

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
PENAL E PROCESSUAL PENAL

WALDINETH LEMES ALVES DA CRUZ

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

CUIABÁ
2010

WALDINETH LEMES ALVES DA CRUZ

**ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS
EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador(a): Professor MS. Dr.

**CUIABÁ
2010**

WALDINETH LEMES ALVES DA CRUZ

ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Penal e Processual Penal, no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ___/___/___ com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente a Deus, a minha família pela paciência, dedicação e carinho que sempre me proporcionaram e a Direção do Egrégio Tribunal de Justiça por ter oportunizado aos seus servidores a obtenção de um título, tão almejado por muitos e alcançado por poucos.

A essência dos Direitos Humanos é o direito a ter direitos.

(Hannah Arendt)

RESUMO

CRUZ, WALDINETH, 2010. **Aspectos Processuais Penais dos Embargos Infringentes e de Nulidade** - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. Aprovando, Cuiabá.

Este trabalho busca compreender o recurso de embargos infringentes e de nulidade, buscando mostrar os procedimentos processuais utilizados dentro da segunda instância, visando fornecer uma análise concreta sobre a utilização desse recurso no ordenamento jurídico processual penal. Os Embargos Infringentes e de Nulidade estão previstos no Código de Processo Penal nos casos em que a decisão de segundo grau não for unânime, verificando-se assim, a relevância desta pesquisa no sentido de analisar se esse tipo de recurso é ainda necessário dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, se é um instrumento processual penal ágil e importante no desiderato da função dos recursos. Os Embargos Infringentes e os Embargos de Nulidade (o primeiro é quando a discussão for material e o segundo quando for processual) cabem quando um acórdão é vencido por maioria e só podem ser relativos ao conteúdo que for objeto da discordância. Estes Embargos só podem ser interpostos em favor do réu, pois, no processo penal, a pena injusta é muito mais grave para ele. Dessa forma, será mostrado conceitos básicos sobre este recurso e, principalmente, sobre a sua utilidade no nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Embargos Infringentes e de Nulidade. Aspectos Processuais. Prestação Jurisdicional.

ABSTRACT

CRUZ, WALDINETH, 2010. **Aspectos Processuais Penais dos Embargos Infringentes e de Nulidade** - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília. Aprovando, Cuiabá.

This work searches to understand the resource of embargoes offenders and nullity, being searched to show the procedural procedures used inside of second tier, aiming at to supply a concrete analysis on the use of this resource in the criminal procedural legal system. The Embargoes Offenders and of Nullity are foreseen in the Code of criminal procedure in the cases where the degree as decision will not be unanimous, verifying itself thus, the relevance of this research in the direction to analyze if this type of resource is still necessary inside of the Brazilian legal system, that is, if it is an agile and important criminal instrument procedural in the desideratum of the function of the resources. The Embargoes Offenders and the Embargoes of Nullity (the first one is when the quarrel will be material and as when it will be procedural) fit when a sentence is looser for majority and alone they can be relative to the content that will be object of the discord. These Embargoes alone can be interposed for the male defendant, therefore, in the criminal proceeding, the unjust penalty is much more serious for it. Of this form, it will be shown basic concepts on this resource and, mainly, its utility in our Brazilian legal system.

Key-words: Embargoes Offenders and of Nullity. Procedural aspects. Judgement.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE RECURSOS NO PROCESSO PENAL	10
1.1 Conceito e Natureza Jurídica	10
1.2 Pressupostos e Características	12
1.2.1 - Pressupostos Básicos	12
1.2.2 - Pressupostos Objetivos	13
1.2.3 - Pressupostos Subjetivos	15
1.3 Efeitos	28
2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE	31
2.1 Origem e Conceito	31
2.2 Natureza Jurídica	34
2.3 Pressupostos Processuais	34
2.4 Efeitos	39
2.5 Competência	41
3 ASPECTOS PROCESSUAIS DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE	42
3.1 Processamento na Segunda Instância	42
3.2 Possibilidade de Diligências e Proibição da <i>Reformatio in Pejus</i>	46
3.3 Necessidade dos Embargos no Ordenamento Jurídico	47
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

Os Embargos Infringentes e os Embargos de Nulidade (o primeiro quando a discussão for material e o segundo quando for processual) cabem quando um acórdão é vencido por maioria e só podem ser relativos ao conteúdo que for objeto da discordância.

Os embargos infringentes e de nulidade estão previstos no artigo 609 e seu parágrafo do Código de Processo Penal, do capítulo em que se trata do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações. Por isso é praticamente pacífico na doutrina e jurisprudência que só são cabíveis nos acórdãos proferidos em apelação ou em recurso em sentido estrito.

Trata-se de impugnação privativa da defesa, cuja previsão parece estar fundada no receio de que possa se cristalizar, contra o réu, 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.

Não são cabíveis, pois, em revisão, em *habeas corpus*, em pedido de desaforamento, em embargos infringentes, em agravo regimental, em agravo em execução etc. Ao contrário do que ocorre na apelação de sentença condenatória (art. 594), nos embargos infringentes e de nulidade não é necessário o recolhimento do réu à prisão para recorrer.

Em matéria criminal, é polêmica a questão acerca do cabimento de embargos infringentes em Tribunais Estaduais e Federais, fora dos casos de julgamentos oriundos de apelação e recurso em sentido estrito. Isto porque a topologia de tais embargos está ligada ao processamento de recurso de apelação e recurso em sentido estrito, o que leva à interpretação de que, em nome da taxatividade, não se admite a infringência de decisões em *habeas corpus* ou ainda revisões criminais.

Assim, mostrar-se-ão primeiramente algumas considerações sobre a parte geral de recursos, explicando conceitos, pressupostos processuais, bem como, os seus efeitos. Em seguida serão analisados os elementos que integram o recurso de embargos infringentes e de nulidade, como a sua origem, conceito, pressupostos, características e também os seus efeitos. Por último, observar-se-á o recurso de

embargos infringentes e de nulidade na sua totalidade, explicando o processamento na segunda instância e a discussão doutrinária acerca da sua abolição do ordenamento jurídico brasileiro.

Os Embargos Infringentes e de Nulidade estão previstos no Código de Processo Penal nos casos em que a decisão de segundo grau não for unânime, verificando-se assim, a relevância desta pesquisa no sentido de analisar se esse tipo de recurso é ainda necessário dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, se é um instrumento processual penal ágil e importante no desiderato da função dos recursos.

Verificar-se-á que os embargos infringentes e de nulidade apesar de não serem muito utilizados pela defesa no âmbito dos tribunais, têm muita importância quando se atinge a finalidade de reformar a decisão atacada. Será demonstrada a relevância da utilização desses embargos dentro do ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, nos procedimentos processuais dos departamentos judiciários.

Os embargos de nulidade são os embargos infringentes, quando a questão é estritamente processual, decidindo-se se o processo será ou não anulado. Este trabalho fará uma análise na legislação processual penal vigente com o objetivo de verificar a real necessidade dos Embargos Infringentes e de Nulidade em matéria criminal.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE RECURSOS NO PROCESSO PENAL

1.1 Conceito e Natureza Jurídica

Num sentido genérico, recurso pode ser entendido como um pedido voluntário de nova decisão judicial. Num sentido mais específico são as manifestações de caráter jurisdicional em forma de sentença ou decisão, assim entendidas na esfera do Direito Processual Penal, que podem comportar reexame, pelo próprio órgão ou autoridade prolatora, do mesmo grau de jurisdição, excepcionalmente, ou por outro órgão de grau superior, em regra.

A provocação desse reexame é feita por meio hábil, por um pedido, denominado recurso, por quem tenha legitimidade e interesse, para o próprio julgador, ou para a superior instância, visando a um novo reexame da causa conjuntamente, ou de um incidente processual ou, ainda, de uma situação criada para o réu. De acordo com Cesar Antonio da Silva (2009, p. 20):

“Recurso no direito processual vem do vocábulo latino *recursus*, que significa retomar, retroagir, ter curso no sentido contrário, ou seja, curso para trás, para o lugar de onde veio e, posteriormente, ter um novo curso. O recurso, em regra, nas nações civilizadas está relacionado ao duplo grau de jurisdição, isto é, as decisões judiciais podem ser revistas por órgãos judiciários hierarquicamente superiores. Mas o princípio do duplo grau de jurisdição por vezes é atenuado por outro princípio semelhante em função de suas próprias finalidades - que é o princípio denominado de duplo exame - aquele, significa a revisão feita pelo órgão judiciário de grau superior, diverso, portanto, do que proferiu a decisão; este é a revisão feita pelo mesmo órgão que a proferiu.”

O processo é uma sucessão de atos legalmente coordenados, é movimento para frente; enquanto que a provocação do reexame de uma decisão judicial proferida no processo, significa retomo, ou seja, movimento para trás. Daí se extrai: curso e recurso.

Neste, sempre o recorrente busca a proteção de um direito que, sob o seu enfoque, foi desprezado ou violado pelo julgador. As decisões judiciais não são, necessariamente, irrevogáveis, porque o magistrado, como ser humano que é, também está sujeito a engano, a erro, uma vez que seu juízo se apoia em dados

fornecidos por outros homens; podendo, por isso, ser conduzido a conclusões equivocadas. E é assim que o recurso se impõe ante uma decisão desfavorável, como meio voluntário capaz de levar a decisão ao conhecimento de outro órgão judiciário hierarquicamente superior para ser reexaminada uma nova vez, na tentativa de que haja uma volta, um retomo à situação anterior ao julgamento, até o início do processo, a fim de que outra decisão seja proferida (GRINOVER, 2009, p. 31).

Assim, recurso é o meio voluntário pelo qual há provocação do reexame de uma decisão judicial, por quem tenha legitimidade e interesse, visando a obter, num primeiro momento, em determinados casos, do mesmo julgador, ou do órgão jurisdicional de superior instância, a reforma, ou a modificação daquela decisão anteriormente proferida.

A natureza jurídica do recurso é esboçada na doutrina em três categorias distintas: a) como desdobramento do direito de ação que vinha se desenvolvendo até a decisão proferida no processo; b) como uma nova ação dentro de um mesmo processo; e c) como um meio qualquer destinado à obtenção da reforma de uma decisão. Ada Pellegrini Grinover esclarece que (2009, p. 31):

“O recurso, a nosso sentir, não é desdobramento do direito de ação que vinha se desenvolvendo até a decisão, ainda não trãnsita em julgado e que, por este motivo pode ser reativado esse direito, isto é, o direito de ação, por intermédio do recurso, que dará o impulso necessário ao prolongamento da instância, até a apreciação pelo juízo ad quem, ou seja, pela superior instância ou, quando for caso, pelo próprio juiz que proferiu a decisão - no recurso em sentido estrito, por exemplo.”

É inconcebível o surgimento de nova ação dentro de uma ação que ainda não chegou ao seu término, por ainda não ter transitado em julgado a decisão recorrida. A ação continua a mesma, foi apenas reativada e prolongada a instância com o recurso, antes do advento da coisa julgada.

Consigne-se também que a relação processual continua sendo a mesma, ela não se modifica, ainda que o recorrente seja uma daquelas pessoas indicadas no art. 31 c/c o art. 598 do CPP, posto que também sofreram gravame, o que dá sustentação ao interesse jurídico no litígio, tanto é que, se o Ministério Público não apelar, elas poderão fazê-lo, porém sem descaracterizar a ação, que continua a mesma, mas que, por força do recurso, a instância será prolongada, com um novo impulso à ação, que continua a mesma até decisão final proferida pelo juízo ad

quem, nos limites da moldura traçados pela peça acusatória (denúncia ou queixa) (GRINOVER, 2009, p. 32).

