

## PARECER

CHRISTIANO FRAGOSO

### I. OS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE NO PROJETO DE LEI ANTICRIME

1. Em matéria de recursos, uma das alterações propostas pelo Projeto Anticrime é uma profunda restrição ao cabimento dos embargos infringentes e de nulidade.

2. Argumenta o Projeto Anticrime que “é evidente que o Código de Processo Penal de 1941 e a legislação que a ele se seguiu não estão atendendo às necessidades atuais. Assim, as reformas que ora se propõem visam dar maior agilidade às ações penais e efetividade no cumprimento das penas, quando impostas”. O Projeto Anticrime garante que essas alterações seriam feitas dentro do balizamento constitucional.

3. Especificamente no que toca aos embargos infringentes e de nulidade, a proposta de reforma é apresentada como uma das medidas necessárias a que os “criminosos condenados em segundo grau” sejam presos, sem aguardar-se eventuais recursos especial e extraordinário. Diz o projeto que “entender-se o contrário significa admitir que uma decisão criminal condenatória tenha sua execução retardada por cerca de 15 anos, o que é inaceitável. Não deve ser adotada a interpretação que leve ao absurdo.”

4. Abaixo, são transcritas a redação atual e a redação proposta no Projeto, quanto ao dispositivo que prevê a regula os embargos infringentes e de nulidade:

Redação atual	Redação no PROJETO ANTICRIME
“Art. 609. (...). 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 10 (dez) dias, a	“Art. 609 (...). § 1.º Quando houver voto vencido pela absolvição em segunda instância, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do

contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”	acórdão, na forma do art. 613. § 2.º. Os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência e suspendem a execução da condenação criminal”
--	--

5. Em suma, nota-se claramente que o Projeto Anticrime pretende restringir os embargos infringentes e de nulidade às isoladas hipóteses em que a ausência de unanimidade se referir à absolvição de um imputado, **não mais** permitindo que tal recurso seja interposto quando o dissenso se referir a *qualquer outra questão* em que tenha restado vencida a corrente mais favorável ao acusado.

6. São inúmeras – e talvez até de impossível enunciação exaustiva – as hipóteses em que o voto vencido, sem proclamar a inocência do acusado, pode ser mais favorável a ele. Apenas com a finalidade de tornar mais **concreta** e **palpável** a restrição buscada pelo PROJETO ANTICRIME, elencam-se abaixo alguns exemplos de casos em que **não** mais será possível a interposição de embargos infringentes e de nulidade:

- i. se o voto vencido decidir por *quantum* menor de pena de prisão (o que pode se dar por uma infinidade de circunstâncias);
- ii. ou por regime prisional menos grave;
- iii. ou por substituição por pena alternativa;
- iv. ou pela aplicação de sursis;
- v. ou pela desclassificação do delito;
- vi. ou pelo reconhecimento de alguma nulidade processual (eis que aqui se terá a anulação, total ou parcial, do processo ou da sentença de 1.º grau, e não uma absolvição);
- vii. ou pela extinção da punibilidade (que tem o efeito, mas tecnicamente não é decisão absolutória);
- viii. ou pela impronúncia do acusado;
- ix. ou pela manutenção de liberdade provisória.

7. No presente parecer, passar-se-á à análise quanto à convencionalidade, à constitucionalidade, à justiça e à conveniência da alteração proposta.

## II. DA CONVENCIONALIDADE, CONSTITUCIONALIDADE, JUSTIÇA E CONVENIÊNCIA DA ALTERAÇÃO PROPOSTA NO PROJETO ANTICRIME, QUANTO AOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

8. Os embargos infringentes e de nulidade constituem uma tradição do direito processual brasileiro. Têm berço no direito português, sendo firmados, primeiramente nas Ordenações Afonsinas, sob o nome de embargos modificativos (SANTORO, **Recursos...**, p. 176).

9. Ainda que o Código de Processo Criminal de 1832 não os tenha previsto, foram eles reintroduzidos pelo decreto 5.618/1874; tal decreto previa embargos para determinados processos criminais (*Art. 161. Nos processos crimes (arts. 90 a 105) os embargos serão julgados por todos os Desembargadores presentes, embora em número inferior, ou diversos dos que proferiram o acórdão embargado*).

