

## *Dos embargos infringentes no anteprojeto do Código Processual Penal*

*Jorge Luiz de Almeida*

Procurador da Justiça e Prof. da Fac.  
de Direito de Jundiá

A Lei n. 1.720-B, de 3 de novembro de 1952 introduziu no artigo 609 do atual Código Processual Penal um parágrafo instituindo os embargos infringentes, recurso privativo da defesa: — “quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu”.

O anteprojeto do novo Código, de autoria do prof. José Frederico Marques, fiel ao pensamento expresso na “Exposição de Motivos” (item 1) buscou “reforçar a posição do Ministério Público, armá-lo de poderes bem amplos”, para o que deferiu-lhe, como não sucede com o Código vigente, direito aos embargos:

“Art. 616 — Cabe o recurso de embargos infringentes contra acórdão não unânime proferido em apelação.

Parágrafo único — O Ministério Público, ou o querelante, somente pode interpor embargos infringentes, quando o acórdão da apelação houver reformado sentença condenatória, para absolver o réu ou lhe diminuir a pena”.

O recurso foi estendido à acusação, não todavia com a amplitude em que serve à defesa, por estar condicionado à existência de decisão condenatória do primeiro grau:

“também o Ministério Público pode interpor embargos, desde que a “decisão não unânime haja reformado sentença condenatória de primeira instância” (Exposição de Motivos, item 32).

Não foram gerais os aplausos em favor da manutenção do recurso de embargos infringentes (Prof. Muniz Aragão, Revista dos Tribunais, 357/18) no futuro Código.

Melhor, contudo, não é a posição dos que não vêm, neste recurso, qualquer justificativa, senão a incerteza que poderia decorrer para o vencido ante a divergência de opiniões entre os julgadores. E válida que fosse esta justificativa dizem: — “deveria caber tantos embargos quanto os necessários para o alcance da unanimidade”.

A finalidade dos embargos, todavia, não é o alcance de decisões unânimes, mas, e tão-só, a de ensejar o aprimoramento do julgado, o que se busca com novo reexame da causa, sob a atenção de maior número de julgadores.

As mesmas razões que aconselharam a instituição do duplo grau de jurisdição dão cobertura aos motivos que levaram o legislador a ensejar mais um estudo do processo por via dos embargos.

Elogios merece o anteprojeto conservando, no quadro dos recursos, os embargos infringentes.

A extensão dos embargos à acusação, também, não colheu aprovação geral. Nesta linha se coloca o eminente desembargador Barbosa Pereira, invocando, em oposição à solução do anteprojeto o princípio *in dubio pro reu* (Arquivos do Ministério da Justiça, n. 116, pág. 202).

O eminente desembargador calculando o número de votos favoráveis e contrários ao réu encartados na hipótese do parágrafo único do artigo 616 do anteprojeto, notando haver empate no resultado das manifestações, desaconselha a solução dos embargos, por ser tradição de nosso direito resolver-se o empate em benefício do réu.

Realmente, agitando-se no processo, em conflito, dois interesses públicos, o da liberdade individual e o da defesa social, se inexistente preceito legal fixando prevalência de um deles sobre o outro, em caso de dúvida se deve tutelar a liberdade individual.

A Exposição de Motivos do atual Código de Processo (n. VII) reconhece a validade da aplicação deste princípio, mas no local e nos termos que o abordou, o acolheu para simples conclusão de julgamento, quando a dúvida incide sobre a prova.

Se pela simples razão do empate dos votos fosse denegado à acusação o recurso examinado, estar-se-ia envolvendo na aplicação do *in dubio pro reu*, não só a dúvida sobre o fato, mas também quanto à interpretação da lei, que poderia ser o ponto de discordia na causa.

Desatender-se-ia aqui, sim, à nossa tradição jurídica e à melhor doutrina, restritiva da aplicação do cogitado princípio tão-só aos casos de dúvida sobre a prova (Vicente Mangini, "Trattato", 4.<sup>a</sup> ed., vol. I, pág. 119; Alfredo de Marisco, "Diritto Penale", ed. 1937, pág. 31; Jimenez de Asúa "Da ley y el Delito", pág. 139).

O parágrafo único do artigo 616 não está, ainda, desaconselhado pela solução mais doce para o réu, pois que ela só tem aplicação, quando da conclusão do julgamento, para decretar decisório de absolvição pelo *non liquet*.

A hipótese do parágrafo único do artigo 616 é bem diversa, pois nela o réu já está absolvido, não há juízo pendente, oscilante pela dúvida, a ser atraído pela solução de liberdade. A liberdade, repete-se, já foi decretada.

O argumento do *in dubio pro reu* não é, assim, o melhor para se obstar recurso à acusação, para a intocabilidade de decreto absolutório.

O valor e o prestígio jurídico do eminente desembargador Barbosa Pereira não dispensa se adite, como argumento contrário à sua posição, não merecerem, os votos pros e contra o réu na hipótese do parágrafo único do artigo 616, — a contagem de empate, senão pela imprópria equiparação de voto de primeiro com segundo grau de jurisdição. Não se deve somar expressões diferentes.

Mas, dir-se-ia, com base ainda em argumento quantitativo, que em termos de número de julgamentos, frente ao parágrafo único do artigo 616, resultou empate, que deveria resolver-se em benefício do réu abstrahendo-se ensejo de embargos ao Ministério Público.

A tese levaria a equiparação entre sentença e acórdão, o que não é a melhor.

A regra da solução benéfica ao réu, ante empate de decisões, para se revelar válida deveria, ainda, ter uniforme aplicação frente a qualquer recurso, o que nos levaria à restringir os casos de interposição dos recursos constitucionais pelo Ministério Público, tudo a expressar não estar na melhor linha jurídica, a tese contrária ao anteprojeto.