Ação e recurso não se confundem. Este é um meio destinado a modificar ou a reformar uma decisão proferida no processo, em decorrência da ação que fora movida, que agora é reativada e prolongada a instância. Se o recurso fosse desdobramento do direito de ação dentro do mesmo processo, e não um meio de reativar e prolongar a instância, ou se fosse uma nova ação, não poderiam aquelas pessoas indicadas no art. 31 c.c o art. 598 do CPP, recorrer, uma vez que a ação pública é exclusiva do Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF (SILVA, 2009, p. 22).

Sem qualquer demérito a opiniões contrárias, entende-se ser a natureza jurídica do recurso, o meio jurídico com força suficiente para reativar e prolongar a instância e provocar o reexame pela superior instância, via de regra, nos limites da matéria recorrida, em obediência ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

1.2 Pressupostos e Características

Pode-se dizer que pressupostos recursais são determinadas exigências legais, orientadas por princípios que dão sustentação à interposição do recurso e respectiva admissibilidade. Classificam-se em pressupostos básicos, objetivos e subjetivos.

1.2.1 - Pressupostos Básicos

A decisão judicial é um pressuposto básico. Como corolário do direito constitucional de acesso à justiça, todo cidadão tem assegurado o direito de obter uma decisão sobre qualquer questão juridicamente relevante posta em juízo, que lhe permita, quando for o caso, levar à reapreciação pelo mesmo órgão julgador, ou por outro órgão de instância superior, visando a uma nova decisão capaz de recuperar

alguma vantagem, que lhe fora negada.

É com a decisão judicial devidamente fundamentada que poderá se concretizar eventual lesão a direito de quem tiver legítimo interesse no deslinde favorável da controvérsia, viabilizando, por isso, em regra, a via recursal, posto que o direito a recorrer está intimamente relacionado ao direito constitucional à plena defesa (SILVA, 2009, p. 49).

É, pois, com a decisão judicial que se toma real uma situação em controvérsia, que pode frustrar uma expectativa, causando um gravame, um prejuízo que faz emergir o interesse recursal. Daí o regramento contido no parágrafo único do art. 577 do CPP: *"Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão"*.

Via de regra, todas as decisões são recorríveis. Não o é, porém, a decisão que se caracteriza como mero despacho de expediente, por não ofender qualquer direito posto em conflito. O despacho de expediente também conhecido como despacho ordinatório, diz respeito ao andamento do processo, isto é, trata-se de ato em que o juiz dá impulso ao processo.

Outro pressuposto básico é a sucumbência, emergindo daí, o interesse na reforma, na modificação da decisão judicial, ainda que por terceiro interessado. Para que a causa possa ser reexaminada, é indispensável à provocação por meio de recurso adequado, por quem tenha legitimidade e interesse, junto ao mesmo órgão julgador, quando for o caso, ou à superior instância, visando à reapreciação da matéria, total ou parcial, sempre dentro dos limites da pretensão que lhe fora negada pelo julgador (GRINOVER, 2009, p. 33).

A sucumbência é a derrota da parte no processo, é uma decisão negativa que, ao frustrar uma expectativa juridicamente viável, acarreta um gravame, ainda que não tenha havido postulação expressa do sucumbente. A sucumbência pode ser total ou parcial. Se o pedido é atendido integralmente, é total; se parcialmente acolhido, evidentemente, passa a ser parcial a sucumbência.

1.2.2 - Pressupostos Objetivos

Só pode ser interposto o recurso que estiver previsto em lei. A lei estabelece

as espécies de recurso que podem ser interpostos. Na ausência de previsão legal, o recurso não pode prosperar. Cesar Antonio da Silva preleciona que (2009, p. 51):

“Cada recurso tem de ser interposto dentro do prazo previsto em lei. Os prazos são variados, e cada recurso terá de ser interposto no prazo a ele pertinente. O recurso em sentido estrito, em regra, terá de ser observado o prazo de 5 dias (CPP, art. 586), exceto aquele previsto no art. 581, XIV, que deve ser interposto no prazo de 20 dias (CPP, art. 586, parágrafo único). Para apelação, o prazo é de 5 dias (CPP, art. 593), exceto quando a apelação for do ofendido ou de algumas daquelas pessoas indicadas no art. 598, não habilitadas como assistente, em que o prazo é de 15 dias, conforme dispõe o parágrafo único desse mesmo artigo; se, porém, estiver habilitado, o prazo é de 5 dias. Em se tratando de apelação de decisões de rejeição de denúncia ou queixa, e de inconformidade com sentença, proferidas por Juizado Especial Criminal, o prazo é de 10 dias (Lei 9.099/95, art. 82, § 1º). O protesto por novo júri segue o mesmo prazo para o recurso de apelação, ou seja, de 5 dias (CPP, art. 607, § 2º). As disposições que tratavam do protesto por novo júri foram revogadas pelo art. 4º da Lei 11.689/08. Os embargos infringentes ou de nulidade têm de ser interpostos no prazo de 10 dias a contar da publicação do acórdão (CPP, art. 609, parágrafo único). Os embargos de declaração serão opostos no prazo de 2 dias (CPP, arts. 382 e 619). A carta testemunhável terá de ser requerida em 48 horas, seguintes à decisão denegatória do recurso (CPP, art. 640). Os recursos extraordinário e especial terão de ser interpostos em 15 dias (Lei 8.038/90, art. 26). Para o agravo de instrumento de despacho de presidente de tribunal que não admitir recurso extraordinário ou especial, o prazo é de 5 dias (Lei 8.038/90, art. 28).”

O prazo para Ministério Público e para o Defensor Público (da União, do Distrito Federal e dos Estados) passa a contar da intimação pessoal, nos termos previstos do art. 41, IV, da Lei nº 8.625, de 12.02.1993 e arts. 44, VI; 89, I e 128, I, da Lei Complementar 80, de 12.01.1994, respectivamente.

A tempestividade do recurso interposto por petição é aferida pela data da entrega em cartório no prazo legal. Ao recorrente não cabe interferir nas atividades administrativas cartorárias; não pode, por isso, sofrer qualquer gravame em decorrência de eventual omissão do serventuário ou funcionário judicial, que deixar de dar o devido encaminhamento ao recurso tempestivamente interposto (SILVA, 2009, p. 52).

Aquele que tiver interesse e legitimidade em face de prejuízo que entenda ter sofrido em razão de uma decisão, por não ter correspondido a expectativa jurídica que concebia como viável, e pretender reverter a situação a seu favor, após convencido da previsibilidade recursal na lei, adequada à espécie, terá de observar a forma pela qual é legalmente autorizada a interposição do recurso.

Mas, quanto à adequação do recurso, há que se observar o princípio da

fungibilidade previsto no art. 579 do CPP, que afasta qualquer prejuízo ao recorrente que interpuser um recurso por outro, desde que de boa-fé e no mesmo prazo previsto para o recurso adequado.

O art. 578 do CPP prevê a interposição de recurso por "petição" ou "por termo nos autos". Porém, nem todos os recursos dessa forma poderão ser interpostos. Para alguns recursos somente a petição é a forma legalmente adequada, como, por exemplo, a carta testemunhável, os embargos infringentes e de nulidade, os embargos declaratórios, o recurso extraordinário, o recurso especial, o agravo de instrumento, o recurso ordinário constitucional, o recurso de apelação previsto na Lei nº 9.099/95; a correção parcial (SILVA, 2009, p. 53).

Para a interposição do recurso previsto em lei não de ser considerados também fatos que poderão impedi-lo, como, por exemplo: a renúncia ao direito de recorrer antes do término do prazo recursal e a preclusão. E, de acordo com algumas disposições legais infraconstitucionais, o não recolhimento do réu para interpor recurso em sentido estrito, conforme dispõe o art. 585 do CPP; quando o juiz o pronunciar, no caso do § 2º do art. 408 CPP; o não recolhimento à prisão para apelar, nos termos do art. 594 do CPP (GRINOVER, 2009, p. 34).

Os fatos extintivos de recurso, por serem supervenientes à interposição, acarretam a sua extinção anormal, impedindo sejam conhecidos pelo juízo *ad quem*. A desistência, a deserção e a interposição de um recurso por outro inadequado, que impeça a adoção do princípio da fungibilidade, são exemplos de fatos extintivos (GRINOVER, 2009, p. 34).

1.2.3 - Pressupostos Subjetivos

Por vezes, os efeitos de uma decisão vão frustrar expectativas das partes que poderão viabilizar a interposição de recurso, se assim permitir a legislação processual penal. A decisão judicial frustrou a expectativa das partes, ou seja, deu causa a um resultado não esperado, a um resultado negativo que, juridicamente, não deixa de ser um prejuízo, resultando daí o interesse em recorrer (SILVA, 2009, p. 62).

A causa é a decisão judicial que gera uma consequência: a sucumbência; e

esta, por sua vez, é que vai gerar o interesse em recorrer (CPP, art. 577, parágrafo único), para restabelecer aquele gravame, que não era esperado. Sendo o gravame uma consequência negativa da decisão, quando frustra uma expectativa das partes, não é demais afirmar que há um nexo causal entre decisão e resultado gravoso isto é, resultado não esperado; por outro lado, esse resultado gravoso, que nada mais é do que a sucumbência, é a fonte geradora do interesse recursal. Cesar Antonio da Silva assim dispõe (2009, p. 62):

“Parte da doutrina entende que o interesse em recorrer pode não estar relacionado à sucumbência. Há que se perguntar qual é a causa, então, que faz nascer o interesse? Pode-se afirmar que o interesse não surge do nada. Antes, há que haver decisão com reflexo lesivo a alguém, que faz gerar o interesse. Se da decisão não restar parte vencida, fica afastado qualquer interesse, quer da parte, quer de terceiro interessado. Só exsurge o interesse se existir a desconformidade entre o que era esperado obter e o que foi dado. É essa desconformidade com resultado negativo, não esperado, que caracteriza a sucumbência. Portanto, atualmente, o 'prejuízo jurídico' compreende também a expectativa jurídica do interessado.”

Moraes, com claros argumentos lembra que qualquer vantagem que possa ser auferida pelo recurso, não pode ultrapassar os limites dos fatos descritos na peça acusatória (MORAES, 2000, p. 146):

“...no processo penal a delimitação, fora da qual não é admissível a melhora de situação do recorrente vem estabelecida pela descrição fática contida na acusação. Já no processo civil o parâmetro é estabelecido pelo petitum deduzido pelo autor em sua peça inicial.”

Parte nenhuma, ou terceiro, recorre se não for para buscar algum proveito, alguma vantagem que foi negada na decisão. Daí por que se entende que a sucumbência sempre é o ponto nuclear de onde emana todo o interesse que lastreia o recurso.

Não se pode olvidar que o Ministério Público atua em nome do Estado enquanto sociedade, uma vez que o crime produz sempre um dano mediato e imediato a todos os integrantes dessa sociedade que, por isso, são partes no conflito; tanto é, que sua atuação como parte formal no processo é em substituição ao particular ofendido, submetendo-se à manifestação de soberania do Estado, como poder jurídico - a jurisdição - para evitar que o particular faça justiça com as próprias mãos, o que, aliás, é proibido por lei SILVA, 2009, p. 71).

No processo penal, mesmo em se tratando de ação privada em que o Ministério Público atua como fiscal da lei, não fica totalmente desnaturada sua qualidade de parte, porque, sendo o Estado titular absoluto do direito de punir, tem no *Parquet* o seu representante, com a incumbência de zelar pela correta aplicação da lei penal. Como bem consigna Nucci (2009, p. 517):

“...quando o ofendido promove a ação penal, porque a lei lhe confere essa iniciativa, age como substituto processual do Estado, no sentido formal, mas materialmente, quem acompanha a ação, para zelar pela pretensão punitiva, é o Ministério Público.”