10. Diversos Códigos de Processo Penal estaduais, editados na vigência da Constituição de 1891, e anteriores à unificação do direito processual determinada pela Carta Constitucional de 1934, previam-nos (p.ex., CPP do Paraná, art. 685).

11. Conquanto os *embargos infringentes e de nulidade* não tenham sido incluídos na redação original do CPP de 1941, logo em 1952 foi editada a lei 1.720-B, de 03.nov.1952, que os reintroduziu em nosso processo penal, no parágrafo único do art. 609 CPP, com a redação ainda hoje vigente.

12. O projeto de lei que iniciou o processo legislativo que redundaria na Lei 1.720-B, apresentado em 04.abr.1951, pelo deputado ANTONIO FELICIANO (PSD/SP), apontava que o recurso de embargos infringentes e de nulidade deve ser admitido “nos processos criminais onde está em discussão a liberdade humana”; todavia, a redação era diferente. A redação que se transformou no parágrafo único do art. 609 CPP provém de substitutivo proposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em parecer firmado pelo i. conselheiro JOSÉ EDUARDO PRADO KELLY, que, anos mais tarde, seria nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal.

13. A pretendida restrição, feita pelo PROJETO ANTICRIME constitui duro e iníquo golpe no multissecular princípio *in dubio pro reo*. Tal recurso está calcado no princípio do *favor rei* (NICOLITT, **Manual**, p. 904), que possui assento constitucional na regra de presunção de inocência (art. 5., LVII, da

Constituição Federal de 1988), que também está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8, 2).

**14.** Como bem diz BADARÓ, “*a falta de unanimidade indica que a decisão contrária não é pacífica*” (**Manual...**, p. 280). O fundamento de justiça dos embargos infringentes e de nulidade é o fundado receio de possa se cristalizar, contra o acusado, um julgamento injusto, pois a existência de um voto mais favorável constitui indício de que a solução dada à causa, no mínimo, não é pacífica.

**15.** As discussões fático-probatórias, às quais se aplica o princípio do favor rei, não conduzem necessariamente apenas à binária opção entre condenação e absolvição. Há uma infinidade de questões fático-probatórias que se ligam a condenações mais leves ou mais pesadas; não é razoável que, nesse sentido, o recurso de embargos infringentes sejam extirpados.

**16.** Não é apenas por meio de uma absolvição que alguém se livra de ser preso. Ora, se um voto vencido permitir substituição de pena de prisão por pena alternativa, ou aplicar sursis, ou aplicar regime aberto, ou extinguir a punibilidade, não se está diante de uma absolvição, mas o acusado não irá para uma penitenciária. Não prender quem não precisa ser preso é algo que é de interesse público.

**17.** A discussão de uma questão que **não** leve à absolvição (p.ex., desclassificação do crime ou diminuição de pena) pode conduzir a efeitos de absolvição; p.ex., uma desclassificação de crime doloso para crime culposos levará fatalmente a imposição de pena mais leve, o que pode levar à prescrição, o que, embora não o seja, tem efeito prático de sentença absolutória. No Projeto, um voto vencido que não leve a absolvição, mas a mera extinção da punibilidade, não seria passível de interposição de embargos infringentes e de nulidade.

**18.** Ao criticar a condenação do Júri por maioria simples, HELENO FRAGOSO dizia: “*a condenação por 4 x 3 é a própria expressão da dúvida e jamais poderia ser admitida*” (“A questão do júri”, Revista Forense, n.º 196, jan./mar. 1961, p. 25). O mesmo pensamento pode ser transposto à decisão colegiada, tomada por 2 a 1: trata-se, em muitos casos, da expressão matemática da dúvida, que não pode ser ignorada em um Estado de Democrático de Direito.

19. A mais abalizada doutrina espanca qualquer dúvida quanto à conveniência e à justiça de manterem-se os embargos infringentes e de nulidade. GRINOVER, MAGALHÃES GOMES FILHO e SCARANCE FERNANDES são taxativos: *“não cabem no processo penal as mesmas hesitações da doutrina processual civil quanto à conveniência da manutenção de tal recurso – aqui, os inconvenientes resultantes da procrastinação de uma decisão final são largamente compensados pela maior tutela que se dá ao direito de liberdade”* (**Recursos...**, p. 163).