Concedendo os embargos à acusação o anteprojeto inovou com timidez, ao condicionar o recurso à existência de sentença condenatória de primeiro grau.

Melhor seria que o parágrafo único do artigo 616 anteprojeto não lograsse aprovação, excluída, assim, a condição de recorribilidade, devolvida à acusação amplo ensejo aos embargos, em igual situação à defesa.

Dois se nos afiguram serem os argumentos em favor desta orientação, (a) o da conveniência de se manter o equilíbrio entre partes na relação jurídica processual, (b) o de não se desatender princípios de unidade processual.

Estes dois pontos se constituem em princípios diretores da reforma processual.

Quanto ao primeiro tema, não se sabe porque se diversificou o recurso para conferir maior oportunidade à defesa que à acusação.

O anteprojeto, em várias passagens, justifica sua linha de reforma, a fim de "estabelecer perfeito equilíbrio entre a acusação e a defesa" (Exposição de Motivos, item n. 1).

Evidentemente que a fórmula do parágrafo único do artigo 616 se distanciou da idéia que inspira o novo Código, pois diferenciou as partes ante o agravo.

Sem prejuízo ao resguardo máximo ao direito de liberdade, é filosofia da reforma processual "reforçar a posição do Ministério Público, como órgão da ação penal, para desse modo, procurar alcançar o necessário equilíbrio entre as partes litigantes" (Exposição de Motivos, item n. 12).

O parágrafo único comentado não é exemplo de equilíbrio, sim de desnivelamento das partes na relação jurídica processual.

Não se percebe, nem se sabe porque, possa o resguardo ao direito à liberdade reclamar pelo tratamento diferenciado, conduzir às distorções do instituto, numa peculiar inovação de embargos infringentes condicionados, como se a norma processual pudesse surgir como Minerva armada, repentinamente, da cabeça de Júpiter do legislador.

É certo que os institutos processuais vigentes representam transformação e adaptação de outros institutos preexistentes (Giorolano Bellavista, "Lezioni de Diritto Processuale Penale", pág. 9, ed. 1956).

Mas como acreditar-se em transformação e adaptação, que pressupõem atendimento às novas exigências jurídicas, se a redação do parágrafo único do artigo 616 investe contra as próprias idéias da reforma, desigualando quando se preconiza equilíbrio entre as partes?

E a desigualdade jamais serviu bem à idéia de justiça (Del Vecchio, "A Justiça", pág. 40; Ihering, pág. 299 — "A Evolução do Direito"; Abelardo Torrè — "Introducción al Derecho", ed. 1957, pág. 239; René Savatier, "Les Metamorphoses", ed. 1952, pág. 33), escopo do processo.

O segundo argumento contrário ao parágrafo único do artigo 616 é o de que ele desatende ao interesse da unificação do processo penal e civil, onde possível, idéia esta que inspira a reforma conforme se colhe de manifestações da Exposição de Motivos do anteprojeto (item n. 1): "em relação aos atos processuais e às regras de procedimento procurou-se adotar a mesma técnica do Direito Processual Civil".

Evidentemente que o parágrafo único do artigo 616 se afastou desta linha de propósito, que reiteradamente é expressa pela Exposição de Motivos (item n. 32):

"os recursos ficaram com a nomenclatura do processo civil, seguindo-se, na matéria, o projeto em elaboração do Código de Processo Civil. O anteprojeto põe fim, desse modo, à dissonância hoje existente entre o processo civil e o processo penal a respeito do **nomen juris** dos remédios recursais.

Buscou-se a unidade processual não só na toponímia dos recursos, mas no próprio relacionamento das hipóteses de recursos. Assim é que o anteprojeto e o novo Código de Processo Civil (Lei n. 5.689, de 1973), se identificam na prescrição dos casos de inconformismos; os recursos são os mesmos: apelação, agravo de instrumento, embargos infringentes, embargos de declaração e recursos para o Supremo Tribunal Federal.

Tendo em vista a contrastante disciplina dos recursos nos Códigos vigentes e a harmonia, a identidade nos novos Estatutos é de se reconhecer, na filosofia da reforma, a adesão à tese da elaboração legislativa unitária de certos princípios gerais do processo.

Se este, inegavelmente, foi o plano da reforma, conforme permite admitir a Exposição de Motivos, se a estrutura legislativa projetada observou esta linha de pensamento, o parágrafo único do artigo 616 representa um lapso na idéia da reforma. Criou-se com ele, em oposição à unidade recursal do processo civil e penal, verdadeira espécie nova de embargos infringentes, condicionado à precedente juízo condenatório.

Ao legislador não se deve reconhecer licença inovadora, vulneradora de estrutura científica, na formulação de regras processuais, não lhe cabendo, arbitrariamente, criar diferenças não existentes entre institutos, sob pena de se admitir ordenamento processual com formas nascidas do capricho:

"el procedimiento civil y el procedimiento penal son partes integrantes de un organismo identico y si a las diferencias exigidas necesariamente por su función específica, el legislador agrega arbitrariamente otras, se reforzará

el perjuicio vulgar de que el procedimiento es un caprichoso hacinamiento de formas (Polacco, in José Becerra Bantista, "Los Principios Fundamentales del Proceso Penal", pág. 37, ed. 1947).

Os embargos infringentes não devem perder sua característica conhecida, diferenciado pelo requisito que exige, além do voto vencido, um prévio julgamento vencedor.

Não nos parece melhor a solução do parágrafo único do artigo 616 do anteprojeto.