Pode, por isso, o Ministério Público sofrer gravame, quando o querelado for equivocadamente condenado, ou quando houver erro na aplicação da pena, o que vem a ensejar o interesse na interposição do recurso voluntário, não apenas por mero interesse, sem sucumbência, porque na realidade quem sofreu o gravame foi o Estado, enquanto sociedade, em nome do qual atua, e é esse gravame resultante de uma decisão judicial que constitui a sucumbência, com reflexo na sociedade.

Há que ser lembrado também que, se o órgão do Ministério Público, ante uma decisão judicial que lhe for desfavorável, não demonstrar objetiva inconformidade com a interposição de recurso, não significa que não tenha sido vencido na demanda, se não houve atendimento integral do pedido, porque, ainda que mínima a frustração da expectativa, evidencia-se a sucumbência e, por conseguinte, emerge o interesse recursal, inclusive do ofendido (habilitado ou não, como assistente) ou de seus sucessores, nos termos do art. 584, § 10 c/c o art. 598 do CPP, que passa a assumir a posição de acusador, em continuação à instância, substituindo ao *Parquet*, que se manteve inerte no prazo recursal hábil (SILVA, 2009, p. 72).

Outro pressuposto subjetivo é a legitimação para recorrer. O Código de Processo Penal, no art. 577, indica quem estão legitimados a recorrer: o Ministério Público; querelante; réu, seu procurador ou seu defensor. O Ministério Público, uma vez interposto o recurso, dele não poderá desistir, preceitua o art. 576 do CPP. Este dispositivo traz em si o princípio da indisponibilidade, o mesmo que rege também a ação penal (SILVA, 2009, p. 73).

No processo penal, o Ministério Público pode desempenhar, simultaneamente, atividades distintas: a função de acusar e a de fiscal da aplicação

da lei, de *custos legis*. Essa duplicidade de função exercitada pelo Ministério Público está expressa no art. 257 do CPP. O Ministério Público, como fiscal da correta aplicação da lei, é de absoluta imparcialidade. Se assim não fosse, fiscal não seria, uma vez que fiscalizar quer significar preservar a lisura, a seriedade, a retidão com que são praticados determinados atos por outrem, com o fim de atingir seus essenciais objetivos. Fiscaliza, ou não fiscaliza, mas numa ou noutra hipótese não pode haver parcialidade. Pode, isto sim, haver inércia, negligência etc., mas a atividade em si é imparcial (SILVA, 2009, p. 80). Assim, Cesar Antonio da Silva esclarece que (2009, p. p. 81):

“Como acusador - função essencial no sistema acusatório - a postura é diferente, tendo em vista o princípio do contraditório, age, inicialmente, com parcialidade. Mas ante a prova produzida no processo, pode se convencer da inocência do acusado e, por conseguinte, postular a absolvição, o que não vem descaracterizar o sistema acusatório, nem desmerecer a acusação inicial, nascida com a denúncia, porque essa circunstância não retira do juiz o poder de apurar a verdade acerca da acusação constante da denúncia e de condenar o réu, caso entenda seja culpado.”

Mas à condição de parcialidade que é conduzido o Ministério Público, quando promove a ação penal, é sempre visando a um interesse maior comum, que é, em última análise, o interesse social: age em defesa do Estado enquanto sociedade. E é na defesa desse interesse social que se fundamenta a acusação no processo, como parte do contraditório, em busca sempre da verdade dita real, para que a lei seja corretamente aplicada, na medida adequada ao comportamento do acusado, com relação ao caso concreto, que pode ensejar o pedido de absolvição (SILVA, 2009, p. 81).

Com essa postura que assume no processo, aquela posição de parcialidade inicial do Ministério Público, vai se transmudando no curso da instrução, até chegar a um juízo de convencimento de culpa ou de inocência do acusado, cedendo lugar, por fim, à imparcialidade que vai se afeiçoar com a verdadeira justiça. Fundem-se, aí, aquelas duas atividades do Ministério Público - de acusador e de fiscal da execução da lei - fazendo com que prevaleça o interesse social, no qual também se insere o interesse do acusado.

O fim último perseguido pelo Ministério Público não é a condenação de um inocente ou de um possível inocente, mas a aplicação correta da lei para alcançar a

verdadeira justiça. Mas esse caráter de imparcialidade que chega a alcançar o Ministério Público ao final do contraditório não vai desnaturar a sua qualidade de parte no processo. Obviamente que não assume condição de uma parte comum, como se fosse um particular, o réu, por exemplo, atuando no processo como parte.

Participar do contraditório, como sujeito integrante da relação processual, é que confere ao Ministério Público a qualidade de parte. E aquele que toma parte ou que faz parte de um todo. E aquele que participa sem jurisdição (só o Juiz tem jurisdição) do contraditório instaurado perante o juiz, com direitos, obrigações, ônus, como sujeito ativo ou passivo, parcial ou imparcial, como titular ou não, do direito material e como *custos legis* (SILVA, 2009, p. 82).

A posição do Ministério Público como parte não se restringe a sua atuação como titular da ação penal, tão somente; vai além, até mesmo quando atua como custos legis no processo instaurado em razão de crime de ação privada. Neste caso, porém, poder-se-á dizer que é parte secundária na relação processual. Como titular da ação penal, o Ministério Público tem legitimidade e interesse para recorrer de qualquer decisão judicial, desde que, obviamente, estejam presentes os pressupostos recursais.

Como titular da ação penal, o Ministério Público tem legitimidade e interesse para recorrer de qualquer decisão judicial, desde que, obviamente, estejam presentes os pressupostos recursais. Poderá recorrer inclusive de sentença condenatória visando a absolvição do acusado, se um decreto absolutório se impuser, segundo a sua convicção, e desde que tenha se manifestado favorável nesse sentido. E pode recorrer para favorecer o réu porque sempre tem interesse na correta aplicação da lei (SILVA, 2009, p. 82).

Não teria sentido prático algum dizer que o Ministério Público "*é órgão da lei e fiscal da sua execução*" ou, então, que cabe ao Ministério Público "*promover, privativamente a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código*"; "*e fiscalizar a execução da lei*", nos termos da nova redação do art. 257, I e II, instituída pelo art. 10 da Lei nº 11.719/08, se diante de uma decisão no processo em que houvesse error in iudicando ou error in procedendo prolatada contra o réu, não lhe fossem reconhecidos legitimidade e interesse recursal para buscar a correção, ainda que favorecendo o acusado, se tiver oportunamente se manifestado pela nulidade do processo, ou pela absolvição (SILVA, 2009, p. 82).

Não, porém, se o juiz acolheu integralmente seu pedido e condenou o réu. Nessa hipótese, não há sucumbência, a decisão não lhe acarretou qualquer gravame; ao contrário, sua pretensão foi satisfeita, segundo sua convicção e expectativa. Segundo Cesar Antonio da Silva (2009, p. 75):

“O Ministério Público tem legitimidade e interesse para recorrer inclusive quando atua em processo de ação privada exclusiva ou subsidiária. Não, porém, quando o querelado for absolvido em crime de ação privada exclusiva, cuja legitimidade e interesse recursal é do ofendido, apenas, ou de quem tenha qualidade para representá-lo, em decorrência do princípio da disponibilidade da ação penal, inclusive com relação ao perdão que pode conceder até o trânsito em julgado da sentença (CPP, art. 51). Em se tratando de ação privada subsidiária da pública, a situação é outra, isto é, pode o Ministério Público insurgir-se também contra o mérito da sentença absolutória, dela recorrendo. Assim deixa transparecer os termos do art. 29 do CPP.”

O art. 268 do CPP diz que poderá intervir como assistente do Ministério Público, em todos os termos da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal, ou, no caso de morte ou quando declarado ausente por decisão judicial, qualquer das pessoas arroladas no art. 31: cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. E, segundo aquele mesmo artigo, o ofendido ou qualquer dessas pessoas poderão intervir como assistente, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória ou absolutória (GRINOVER, 2009, p. 38).

Parte da doutrina e da jurisprudência se inclina no sentido de que o interesse do assistente, como, ademais, do ofendido não habilitado, ou de seu representante legal, ou, ainda, de seus sucessores (art. 598), cinge-se ao interesse de ordem patrimonial, isto é, a interesse à reparação do dano advindo do crime. Entretanto, existe uma corrente doutrinária que entende que o ofendido, ou seu representante legal ou seus sucessores somente podem apelar quando houver dano a ser reparado, pode também apelar para agravar a pena aplicada ao réu, quando inadequada (SILVA, 2009, p. 76). Cesar Antonio da Silva leciona que (2009, p. 83):

“Não há nenhuma disposição legal no sentido de que o recurso do ofendido se restrinja, tão somente, aos casos em que haja interesse de ordem patrimonial. Ao contrário, a lei deixa clara a possibilidade de interposição de apelação por parte do ofendido, visando a majoração da pena, bem como a de recorrer em sentido estrito, das decisões de impronúncia (da decisão de impronúncia o recurso passou a ser o de apelação, por força do art. 416 do CPP, com a nova redação instituída pelo 1º da Lei 11.689/08, motivo pelo qual a legitimidade do ofendido que antes era para recorrer em sentido estrito, agora é para apelar nos termos do art. 598 do CPP); que decretar a

prescrição ou julgar, por outro modo, extinta a punibilidade (art. 581, VIII), tendo em vista o disposto no § 1º do art. 584 do CPP, que diz: 'Ao recurso interposto de sentença de impronúncia ou no caso do n. VIII do art. 581, aplicar-se-á o disposto nos arts. 596 e 598'. E, a partir daí, como corolário, dependendo de cada decisão judicial, poderão emergir possibilidades para a interposição de outros recursos, como recurso em sentido estrito da decisão que denegar a apelação; carta testemunhável da decisão que denegar o recurso em sentido estrito; embargos de declaração; recursos especial e extraordinário, agravo e embargos infringentes."

Não se pode olvidar também que a nossa legislação processual penal ao admitir interpretação extensiva e aplicação analógica, amplia a possibilidade recursal do ofendido, como na hipótese de absolvição sumária com fundamento no art. 411 do CPP (atualmente é o art. 415 do CPP, em face da nova redação instituída pelo art. 1º da Lei nº 11.689/08). Nesse caso, a par do interesse na condenação com um apenamento merecido e justo que poderia ocorrer, fosse o réu pronunciado e posteriormente submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o que evidentemente não ocorreu, não deixa de haver interesse de ordem patrimonial, que também legitima o ofendido a recorrer.

E este interesse algumas vezes predomina à pretensão a uma sentença condenatória por parte do ofendido, embora não seja o único. No caso, embora não haja previsibilidade expressa na legislação processual penal para o ofendido recorrer de absolvição sumária, entende-se não estar de toda afastada essa possibilidade, uma vez que podem ser estendidas à hipótese, as disposições do art. 581, VI, c/c o art. 584, § 1º, do CPP, por força do art. 3º, que admite a interpretação extensiva e aplicação analógica (atualmente essa previsão recursal está no art. 598 do CPP, tendo em vista que o recurso a ser interposto da absolvição sumária passou a ser de apelação, nos termos do art. 416 do CPP, por força do art. 1º da Lei nº 11.689/08, que instituiu nova redação ao Capítulo II do Título I, do Livro II, do CPP) (SILVA, 2009, p. 84).

Da sentença de pronúncia que não reconhece qualificadora descrita na peça acusatória, cabe recurso em sentido estrito por parte do assistente, uma vez que, negada a existência da qualificadora descrita na denúncia, equivale, neste aspecto, a decisão de impronúncia. A lei não subtrai do ofendido habilitado ou não, como assistente, ou de seu representante legal, ou daquelas pessoas indicadas no art. 31 do CPP, o direito de apelar também para o agravamento da pena (SILVA, 2009, p. 84).