20. Os embargos infringentes e de nulidade servem para “minimizar a chance de erro” (BADARÓ, **Manual**, p. 180), o que, por si só, já justifica sua manutenção nos termos atuais. Enganam-se aqueles que creem que erros judiciais são raros ou que se cingem a condenações que deveriam ter sido absolvições; há ampla bibliografia relativa ao *Project Innocence* americano, que indica a profusão de erros judiciais que a introdução do exame de DNA logrou mostrar (por vezes, a tempo de evitar a execução da pena de morte, por vezes, não).

21. Subjacente à proposta de restrição dos embargos infringentes e de nulidade jaz um *desprezo pelo debate*, embora o debate seja a marca característica do processo contencioso. Não há motivo algum para impedir a reanálise livre de uma questão que gerou discussão, a tal ponto que um dos desembargadores ficou vencido. A proposta é profundamente conservadora da jurisprudência, no pernicioso sentido de dificultar a alteração de teses majoritárias: há, aqui, igualmente um desprezo pelas minorias de pensamento.

22. A existência dos embargos infringentes e de nulidade, em amplitude larga, é altamente salutar, até porque, como se sabe, ainda que o tema desse recurso fique restrito à matéria de divergência, *“o voto vencido não vincula suas razões ao novo julgamento, motivo por que outras razões poderão ser elencadas pelo recorrente para persuadir os julgadores”* (SANTORO, **Recursos**, p. 180). No mesmo sentido, BADARÓ: *“nada impede, porém, que em suas razões recursais a defesa, dentro do âmbito de divergência, traga outros argumentos que corroborem o voto vencido, ainda que não invocados no acórdão”* (**Manual**, p. 285). Ora, é evidente que esses novos argumentos podem ser decisivos para cambiar a maioria.

23. Não se pode ignorar que, em muitos votos vencidos, há mais justiça material do que em votos vencedores; muitas vezes, os votos vencidos de hoje são sementes de correntes consagradas amanhã.

24. Nem se diga que os embargos infringentes e de nulidade **não** existem em legislações estrangeiras, o que deveríamos, portanto, trazer para nosso sistema de justiça criminal. Não é possível fazer uma importação *pontual e acrítica* de institutos jurídicos; nos EUA, p.ex., não existe recurso contra decisão absolutória de 1.º grau, o que é uma distinção importante, que mostra a dificuldade da comparação jurídica assistemática.

25. Não é razoável invocar uma premência de *celeridade* processual, para defender a inovação trazida no Projeto Anticrime. Hoje, o processo digital, que avança rapidamente para generalizar-se em nossos Tribunais, representou notável ganho em rapidez para a tramitação de recursos e a publicação dos acórdãos, não havendo qualquer necessidade de extirpar-se, em grande medida, um recurso importante, que pode representar que um cidadão não seja encarcerado.

26. Recursos de embargos infringentes não retardam, de forma relevante, execuções penais, eis que trata-se de recursos a serem julgados no mesmo tribunal em que foi decidida a apelação; via de regra, esses embargos são julgados muito rapidamente, em, no máximo, um ou dois meses. A celeridade processual é um valor que possui assento constitucional, vinculando-se ao princípio da duração razoável do processo, mas precisamente em virtude do acusado, e não para ser usado contra ele.

27. Nem se invoquem, também, argumentos de pretensão combate à *impunidade*. Primeiro, porque, em vários casos, a condenação em 2.ª instância terá interrompido o prazo prescricional. E mais: não há que se falar em impunidade (mas, ao contrário, excesso de punição!), se o acusado deve – no entender de um voto vencido – receber pena menor ou diversa, mas não pode rediscutir, amplamente, a questão.

28. Um ponto também altamente criticável é o de que, com a redação proposta, **não caberá recurso se houver três votos condenatórios diferentes** (p.ex., para o mesmo e único crime, um desembargador fixa pena de 10 anos, enquanto outro a fixa em 8 anos e, por fim, o terceiro chega a pena de 6 anos). Nesse caso, como se sabe, o resultado é obtido



pelo voto *intermediário*, mas é inequívoca a existência de relevantíssima dissensão entre os julgadores. Nesse exemplo, a dúvida quanto à justiça da pena é cristalina. Pois bem: com a nova redação, não caberão embargos infringentes e de nulidade, eis que não houve voto vencido *pela absolvição*.

