitucional, quando não esgotadas as demais vias na instância originária. Certamente o Pretório Excelso já teria afirmado e reafirmado que a interposição de recurso ordinário antes dos embargos, se cabíveis fossem, teria o sabor de habeas-corpus originário, obstaculizando seu conhecimento pela parte final do dispositivo constitucional já mencionado (art. 119, II, c).

Assim, parece inarredável a conclusão de descabimento de embargos, infringentes ou de nulidade, de decisões proferidas pelos Tribunais, desfavoráveis, por maioria, aos interesses dos réus pacientes.