E o direito de apelar do ofendido ou de seus sucessores, nesse sentido, ou seja, visando ao agravamento da pena, com ou sem interesse de ordem patrimonial, encontra respaldo no próprio art. 598 do CPP, ao prever que:

“Nos crimes da competência do Tribunal do Júri, ou do juiz singular, se da sentença não for interposta apelação pelo Ministério Público no prazo legal, o ofendido ou qualquer das pessoas enumeradas no art. 31, ainda que não se tenha habilitado como assistente, poderá interpor apelação, que não terá, porém, efeito suspensivo.”

Não se vislumbra nesse artigo, qualquer vedação ao recurso de apelação do ofendido ou de seus sucessores, caso não apele o Ministério Público. Ora, o art. 598, ao dizer que cabe apelação da sentença, não faz qualquer distinção entre sentença condenatória ou absolutória. Logo, não há como se negar que o apelo do ofendido possa ser também da sentença condenatória, se entender que o apenamento não foi adequado, ou seja, ficou aquém daquele previsto em lei, por não ter sido levada em consideração, por exemplo, determinada qualificadora (SILVA, 2009, p. 85).

Cesar Antonio da Silva explica que (2009, p. 85):

“Ainda que seja detentor de interesse próprio, o ofendido habilitado ou não, como assistente ou seus sucessores, torna-se um litisconsórcio na pretensão resultante do ilícito. Seu direito subjetivo público, assim, não encontra restrição nenhuma na lei. E, se a lei o admite com apenas algumas limitações, arts. 29, 271, 584, § 1º, e 598 do CPP, outras não podem ser reconhecidas, sob pena de ferir-lhe interesse seu, vale dizer, oportunidade de alegar e provar dentro do processo de conhecimento, bem assim ver aplicação correspondente da lei ao comportamento típico, antijurídico e culpável, reconhecidos na decisão judicial. Se fosse vedado ao ofendido habilitado ou não, como assistente, bem como ao seu representante legal e seus sucessores, interpor recurso de apelação também de sentença condenatória para majorar a pena, não se poderia, por certo, admitir interesse em apenamento do acusado quando agisse na hipótese prevista no art. 5º, LIX da CF e art. 29 do CPP, ou seja, quando a ação penal pública se transmuda para ação penal privada subsidiária por não ter o Ministério Público ofertado denúncia no prazo legal. Neste particular, o interesse primeiro do ofendido é, sem dúvida, a busca de uma condenação e, alcançando-a, não se conformando com a pena aplicada, poderá, sem qualquer obstáculo, apelar pleiteando a majoração. Assim, se neste caso, há legítimo interesse no agravamento da pena, entendemos não se poder negar esse mesmo interesse quando age naquelas condições permitidas no art. 598. E não se diga que o interesse neste caso é de ordem patrimonial apenas, porque não faria sentido pleitear condenação no crime com esse fim, apenas, quando se sabe que necessária se faz a busca da verdade real, com provas mais consistentes, portanto. Obviamente que é muito mais difícil buscar uma condenação no crime, do que pleitear na esfera civil a reparação do dano, onde a verdade pode ser formal e, por conseguinte, muito mais fácil de obtê-la.”

O interesse à justa punição do réu pode também emergir em algumas contravenções, quando alguém for diretamente atingido. Aliás, não poderia ser diferente, uma vez que o art. 268 do CPP abre a possibilidade de o ofendido se habilitar como assistente do Ministério Público, "em todos os termos da ação pública". Ainda que não habilitado, o art. 598, neste sentido, também não faz restrição à apelação do ofendido, de seu representante legal e de seus sucessores.

A ação penal em decorrência de contravenção é pública e é promovida pelo Ministério Público, segundo o disposto no art. 129, I, da CF. Logo, quando houver pessoa física ofendida pela contravenção, e isto pode ocorrer quando o sujeito passivo não for o Estado, tão somente - como as vias de fato, perigo de desabamento, emissão de fumaça, vapor ou gás, omissão de cautela na guarda ou condução de animais, dentre outras - pode haver a figura do ofendido visando a condenação, quer para se ressarcir de eventual dano por intermédio da sentença condenatória, quer para pleitear apenas a aplicação de pena adequada (SILVA, 2009, p. 86).

Há que se registrar, também, que, quando da sentença absolutória apela o Ministério Público, quer se trate de crime, quer de contravenção, não importa, não podem o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores simultaneamente recorrer pelo mesmo motivo. Nesse sentido é claro o art. 598 do CPP. Mas, ressalte-se, não pode apelar o assistente quando o apelo tiver o mesmo fim, visar ao mesmo objetivo do recurso interposto pelo Ministério Público.

Quando não houver identidade de objeto, comporta também o apelo do ofendido, vez que pode se tratar de ponto relevante da sentença que não foi atingido pelo recurso do órgão da lei. Pode ocorrer que o Ministério Público interponha apelação de parte, apenas, da sentença, especificando o ponto de sua inconformidade e, assim, deixar de apelar de parte do julgado. O art. 599 do CPP permite esse proceder de forma expressa (SILVA, 2009, p. 86).

Mas o interesse e legitimidade do ofendido habilitado, ou não, como assistente, de seu representante legal e das pessoas indicadas no art. 31 do CPP, para recorrer, dependendo do recurso que interpuserem, outras possibilidades recursais surgirão. Se o recurso for de apelação nos casos autorizados pelo art. 598 do CPP e o juiz decidir pela denegação ou pela deserção, é cabível o recurso em sentido estrito, conforme o disposto no art. 581, XV, do CPP, por princípio de lógica, de coerência, porque, obviamente, a decisão que denega a apelação ou que a

julgue deserta, estará obstaculizando o prosseguimento e, conseqüentemente, acarretando prejuízo à parte recorrente. Além disso, se o magistrado obstaculizar o prosseguimento deste último recurso, ou seja, do recurso em sentido estrito, essa legitimidade e interesses recursais continuam, permanecem, como corolário do recurso anterior; tornando possível, agora, outro recurso: a carta testemunhável (SILVA, 2009, p. 87).

O assistente e, por via oblíqua, seu representante legal, bem como os seus sucessores, têm interesse e legitimidade para recorrer inclusive extraordinariamente. A regra é de que em todos os termos da ação penal pública poderá se habilitar como assistente do Ministério Público, o ofendido, ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no art. 31 do CPP. Mas, ainda que não se tenha habilitado como assistente do Ministério Público, pode também apelar, segundo a regra do art. 598 do CPP (SILVA, 2009, p. 87).

Casos há, porém, em que o ofendido não está legitimado a se habilitar como assistente, em razão de determinadas peculiaridades em decorrência da posição que está assumindo no processo. Muitas vezes o co-réu num mesmo processo, também é vítima (ofendido).

A condição de corréu é em decorrência, apenas, de interpretação, de convencimento do Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, até por inexistência de prova inicial mais consistente no sentido de excluir, de plano, por exemplo, a autoria do fato, porque, para que a denúncia seja oferecida e recebida, basta o juízo de suspeita, minimamente apoiado em elementos de informação obtidos no inquérito policial, ou por outro meio, suficiente para revelar que a acusação é viável e que não seja mera obra de capricho e de abuso de poder (SILVA, 2009, p. 87).

Novamente as palavras de Cesar Antonio da Silva é no sentido de (2009, p. 88):

“A qualidade de ofendido, entretanto, surge em caráter definitivo, no momento, v.g., em que o indivíduo é afetado por lesões corporais, devidamente atestadas por laudo pericial. Enquanto a acusação que o levou a condição de co-réu no mesmo processo, pode não ir além dos limites da formalidade processual. A ofensa a bem jurídico do indivíduo, como lesões corporais, é uma situação de natureza substancial, material que, uma vez demonstrada, não pode ser desfeita no plano jurídico. Materialmente até pode desaparecer determinada lesão corporal, mas aquele bem jurídico do indivíduo que fora afetado, ou seja, a sua integridade corporal, física, considerada indisponível, sempre há de persistir.”

Querelante é aquele que ocupa lugar no pólo ativo da relação processual. Querelante é, portanto, o ofendido ou quem tenha qualidade para representá-lo ou, no caso de sua morte, ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

A posição de querelante que assume o ofendido restringe-se aos casos de ação privada exclusiva e de ação privada subsidiária da pública. "A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo" (CP, art. 100, § 2º; CPP, art. 30), e a "ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal" (CF, art. 5º, LIX; CP, art. 100, § 3º; CPP, art. 29).

Em ambos os casos, ocorrendo a morte ou ausência do ofendido, antes de iniciada a ação penal, podem promovê-la, no prazo legal (CP, art. 100, § 4º e CPP, art. 38), e, da mesma forma, nela prosseguir, exceto quando se tratar de direito personalíssimo, nos casos previstos no art. 236, parágrafo único, em que a ação penal é exclusiva do ofendido, não tendo legitimidade para agir aquelas pessoas indicadas no art. 31 do CPP e no art. 100, § 4º, do CP (SILVA, 2009, p. 89).

A querelante está autorizada a recorrer, pelo art. 577 do CPP, quer quando se trate de ação penal privada exclusiva, quer quando se trate de ação privada subsidiária da pública. Ao ofendido menor de 18 anos de idade, ou mentalmente enfermo ou retardado mental, que não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os daquele, o juiz nomear-lhe-á curador de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, para exercer o direito de queixa (CPP, art. 33) (SILVA, 2009, p. 83).

Ao ofendido menor de 18 anos de idade, ou mentalmente enfermo ou retardado mental, que não tiver representante legal ou colidirem os interesses deste com os daquele, o juiz nomear-lhe-á curador de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, para exercer o direito de queixa (CPP, art. 33). Embora diga esse regramento que o curador especial nomeado pelo juiz é para exercer o direito de queixa, não obrigatória mas facultativamente, ao que parece haver dúvida de que o mesmo curador especial, ou outro nomeado pelo juiz, deverá continuar atuando no processo (SILVA, 2009, p. 85).

Ainda que não tenha habilitação técnica para postular em juízo, o CPP admite que o réu pessoalmente possa recorrer da decisão que lhe for desfavorável, nos termos do art. 577 do CPP. Todavia, essa previsão legal encontra obstáculo no

art. 133 da CF/88, que diz: O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestação no exercício da profissão, nos limites da lei. E a Lei nº 8.096, de 04.07.1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), prevê em seu art. 1º, as atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais, exceto para impetrar habeas corpus.

Como a defesa do réu terá de ser a mais ampla possível, conclui-se que ele, pessoalmente, ou qualquer outra pessoa que não tenha habilitação profissional adequada, isto é, que não seja advogado inscrito na OAB, não pode recorrer pessoalmente; mas se interpuser recurso nos termos do disposto no art. 577 do CPP, as razões deverão ser oferecidas por profissional habilitado, seja ele advogado constituído ou dativo, ou de curador público, a fim de que a defesa ampla seja a mais completa possível, nos termos da CF (art. 5º, LV). Também ao curador nomeado nos termos do art. 262 do CPP, deverá ser advogado devidamente habilitado junto à OAB, para que a defesa dos interesses do acusado menor de 18 anos, seja feita de forma satisfatória, e não uma mera formalidade (Silva, 2009, p. 87).

No mesmo sentido Cesar Antonio da Silva aponta que (2009, p. 87):

Por vezes até mesmo quando absolvido, o réu, por seu defensor, poderá recorrer, desde que haja legítimo interesse na reforma ou modificação da decisão. Quando absolvido com fundamento no art. 386, VII do CPP (redução alterada pelo art. 1º da Lei 11.690/08), por exemplo, de algum fato que lhe fora imputado, trata-se de absolvição por não existir prova suficiente para a condenação. Sentença absolutória por esse fundamento não impedirá que a vítima vá postular, no juízo cível, ressarcimento de dano, uma vez que a responsabilidade civil é independente da criminal. O interesse do réu na reforma ou modificação da sentença emerge, nessa hipótese, porque, uma vez absolvido por insuficiência de prova para a condenação, enseja ressarcimento de dano no cível, enquanto que, se absolvido com fundamento no art. 386, I, por exemplo, do CPP, fica afastada a possibilidade de quem sofreu o dano pleitear qualquer ressarcimento no cível, por ficar reconhecida na sentença a inexistência material do fato. Ora, se provado que o fato não existiu, ressarcir o quê? Incide, aí, o disposto no art. 66 do CPP.