29. Outro inconveniente gravíssimo da alteração proposta está no fato de que, com a nova redação, **não mais serão cabíveis embargos infringentes e de nulidade contra acórdão em agravo em execução**, pelo simples motivo de que, em execução, **não** mais se discute absolvição ou condenação, não podendo haver “voto vencido pela absolvição”.

30. Por fim, outra questão que ficaria de fora dos embargos infringentes e de nulidade, na nova redação: não seriam ele possíveis na hipótese de divergência quanto a **fixação de valor de reparação do dano**, ou quanto a **arresto de bens**, ou quanto à **perda de instrumentos ou produto do crime**, ou quanto a **outros duros efeitos da condenação** (art. 91 e 92, CP). Essa impossibilidade criaria uma situação iníqua, eis que, se a decisão majoritária tivesse sido tomada por uma Câmara Cível, caberia a aplicação do art. 942 do CPC de 2015; nada justifica que, pelo mero fato de a decisão ser prolatada por uma Câmara Criminal, seja inadmissível a rediscussão da matéria, com um quórum ampliado.

31. A menção ao art. 942 do CPC de 2015 é oportuna, para mostrar que, ainda que os embargos infringentes tenham sido abolidos no processo civil, houve a substituição por um procedimento que a doutrina tem chamado de *técnica de complementação de julgamento* (CÂMARA, **O novo processo...**, p. 452), que, na prática, leva a efeitos semelhantes. É o que se verifica a seguir:

“**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.

§ 1.º. 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.

§ 2.º. Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.”

32. Essa *técnica de complementação de julgamento*, embora apresente claros inconvenientes (dentre eles, o fato de que inconveniências administrativas podem constituir contraestímulo psicológico à apresentação de voto divergente, e o fato de que não haverá publicação de acórdão, nem, se o prosseguimento ocorrer na mesma sessão, tempo hábil para refletida impugnação), é muito **menos gravosa** do que a proposta ora feita para o acusado pelo Projeto Anticrime. É que o Projeto Anticrime cria terríveis limites *ratione materiae* para a rediscussão com quórum ampliado, o que o novo CPC não faz.

33. O Projeto Anticrime ainda é criticável no aspecto terminológico: se a intenção do projeto é circunscrever o recurso à rediscussão da possibilidade de absolvição, é atécnica a manutenção da denominação *embargos infringentes e de nulidade*. Como se sabe, originalmente, falava-se em embargos infringentes quando se tratava de matéria de direito material, e de embargos de nulidade quando se tratava de matéria de direito processual (SANTORO, **Recursos**, p. 177; SILVA, **Doutrina...**, p. 181, MAGALHÃES NORONHA, **Curso**, p. 501). Assim, a rigor, o Projeto Anticrime deveria denominar o recurso tão somente de *embargos infringentes*.

34. Parece salutar, no projetado § 2.º do art. 609, a inserção do período, no sentido de que os embargos infringentes e de nulidade “suspendem a execução da condenação criminal”. É ela, todavia, desnecessária, e parece ter sido inserida para conferir aparência de benefício ao acusado (ou uma aparente moeda de troca): é que a jurisprudência, em sua maioria, já reconhece efeito suspensivo aos embargos infringentes e de nulidade (cf. STF, RTJ 75/102; STJ, HC 22.395/SP e HC 15.872/SP); no mesmo sentido, boa parte da doutrina (BADARÓ, **Manual**, p. 288, NICOLITT, **Manual**, p. 905).

35. Por todo o exposto, o presente parecer é no sentido de que, no que toca à alteração da disciplina dos embargos infringentes e de nulidade, o Projeto Anticrime não merece ter curso.

Rio de Janeiro, 25 de fevereiro de 2018.

**Christiano Fragoso**  
Membro da Comissão de Direito Penal





## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo. **Manual dos recursos penais**. São Paulo: RT, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2017.

CONSTANTINO, Lucio Santoro de. **Recursos criminais, sucedâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais**. 4.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FRAGOSO, Heleno. "A questão do Júri", in **Revista Forense**, n.º 196, jan./mar. 1961, p. 20-29.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio. **Recursos no processo penal**. 6.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2009.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. **Curso de Direito Processual Penal**. 27.<sup>a</sup> ed. Atualizado por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1999.

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2014.

SILVA, Cesar Antonio da. **Doutrina dos recursos criminais**. 4.<sup>a</sup> ed. Porto Alegre: Juruá, 2009.