Muitas vezes o ofendido se habilita como assistente do Ministério Público objetivando a condenação do acusado para, com isto, alcançar o título executivo judicial e, em consequência, não mais ter que discutir no cível a ocorrência do fato e respectiva autoria, uma vez que, fazendo, como faz coisa julgada no cível, a

sentença condenatória irrecorrível, basta que haja a execução, com discussão em sede civil tão somente do *quantum* a ser apurado (SILVA, 2009, p. 88).

Tem legitimidade e interesse também em recorrer qualquer pessoa do povo (CPP, art. 581, XIV), na hipótese de alteração da lista geral de jurados (CPP, § 1º do art. 426, com a nova redação determinada pelo art. 1º da Lei nº 11.689/08). A lista poderá ser alterada, de ofício ou mediante reclamação de qualquer do povo ao juiz presidente. Deixa transparecer a disposição legal que qualquer do povo poderá "reclamar" ao juiz presidente sobre a inclusão ou exclusão de alguém na lista geral de jurado.

Quer parecer que dependendo da decisão do juiz, caberá recurso em sentido estrito do interessado, do excluído, se for o caso, e de qualquer pessoa do povo, se mantido na lista geral, nos termos do art. 581, XIV, do CPP. O recurso é dirigido ao presidente do Tribunal de Justiça (trata-se de exceção à regra, conforme estabelece o parágrafo único do art. 582 do CPP), e terá de ser interposto no prazo de 20 dias (CPP, art. 586, parágrafo único) (SILVA, 2009, p. 88).

Se o querelante for um dos cônjuges na ação penal privada personalíssima, somente ele tem legitimidade e interesse para interpor recurso, com exclusividade, assim como também para promover a ação penal e nela prosseguir, sem excluir, evidentemente, o Ministério Público na condição de *custos legis*.

Extraem-se as primeiras características dos recursos: a) o fato de serem eles anteriores à coisa julgada (embora o inverso não seja verdadeiro - pois certas ações de impugnação podem ser utilizadas antes da coisa julgada -, esse não deixa de ser um dado constante nos recursos); b) a circunstância de não ensejarem a instauração de nova relação processual.

Outra característica dos recursos é a sua voluntariedade, pois sua interposição depende sempre de ato de vontade do recorrente. Por isso mesmo, não guarda natureza de recurso o instituto que, numa técnica já abandonada pelos modernos códigos processuais, o CPP brasileiro denomina "recurso de ofício" (GRINOVER, 2009, p. 38).

E, finalmente, os recursos representam sempre um meio de impugnação da decisão judiciária, visando na maioria das vezes à sua reforma ou invalidação, mas também podendo limitar-se a pretender sua revisão apenas para efeitos de esclarecimento ou integração (GRINOVER, 2009, p. 38).

1.3 Efeitos

O primeiro e constante efeito dos recursos é o de impedir a preclusão. Aliás, mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de lhe estar sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas prolonga a referida ineficácia, que cessará se o recurso não vier a ser interposto. Para alguns, a decisão sujeita a recurso seria ato perfeito, mas sujeito a revogação, ocorrendo esta apenas quando o órgão ad quem a reformasse.

Entretanto, a tese predominante (consagrada expressamente no art. 512 do CPC) é a de que a decisão de grau superior substitui sempre a recorrida, ainda que a confirme. Ademais, não se pode falar em ato perfeito, se ainda se trata de ato ineficaz. Para outros, tratar-se-ia de ato submetido a condição resolutiva: a decisão nasceria desde logo provida dos requisitos necessários para viver de maneira estável, mas exposta a perder a eficácia no caso de o julgamento na instância recursal reformá-la (GRINOVER, 2009, p. 48).

Critica-se a tese observando que, a ser assim, a sentença condenatória recorrível deveria produzir efeitos executórios desde logo, o que é excepcional. Ademais, para o processo penal não se pode cogitar de execução antecipada da pena, em face do princípio constitucional da presunção de inocência. Outra teoria, utilizando o conceito de situação jurídica para caracterizar a natureza da decisão sujeita a recurso, afirma configurar ela mera possibilidade de sentença, à espera, para aperfeiçoar-se, de que fique definitivamente excluída a eventualidade de novo julgamento (GRINOVER, 2009, p. 48).

Mas esse enfoque não explica como poderia a simples possibilidade de sentença produzir, ainda que em casos excepcionais, efeitos executórios. Em processo penal, a absolvição gera imediatamente para o réu o direito à liberdade, assim como ocorre com a desclassificação do crime hediondo, que modifica a situação do réu.

Prefere-se a posição no sentido de a decisão sujeita a recurso ser ato subordinado a condição suspensiva: a sentença nasce com todos os requisitos necessários à sua existência, mas, de ordinário, privada de sua eficácia. A não superveniência de outro pronunciamento, na instância recursal, permite à decisão

recorrida irradiar os efeitos próprios. Mas se o órgão ad quem emite nova decisão (confirmatória ou de reforma), a condição vem a faltar e a decisão da jurisdição superior substitui a de grau inferior (GRINOVER, 2009, p. 49).

Outro efeito constante e comum dos recursos é o devolutivo. Este consiste em devolver ao tribunal ad quem o conhecimento da matéria impugnada, julgada no grau inferior de jurisdição, bem como da cognoscível de ofício. No sistema brasileiro, há efeito devolutivo sempre que se transfira ao órgão ad quem o conhecimento de matéria (total ou parcial) já submetida ao julgamento do órgão inferior. O Brasil não adota o conceito restrito de efeito devolutivo, pelo qual este compreenderia apenas a matéria cognoscível de ofício, ou então a matéria atinente ao *meritum causae* (GRINOVER, 2009, p. 49). Cesar Antonio da Silva esclarece que (2009, p. 50):

O efeito suspensivo do recurso significa que, em certas hipóteses, sua interposição impede a produção imediata dos efeitos da decisão. O recurso suspende toda a eficácia desta (e não apenas a eficácia executiva da sentença condenatória). Aliás, como já dito, antes da interposição do recurso e pela simples possibilidade de sua interposição, a decisão ainda é ineficaz. De modo que a rigor não é o recurso que tem efeito suspensivo, tendo antes o condão de prolongar a condição de ineficácia da decisão.

Diga-se desde logo que no processo penal a questão dos efeitos dos recursos - meramente devolutivo, ou também suspensivo - tem relevância fundamental no que concerne à prisão: por isso, a apelação da sentença absolutória tem efeito meramente devolutivo, não suspendendo a eficácia da decisão, com a consequência de que o recurso do Ministério Público não impede que o acusado seja posto imediatamente em liberdade (art. 596 CPP).

Ao contrário, a apelação da sentença condenatória, pela defesa, tem efeito suspensivo, não podendo ocorrer antecipação dos efeitos executórios em face do princípio constitucional segundo o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF) (GRINOVER, 2009, p. 45).

Esse entendimento foi plenamente consagrado com a revogação, pela Lei nº 11.719/2008, do art. 594 CPP, que exigia a prisão do réu para apelar da sentença condenatória, salvo se primário e de bons antecedentes. Agora, com o novo parágrafo único acrescentado ao art. 387 do CPP, o juiz deverá examinar, na sentença, se há fundamento para a prisão preventiva ou outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta (GRINOVER, 2009,

p. 46).

Quanto à extensão, o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. Se o recurso for total, todas as questões serão objeto de reexame. Mas se for parcial, o julgamento no grau superior só terá por objeto a matéria atacada pelo recorrente. Além disso, se houver matéria que o tribunal possa conhecer de ofício (como a atinente às nulidades absolutas, à inexistência jurídica de atos processuais, às condições da ação etc.), o tribunal também a julgará, ainda que não invocada pelo recorrente (GRINOVER, 2009, p. 47).

Mas, dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do tribunal é maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. Assim, nos limites da matéria impugnada ou cognoscível de ofício e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir (que delimitam a pretensão), o tribunal poderá livremente apreciar, no recurso, aspectos que não foram suscitados pelas partes.

Se o entender conveniente, converterá o julgamento em diligência para a produção de novas provas, destinadas à formação do convencimento de seus membros, e poderá excluir as que considerar ilícitas do material probatório; se o considerar oportuno, poderá reinquirir o réu e será livre para levantar novas teses jurídicas. Apenas, deverá garantir que tudo isso seja feito em contraditório, na presença das partes, dando a estas a oportunidade de contradizer, inclusive provando (GRINOVER, 2009, p. 48).

Por isso mesmo, dentro da matéria impugnada, são plenos os poderes instrutórios do tribunal, ainda que os códigos somente se refiram a eles para certos recursos (ex.: art. 616 CPP). Saliente-se que nada disso importará em supressão do primeiro grau de jurisdição, uma vez que o juiz *a quo* decidiu a causa com base no material instrutório que entendeu suficiente (GRINOVER, 2009, p. 48).

Encontra-se na doutrina a afirmação de que outro efeito dos recursos seria o extensivo, como aproveitamento da decisão favorável a um litisconsorte que não recorreu, em determinadas circunstâncias (art. 509, CPC), ou - especificamente para o processo penal - o mesmo aproveitamento em benefício do co-réu que não recorreu, quando o benefício obtido pelo recorrente não se fundou em motivos estritamente pessoais (art. 580, CPP). O fenômeno não configura, porém, efeito autônomo dos recursos, mas sim extensão subjetiva dos efeitos propriamente ditos (GRINOVER, 2009, p. 49).

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE OS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

2.1 Origem e Conceito

Os embargos são recursos advindos do direito lusitano na época da monarquia, a título de direito consuetudinário, em que, segundo Adalberto Aranha (1988, p. 138):

“...tal costume tomou for, de ser agasalhado e regulamentado pelas Ordenações Afonsinas, o primeiro diploma legal a reconhecer o citado recurso. A referida fonte legislativa instituiu os embargos modificativos, cujo escopo era, obviamente, o de modificar uma sentença já proferida. Mais tarde, com amplitude maior; surgiram os embargos ofensivos, cuja finalidade já era a de atacar o ponto principal e controvertido da decisão recorrida.”

Normalmente, estas espécies de embargos tinham aplicação quer no âmbito civil, quer no quadrante penal. No Brasil, quando da vigência da legislação reinol, o Regulamento das Relações do Império foi instituído pelo Decreto n. 5.618, de 2-5-1874, cujo art. 156 aduzia que somente se admitiam os embargos dos acórdãos da Relação, proferidos em causas cíveis, em grau de apelação ou de execução, e nos processos crimes a que se referiam os arts. 90 a 105 deste Regulamento, os quais faziam menção ao de responsabilidade da competência originária e privativa das Relações (MOSSIN, 2008, p. 372).

Assim, os embargos eram recursos exclusivos de decisão de segundo grau e somente eram admitidos por uma única vez, salvo quando se cuidasse de embargos declaratórios, por força do que dispunha o art. 157 do encimado Regulamento.

O Decreto n. 848, de 11-10-1890, que organizou a Justiça Federal, e o de n. 221, de 20-11-1894, que completou sua organização, ao que se deduz, fizeram com que prevalecesse o sistema de recursos ordinários regulados pela legislação imperial em que havia a previsão dos embargos (MOSSIN, 2008, p. 372).

Com a promulgação do Decreto n. 938, de 29-12-1902, podiam ser opostos embargos de nulidade da sentença e do processo, bem como infringentes do julgado

às decisões finais do Supremo Tribunal Federal (art. 3º). O vigente Código de Processo Penal previu os embargos declaratórios em nível de do grau, quando a sentença contiver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão (art. 619) (MOSSIN, 2008, p. 375).

Da mesma forma, o legislador previu idênticos embargos em oposição à sentença de primeiro grau (art. 382 do CPP). No que tange aos embargos infringentes e de nulidade, os mesmos se encontram previstos pelo precitado Estatuto, em nível de legislação ordinária, quando a decisão for de segundo grau (art. 609, parágrafo único, do CPP).

A palavra embargos tem variação expressiva de significados, tendo sido a inclusive, aparecido como desembargo (Ordenações Filipinas, Liv. IV, tit. 14). No singular, tem ela o sentido étimo de arresto, sequestro, apreensão judicial. Constitui-se ela também em remédio preventivo para obstar a superveniência que prejudique algum prédio (embargo de obra nova) (MOSSIN, 2008, p. 375).

A palavra deriva do verbo embargar, que se atribui originado do baixo *latim imbaricare*, que em sentido amplo quer significar todo e qualquer impedimento, obstáculo ou embaraço posto em prática por uma pessoa, a fim de que evite que outrem possa agir ou fazer alguma coisa, que não é de seu interesse ou que lhe contraria o direito (MOSSIN, 2008, p. 375).

Segundo o autor Heráclito Mossin (2009, p. 375):

“Enfim, embargo constitui-se em meio ou medida de oposição a ato ou ação de outrem, para que os impeça ou seja suspensa sua execução. A palavra quando empregada no plural - embargos -, ao rigor da técnica do Direito Processual, é a expressão usada para indicar o recurso judicial, utilizado por uma pessoa, seja ou não parte no feito (embargos de terceiro), para se opor aos efeitos do despacho ou sentença proferida em uma relação jurídico-processual, mesmo na fase inicial à fase executória.”

Nesta linha de raciocínio, verifica-se que os embargos estão sendo objeto de uma ótica ampla no campo do Direito Processual, abrangendo o civil e o penal. E como se isso não bastasse, a utilização dos embargos como recurso deve ser vista como em sentido estrito, para exatamente distingui-los de medidas judiciais como o sequestro ou o arresto ou de qualquer outra medida de defesa de alguém para segurança de seu direito (MOSSIN, 2008, p. 375).

Portanto, na linha processual os embargos são instrumentos de oposição ou impugnação, mais precisamente, de sentença judicial que tenha causado gravame a

alguém. No campo processual penal, a utilização dos embargos quer de quer infringentes e de nulidade, somente é utilizável pelas partes da relação jurídico-processual.

Os embargos infringentes e de nulidade configuram um único recurso, e não dois tipos de embargos, como sugere sua denominação. A distinção decorre da matéria objeto de impugnação do recurso: a) será infringente quando versar acerca do mérito da causa, ou seja, direito material, com o fito de reformar a decisão por outra; b) será de nulidade quando discutir questão de natureza estritamente processual, objetivando a anulação do julgamento. Edilson Mougenot Bonfim aduz que (2009, p. 702):

“Trata-se de recurso exclusivo da defesa, oposto contra decisão de segunda instância tomada por maioria de votos, objetivando a revisão do julgamento não unânime. O fato de ser recurso exclusivo da defesa não macula o princípio do contraditório e da igualdade das partes, uma vez que representa garantia individual do réu no exercício da ampla defesa. Cumpre notar que tal recurso, quando no âmbito da Justiça Militar, prevê a legitimidade da acusação para a interposição dos embargos das decisões não unânimes do Superior Tribunal Militar (art. 538 do CPPM), deixando de ser recurso privativo da defesa. Se o acórdão for unânime, não pode a defesa dele se utilizar, ainda que haja divergência em relação à motivação dos votos. Tal regra, todavia, não é absoluta, devendo ser mitigada quando a motivação divergente do acórdão puder trazer reflexos civis negativos ao réu.”

Através dos embargos infringentes, amplia-se a composição da turma julgadora, de sorte a propiciar o reexame da matéria que foi objeto de divergência, abrindo-se a possibilidade de que, a prevalecer o voto divergente, seja melhorada a situação do acusado.

Para efeito de definição, imprescindível se torna fazer a distinção entre embargos infringentes e embargos de nulidade. Os infringentes, também denominados de ofensivos, colimam a reforma do acórdão, incidindo, portanto, sobre o *meritum causae*. Os de nulidade objetivam a anulação da decisão colegiada de grau superior. Portanto, para efeito de definição, enquanto os embargos infringentes são recursos para combater a decisão sobre o mérito contido no acórdão embargado, os de nulidades objetivam contestar o julgamento sobre nulidade processual havida no aresto embargado (MOSSIN, 2008, p. 376).

2.2 Natureza Jurídica

Os embargos elevam-se à categoria de recurso, porém diferenciada, eis que nos embargos infringentes, há pedido de reexame a juízes que tomaram parte no julgamento de que se recorre. Existe, desse modo, imanente, um pedido de retratação. Conjuga-se, pois, nesse recurso, a retratação e a devolução. O ato decisório envolverá para alguns julgadores um novo exame do que foi deduzido no recurso anterior, e daí o caráter de retratação que os embargos infringentes apresentam, embora sejam qualificados legalmente como recurso. Não há dúvida quanto à natureza recursal dos embargos infringentes, mas com o reexame impregnado de retratação, o que lhe imprime, como recurso, um caráter todo peculiar (MOSSIN, 2008, p. 376).

2.3 Pressupostos Processuais

Os pressupostos recursais objetivos para os embargos infringentes e de nulidade estão consubstanciados no parágrafo único do art. 609 do Código de Processo.

Somente poderá ser objeto de embargos infringentes e de nulidade a decisão colegiados de segunda instância, ficando dessa forma afastada a viabilidade de seu emprego em se tratando de sentença de primeiro grau. A razão de sua não incidência quanto à sentença provinda de órgão jurisdicional inferior está em que, sendo ele monocrático, não pode haver divergência quanto ao decisum, exceto quando o mesmo advier de julgamento afeto ao Tribunal do Júri (MOSSIN, 2008, p. 378).

Pertinentemente à decisão em segunda instância, há de se estabelecerem duas situações: (a) julgamento da pretensão punitiva em ação penal de competência originária do tribunal; (b) decisão emergente de recurso.

Na primeira hipótese, Hélio Tornaghi sustenta que (2009, p. 351):

“...a meu ver a lei refere-se ao grau do tribunal, e não ao do processo. Em outras palavras: os embargos são cabíveis contra decisões de tribunais de segunda instância, mesmo no caso de competência originária. E até pode admitir-se que nessa hipótese é que os embargos são mais úteis, pois a decisão não foi objeto de nenhum recurso.”

Diverge desta colocação Eduardo Espínola: *"Falando-se em decisão de segunda instância, fica excluído o julgamento da ação da competência originária de tribunal coletivo (ESPÍNOLA, 2007, p. 329). Faz certo afirmar que a expressão "decisão de segunda instância" insculpida no parágrafo único do art. 609, do Código de Processo Penal, dá a conotação de julgamento em grau recursal, além do que a previsão de tais embargos está no capítulo que trata do processo e do julgamento dos recursos em sentido estrito e das apelações. Dai por que o pedido de retratação não pode ser feito relativamente a aresto que provém de ação penal originária de competência do tribunal (MOSSIN, 2008, p. 378).*

No que diz respeito à decisão proveniente de recurso, a matéria não se pacífica, quer do ponto de vista doutrinário, quer no quadrante jurisprudencial. Entende Eduardo Espínola que "o texto do preceito incorporado ao de Processo Penal, referente a decisão de segunda instância não unânime estende o cabimento dos embargos de nulidade contra todo o julgamento criminal de segunda instância" (ESPÍNOLA, 2007, p. 329).

Por seu turno, Vicente Greco Filho professora que *"cabem os embargos infringentes ou de nulidade da decisão de segundo grau, no todo ou em parte não-unânime desfavorável ao acusado, proferida em recurso no sentido estrito e na apelação"* (GRECO FILHO, 2008, p. 333).

Em nível de Supremo Tribunal Federal a matéria torna-se inquestionável, porquanto seu Regimento Interno, no art. 333, inciso I, aduz literalmente: *"Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: que julgar improcedente a revisão criminal"*.

Para que os embargos infringentes tenham cabimento, não é suficiente que a decisão seja prolatada por órgão de segundo grau, mas também que seja ela, por não unanimidade, desfavorável ao réu. Assim, deverá haver na decisão desfavorável ao embargante algum voto vencido ou divergente a seu favor. Assim, se não há voto vencido, não há como pedir o reexame para a adoção da tese nele contida (MOSSIN, 2008, p. 382).

Na realidade, *"os embargos infringentes são recursos de pressuposto*

especial que só se admitem quando a decisão que causa gravame a sucumbente, foi proferida no Juízo ad quem, por maioria de votos, e não por unanimidade" (ESPÍNOLA, 2007, p. 330).

Ademais, a regra da decisão plurânime vigora com absolutismo rigoroso, o que não permite a oposição dos embargos, quando na decisão unânime houver fundamentação divergentes, restando ao sucumbente a utilização do recurso especial o extraordinário, se a divergência percutir sobre matéria de direito devidamente pré-questionada. Tourinho Filho observa que (2009, p. 337):

“Quando a decisão de 2ª instância, desfavorável ao réu, não for unânime, e versar a divergência sobre matéria estritamente processual, capaz de tornar inválido o processo, os embargos são denominado 'de nulidade, porquanto não lhe visam à modificação, mas à anulação do feito, possibilitando sua renovação. Se o Tribunal, por exemplo, rechaçar a preliminar de nulidade por incompetência de juízo, e o voto vencido vier a acolhê-la, a defesa poderá opor embargos de nulidade, que se restringirão a esta.”

Note-se que a decisão colegiada embargável pode resultar também de recurso interposto pela acusação. Assim, para cabimento dos embargos, independe qual parte tenha dado causa ao procedimento recursal. Além disso, ainda visando a esclarecimento, se o voto divergente for contra ou desfavorável ao réu, é inconcusso que os embargos são incabíveis.

Para a permissibilidade dos embargos não há necessidade de que a desfavorabilidade do julgado seja absoluta, mas poderá esta também ser relativa ou parcial. Nesta linha de raciocínio, não é indeclinável que o voto vencido seja contrário aos vencedores; basta que aquele gerador dos embargos, que foi favorável ao réu, divirja apenas parcialmente daqueles vencedores, que foram a ele desfavoráveis (TOURINHO FILHO, 2009, p. 337).

Na hipótese do desacordo parcial, os embargos *"serão restritos à matéria objeto de divergência"* (art. 609, *in fine*), razão pela qual são eles chamados de embargos parciais. Assim sendo, se a dissidência foi parcial, opostos os embargos os mesmos somente poderão ser restritos à matéria objeto de divergência (MOSSIN, 2008, p. 384).

No processo penal os embargos infringentes constituem recurso privativo da defesa, pelo que estão legitimados a interpô-lo o réu ou seu defensor. Mas isso não exclui, entretanto, a possibilidade de oposição dos embargos pelo próprio órgão do Ministério Público (no caso, a Procuradoria-Geral), em favor do acusado, dada a

ampla legitimidade conferida ao parquet pelo art. 577 CPP.

Quanto ao interesse em recorrer, é a própria existência do voto favorável à defesa que indica a existência de uma possível vantagem prática a ser obtida com o eventual provimento dos embargos. Também por isso é que não se admite o recurso quando a divergência for apenas quanto aos fundamentos de uma decisão unânime (GRINOVER, 2009, p. 166).

O art. 609 do Código de Processo Penal, ao referir-se à decisão de segunda instância não unânime, "desfavorável ao réu", deixa claramente patenteado que a titularidade ou legitimidade para a interposição dos embargos infringentes e de nulidade é exclusivamente do acusado, os quais, por exigirem capacidade postulatória somente poderão ser deduzidos por advogado.

Logo, a parte acusatória, pública ou privada, não terá qualidade ad agendum para a utilização deste recurso de pressuposto especial. Discordando do favor rei que informa os embargos sob dissertação, Eduardo Espínola assevera que (2007, p. 327):

“A primeira observação a se fazer é no sentido de se estranhar não se tenha generalizado a medida, pois o interesse social, na punição do crime é pelo menos, tão respeitável quanto a do réu, na proclamação da inocência, ou no abrandamento da pena; se, pois, a nossa lei acha que a decisão criminal de segunda instância não deve tornar-se caso julgado, quando houve divergência no julgamento, não se justifica só admita o novo exame em benefício do réu, e não, também no da sociedade; introduzidos, como achamos prudente, os embargos de nulidade no crime, deveriam ser oponíveis de todo o acórdão não unânime, quer pela acusação quer pela defesa, buscando esta fazer prevalecer o voto divergente mais favorável ao réu; aquela, o mais rigoroso; acresce que os réus já tinham a possibilidade de socorrer da revisão criminal.”

Há de se adotar a posição sustentada por Eduardo Espínola, porquanto a mesma é condizente com o melhor direito. Com efeito, não se justifica a adoção dos embargos ofensivos de maneira privativa ao réu, porquanto este privilégio contrasta com a equidade que sempre prevalecer em nível processual. Assim sendo, todo o recurso que couber ao acusado, o mesmo direito recursal deverá incidir sobre a acusação (MOSSIN, 2008, p. 386).

Por outro lado, conforme orientação jurisprudencial, os embargos infringentes são inadmissíveis para o réu que não apelou. Efetivamente, se o acusado condenado deixou transcorrer in albis o prazo para a apelação, houve relativamente a ele o trânsito em julgado formal do *decisum*, tornando preclusas as

vias recursais, motivo pelo qual não pode ele mais adentrar com nenhum recurso. Outrossim, situação diversa ocorrerá quando se der provimento aos embargos infringentes emergentes do recurso de apelação, quando não a tenha interposto o co-réu ou participe, em face do efeito extensivo dos recursos previsto no art. 580 do Código de Processo penal (MOSSIN, 2008, p. 387).

Preceitua a norma processual penal supradita: *"No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros"*.

Este regramento processual penal encontra-se ancorado no Capítulo que cuida das Disposições Gerais sobre recursos, o que significa que seu emprego abrange qualquer forma recursal prevista no Código de Processo Penal. Diante disso, se as situações dos agentes no mesmo processo forem idênticas, o resultado provindo dos embargos infringentes, quando providos, serão extensivos a todos aqueles que figuram no pólo passivo da relação jurídico-processual, quer a título de co-autoria, quer sob o quadrante de participe (MOSSIN, 2008, p. 387).

Essa medida processual penal de equidade encontra seu vértice na singular circunstância de que não pode haver decisão conflitante para os sujeitos processuais em identidade de circunstâncias, porquanto haveria injustiça relativamente àqueles que não se utilizaram das vias recursais, o que é incompatível com a própria administração da justiça, sendo certo que o direito deve ser igual para todos (MOSSIN, 2008, p. 387).

O prazo para a oposição dos embargos infringentes, *ex vi* do art. 609, parágrafo único, CPP, é de 10 (dez) dias, que devem ser contados a partir da publicação das conclusões do acórdão no órgão oficial. Não se exige, para fluência desse prazo, a intimação pessoal (STF, RT 71/335).

Na contagem do prazo, não se computa o dia do começo (art. 798, § 1º do CPP) e também seu *dies ad quem* será prorrogado, quando terminar no domingo ou feriado, para o próximo dia útil (art. 798, § 3º do CPP), o mesmo ocorrendo quando este se verificar no sábado (art. 3º, da Lei nº 1.408, de 9-8-1951).

Os embargos devem ser opostos mediante petição, na qual seja expressa a vontade de recorrer, oferecendo-se, desde logo, as razões do inconformismo. Por se tratar de recurso que se funda em voto divergente proferido em julgamento anterior, será suficiente uma remissão a tal pronunciamento.

Ada Pellegrini Grinover aponta que (2009, p. 167):

“Mas certamente haverá vantagem em trazer o recorrente outros elementos que possam contribuir para influenciar positivamente o convencimento da nova turma julgadora. Por isso, nos casos em que se admitem os embargos é de rigor a declaração do voto vencido. No que se refere à capacidade postulatória, entende-se que os embargos podem ser opostos tanto pelo defensor, constituído ou dativo, como pelo próprio acusado, pessoalmente.”

No processo penal, além de estar legitimado para a interposição de recursos, o réu está investido de capacidade postulatória, o que significa não somente que possa fazê-la independentemente da intervenção de advogado, mas também que vale como interposição qualquer manifestação da vontade de recorrer (GRINOVER, 2009, p. 167).

Especialmente no caso dos embargos infringentes, essa possibilidade deve ser reconhecida ainda mais amplamente, pois no recurso em exame bastará uma referência aos fundamentos do voto vencido, favorável à defesa, para que esteja inclusive arrazoado o inconformismo.

2.4 Efeitos

A oposição dos embargos infringentes devolve ao órgão competente o conhecimento da matéria que porventura tenha sido objeto de divergência no julgamento do recurso anterior - à vista disso, a devolução poderá ser total ou parcial, sendo neste último caso limitada pelo voto vencido.

A par disso, por envolver também a participação, na turma julgadora, de juízes que já haviam participado da prolação da decisão embargada, envolve também, para aqueles, um juízo de retratação.

Além do efeito devolutivo que devolve ao tribunal o conhecimento da matéria objeto de divergência no acórdão impugnado, esse recurso tem inegável caráter de retratação, permitindo a participação dos julgadores que tomaram parte na decisão impugnada no julgamento dos embargos. A decisão acerca dos embargos infringentes e de nulidade não poderá agravar situação do réu, devendo ser respeitado o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, na forma do art. 617 do CPP (MOUGENOT, 2009, p. 706).

Tem-se entendido que esses embargos possuem efeito suspensivo e relação à parte da decisão objeto da controvérsia. Por outro lado, o efeito suspensivo não abrange a parte unânime da decisão, o que possibilita execução da pena privativa de liberdade se constante da parte prevalente.

Assim dispõe a Súmula 354 do STF: "*Em caso de embargos infringentes em tese, os embargos opostos não tem efeito suspensivo. Se o réu estiver solto, solto permanecerá, porque o disposto no art. 594, revogado expressamente pelo art. 3º, da Lei 11.719/08, se aplicava tão somente quando o recurso interposto fosse de apelação ou, no caso de recurso em sentido estrito da pronúncia, de conformidade com o disposto no art. 585 do CPP.*" (SILVA, 2009, p. 183).

Mas essa disposição também foi revogada tacitamente pelo art. 1º da Lei nº 11.689/08, com a introdução do art. 413, §§ 2º e 3º, ao CPP, com nova que passou a disciplinar a prisão do acusado e o momento em que sobre ela deva o juiz decidir, sem qualquer implicação direta ou indiretamente à interposição de recurso.

Também o art. 1º da Lei nº 11.719/08, ao dar nova redação ao art. 387 do CPP, afastou em seu parágrafo único qualquer possibilidade de vir o juiz a vincular o conhecimento da apelação à prisão do réu ou qualquer outra medida cautelar que lhe for imposta.

Assim, os efeitos, quer sejam eles devolutivos tão somente, quer devolutivo e suspensivo que tiverem os recursos, por via de consequência, dos embargos infringentes ou de nulidade que deles se originaram, emergirão os mesmos efeitos. Poderão, inclusive, surgir efeitos regressivo e extensivo.

Efeito regressivo, porque no julgamento dos embargos há também magistrado que participou do julgamento do recurso que a eles deu origem, podendo ocorrer o juízo de retratação; e o efeito extensivo poderá emergir também, caso haja concurso de agentes e todos sofrerem condenação pelo mesmo fato tido como delituoso, sem que haja motivo de caráter pessoal (SILVA, 2009, p. 184).

Contrariamente ao exposto, aponta Julio Fabbrini Mirabete, que "*tem se entendido na doutrina que os embargos não têm efeito suspensivo, ou, pelo menos que se limita este ao objeto da divergência. Nesse sentido, já se decidiu, inclusive no STF*" (MIRABETE, 2009, p. 710).

2.5 Competência

Por sua natureza, os embargos infringentes propiciam o reexame da matéria objeto de discordância, ocorrida no julgamento de uma apelação ou de um recurso em sentido estrito, por uma turma ampliada de juízes ou desembargadores. Essa turma é composta por um relator e um revisor dos embargos, mais os integrantes da turma julgadora da decisão recorrida.

Assim, a competência para o julgamento dos embargos infringentes será determinada em razão da estrutura interna do tribunal e da distribuição de competência entre seus órgãos: será da própria câmara, quando os integrantes desta forem em número suficiente para a formação da turma julgadora; ou, então, será do grupo de câmaras, na hipótese de não ser isso possível (GRINOVER, 2009, p. 167).

3 ASPECTOS PROCESSUAIS DOS EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

3.1 Processamento na Segunda Instância

Os embargos infringentes e de nulidade devem ser entregues no protocolo Secretária do Tribunal competente para conhecê-los e julgá-los, com endereçamento ao relator do acórdão embargado. A petição de interposição deverá vir acompanhada com a motivação recurso que deverá embasar-se na fundamentação do voto dissidente e favorável ao embargante (MOSSIN, 2008, p. 388).

Sempre que conveniente, poderá o embargante, além dos motivos de direito dissertados no voto vencido, elencar outros que o melhore, trazendo para o bojo do seu recurso um material mais amplo em termos jurídicos. Entretanto, pode acontecer que não tenha sido o voto vencido devidamente fundamentado, situação em que caberá ao embargante, levando em consideração argumentos expendidos no aresto impugnado, fazer sua motivação, suas razões reforma do julgado. Heráclito Mossin esclarece que (2008, p. 389):

“Aliás, já entendeu a jurisprudência que a falta de fundamentação do voto vencido não o é fator do não-conhecimento do recurso, desde que por seus termos se patenteie o dissenso entre a maioria e o voto vencido. A conclusão segundo a qual a motivação deve vir acompanhada da petição de interposição dos embargos espelha-se no fato de que no Regimento Interno dos de Justiça do Estado de São Paulo não existe norma interna corporis prevendo eventual abertura de vista para efeito de apresentação das razões recursais, enquanto no Regimento Interno no Tribunal Regional Federal da 3ª Região há preceito expresso determinando que os embargos devem ser deduzidos por artigos e entregues ao protocolo do Tribunal (art. 251).”

Embora despicienda, a petição de interposição dos embargos deve ser assinada por advogado, porquanto neste caso somente ele tem capacidade postulatória para estar em juízo em nome do embargante.

Uma vez juntada a petição nos autos pela Secretaria, os mesmos irão conclusos ao relator do acórdão embargado, o qual, de posse dos mesmos, cumprirá examinar sua admissibilidade, para tanto observando se a matéria o comporta; se foram opostos no prazo legal; se a decisão foi desfavorável ao

embargante e se ela não é unânime. Concorrendo os pressupostos objetivos e subjetivo recursais, os embargos serão recebidos e procedimentados; caso contrário, serão liminarmente rejeitados (MOSSIN, 2008, p. 389).

Se opostos em queixa-crime, após o pagamento do preparo, salvo se o recorrente for pobre (art. 32, § 1º do CPP) quando então ficará ele dispensado do recolhimento das custas, dar-se-á vista dos autos ao querelante para a impugnação, a qual deverá ser feita no mesmo prazo para a interposição do recurso, qual seja de dez dias.

Vencido o prazo outorgado ao autor da ação penal privada, deverá ser ouvida em seguida a Procuradoria da Justiça. Em se cuidando de ação penal pública, dentro do mesmo prazo dar-se-á vista ao Ministério Público para opinar sobre os embargos e após, se houver, ao assistente de acusação (MOSSIN, 2008, p. 389).

Retornando os autos da Procuradoria da Justiça, serão eles distribuídos a um relator sorteado e, sempre que possível, o mesmo deverá recair em juiz que não haja participado do julgamento que originou os embargos. O relator sorteado também dentro do prazo de dez dias deverá lançar relatório nos autos, cumprindo-lhe em seguida encaminhar os autos ao revisor o qual, também no mesmo prazo pedirá dia para julgamento, mandando, conseqüentemente o feito para a mesa (MOSSIN, 2008, p. 390).

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, seu Regime Interno normatiza que:

“Art. 246. Admitir-se-ão embargos infringentes do julgado, quando não for unânime a decisão proferida em grau de apelação, reexame de sentença e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Art. 247. Os embargos poderão ser opostos nos 15 (quinze) dias seguintes à publicação da conclusão do acórdão, no Diário da Justiça.

Art. 248. A seguir, os autos serão encaminhados ao Relator do acórdão embargado a quem compete proferir, inicialmente, juízo de admissibilidade do recurso.

§1º Se, no entanto, o Relator do acórdão embargado não estiver com assento na Câmara que proferiu a decisão recorrida, os autos serão conclusos ao Desembargador seguinte, na ordem de antiguidade, e que haja participado do julgamento.

§2º Admitidos os embargos, proceder-se-á ao sorteio do novo Relator.

§3º A escolha do Relator recairá, quando possível, em Desembargador que não haja participado do julgamento da apelação, do reexame de sentença ou da ação rescisória.

§4º Sorteado o Relator, independentemente de despacho, a Secretaria abrirá vista ao embargado para a impugnação.”

“Art. 249. Decorrido o prazo da impugnação, serão os autos conclusos ao Relator e ao Revisor, pelo prazo de 15 (quinze) dias, para cada um, seguindo-se o julgamento.

Parágrafo único. O Relator, se for o caso, dará vista dos autos à Procuradoria Geral de Justiça.

Art. 250. Quando forem interpostos simultaneamente embargos infringentes e recursos extraordinário e/ou especial, ficarão estes sobrestados até o julgamento daquele.”

Por outro lado, cumpre observar que o art. 609 do Código de Processo Penal determina, quanto ao procedimento dos embargos, que se aplique a norma 613 deste Estatuto, que prevê o procedimento em segunda instância para o julgamento em grau de apelação para os delitos apenados com reclusão, o que também ser cumprido quando do julgamento dos embargos.

Diante disso, no dia assinalado para o julgamento, anunciando-o o presidente e apregoadas as partes, o relator fará a exposição do feito e, em seguida, será concedida, pelo prazo de 15 minutos, a palavra aos advogados que a requererem e, em seguida, ao Ministério Público, por igual tempo (MOSSIN, 2008, p. 390).

A seguir, passar-se-á à votação, cujo resultado será estabelecido pelo número de votos. No que tange à decisão dos embargos, o Tribunal poderá ficar com os votos dos vencedores ou com os vencidos, não podendo adotar uma terceira solução qualitativa. Entretanto, se der acolhimento aos embargos, convencendo-se sobre os argumentos jurídicos dos votos vencidos, poderá o Colegiado estabelecer uma solução quantitativa ou uma média entre os votos vencedores e os dissidentes.

É o que ocorreria, por exemplo, na hipótese de embargos parciais incidentes sobre o quantum da pena fixada. Assim, se os votos vencedores foram no sentido da imposição da *sanctio legis* de oito anos e os vencidos no sentido de quatro anos, poderá o Tribunal estabelecer uma dosimetria de cinco, seis ou sete anos. O que lhe é vedado fazer é fixar a sanção penal aquém dos quatro anos (MOSSIN, 2008, p. 390).

Assinale-se, por último, que os embargos sob consideração se tornam obrigatórios, quando o sucumbente pretender interpor eventual recurso especial ou extraordinário. Isto porque é pressuposto prévio do recurso excepcional o esgotamento de todos os recursos ordinários, inclusive os embargos ora dissertados (MOSSIN, 2008, p. 391).

Nos recursos em sentido estrito e nas apelações referentes aos processos

de contravenção ou de crime a que a lei comine pena de detenção, os autos são encaminhados com vista ao Procurador-Geral, pelo prazo de 5 dias e, logo após, ao relator, por igual prazo, que pedirá designação de dia para o julgamento (CPP, art. 610). No dia e na hora aprazados, o presidente anuncia o julgamento. As partes são apregoadas, e, com ou sem a presença delas, o relator fará a exposição do processo e, de imediato, o presidente concederá o prazo de 10 minutos aos advogados ou às partes que houverem solicitado a palavra e ao Procurador-Geral, quando o requerer, por igual prazo (SILVA, 2009, p. 187). Cesar Antonio da Silva aduz que (2009, p. 188):

“As partes são intimadas para o julgamento, em regra, pela imprensa, exceto o Ministério Público e o Defensor Público, cuja intimação é pessoal. A omissão da intimação, por óbvio, acarreta a nulidade do julgamento. Se no mesmo processo forem vários os recorrentes, com os mesmos defensores constituídos, é o suficiente, na intimação pela imprensa, que conste o nome de apenas um deles, com a expressão, logo a seguir, "e outro", ou "outros". A incorreção do nome do advogado na nota de expediente publicada, intimando-o, pode acarretar também a nulidade do julgamento.”

O art. 610 faz referência a "Procurador-Geral", na prática, entretanto são, via de regra, os Procuradores de Justiça (último degrau da carreira do Ministério Público) que atuam em nome do Procurador-Geral, por delegação deste.

A parte do art. 610 que faz exceção com relação ao habeas corpus não pode mais ser considerada, uma vez que o Dec.-lei 552, de 25.04.1969, revogou o art. 611. Entende-se que esse mesmo processamento acima esboçado se estende ao agravo na execução, posto que se trata também de recurso, sem procedimento próprio estabelecido em lei, junto aos Tribunais.

Não só o recurso em sentido estrito interposto de decisão que concede ou denega ordem de habeas corpus (CPP, art. 581, X), como também o habeas corpus originário; não é colocado em pauta para julgamento. Os autos do processo vão com vista ao Ministério Público para parecer e, tão logo retomem, são postos de imediato em mesa pelo relator, para julgamento, dispensada a intimação, em face da natureza da matéria que exige urgência (SILVA, 2009, p. 188).

Tratando-se de apelação interposta de sentenças proferidas em processos por crime a que a lei comina pena de reclusão, o processamento e o julgamento são pela mesma forma estabelecida no art. 610, isto é, segue o mesmo procedimento

estabelecido para os processos de rito sumário. O Ministério Público tem o prazo de 10 dias para lançar parecer, e igual prazo tem o relator para exarar relatório. A seguir, passarão os autos ao revisor, que terá o mesmo prazo para examinar o processo e pedir designação de dia para a realização do julgamento e a inclusão na pauta respectiva.

Por se tratar de procedimento ordinário, com maior complexidade, tendo em vista a gravidade do crime, é que os prazos são ampliados ao dobro, com o tempo de quinze minutos estabelecido para a sustentação oral. Quando não houver a observância dos prazos previstos nos arts. 610 ou 613 do CPP, o responsável pelo atraso terá de declarar nos próprios autos do processo, o motivo que ensejou o atraso (SILVA, 2009, p. 189).

Não há qualquer consequência de caráter punitivo para o eventual desrespeito a este regramento; todavia, há que se reconhecer o efeito moral que resulta do não atendimento dessa disposição legal, uma vez que a declaração lançada no processo, por se tornar pública, obriga moralmente o responsável a fazê-la de forma a merecer crédito, não só de seus pares, como também das partes e das demais pessoas que tem acesso aos autos do processo.

3.2 Possibilidade de Diligências e Proibição da *Reformatio in Pejus*

Antes de julgado o recurso de apelação, segundo o disposto neste regramento, o Tribunal, Câmara ou Turma poderá proceder a novo interrogatório do réu, determinar diligências, inclusive, se for o caso, e a reinquirir testemunhas. Mas, em se tratando de recurso exclusivamente da defesa, entende-se não caber a conversão do julgamento em diligência para fazer prova contra o réu ou que, de qualquer maneira, venha prejudicá-lo, ainda que seja para confirmar a decisão da qual ele recorreu, uma vez que a sua expectativa, quando recorre, é no sentido de que o recurso que interpõe venha trazer-lhe algum benefício; se não a absolvição, por exemplo, numa sentença condenatória, pelo menos a redução da pena (SILVA, 2009, p. 190).

O reexame da matéria pela superior instância deve se cingir aos elementos já coligidos junto ao primeiro grau de jurisdição, salvo se em benefício do acusado, a fim de que não seja violado o princípio da proibição da *reformatio in pejus*. O pedido de conversão do julgamento em diligência pode ser feito antes ou durante o julgamento, e pode partir de qualquer um dos desembargadores ou juízes do Tribunal, Câmara ou Turma. Faz-se necessário, porém, seja assinado prazo para a realização das diligências, a fim de evitar retardamento injustificado na realização do julgamento e até para evitar que réu preso venha a sofrer constrangimento ilegal por excesso de prazo (SILVA, 2009, p. 190).

Quando o recurso for exclusivamente da defesa, não pode o juízo *ad quem* reformar a decisão do juízo *a quo* para agravar a situação do réu. Trata, a hipótese, do princípio da *reformatio in pejus* ao qual o órgão julgador deve irrestrita obediência. Esse princípio é corolário do sistema acusatório que veda em qualquer hipótese, o agravamento da pena concretizada na sentença, quando a apelação for interposta tão somente pela defesa.

3.3 Necessidade dos Embargos no Ordenamento Jurídico

Como assinalado por Hélio Tornaghi (2007, p. 350):

“A tendência, hoje em dia, é para a abolição desse recurso. Por isso não foi sem grande estranheza que ele se introduziu no processo penal e foi mantido no processo civil. É ele integralmente desconhecido das legislações estrangeiras. No Brasil e em Portugal foi largamente usado, até contra sentença de primeira instância. Mas, aos poucos, foi sendo restringido. É certo que, em certos casos, o desacordo dos juízes de um tribunal aconselha novo exame do processo; que o número de votos vencidos pode ser significativo, nos tribunais numerosos; que um voto vencido, sobretudo depois de reduzido a escrito, pode levar os vencedores a reavaliar sua posição anterior. Mas também é inegável que uma decisão justa pode ser substituída, em grau de embargos, por outra que seja errônea; e que, de qualquer modo, quanto maior o número de recursos mais demorada é a justiça, tanto para o inocente quanto para o culpado.”

Idêntico recurso se encontra previsto no art. 530 do Código de Processo Civil, o qual restou mantido com as alterações levadas a efeito nesse Diploma pelas Leis nºs. 8.950 a 8.953/94. Não obstante ter-se reconhecido a prevalência dessa

forma recursal, e isso ser ponderado como forma de parâmetro, já que o vigente Código de Processo Penal data de 1941, a verdade é que tais embargos deveriam ser abolidos da legislação processual penal no ponto de vista de vários doutrinadores (MOSSIN, 2008, p. 377).

Em primeiro lugar, porque os tribunais de maneira geral procuram prolatar suas sentenças por votação unânime, justamente para causar óbice ao emprego deste recurso e, conforme a tendência dos julgadores a decisão poderá não ser a mais ideal e adequada à questão litigada e aos próprios interesses vinculados à administração da justiça. Em segundo lugar, normalmente é mantida a decisão embargada. Em terceiro lugar, normalmente a divergência havida no aresto diz respeito à matéria de direito, compreendendo excepcionalmente situação de ordem fática, eis que a mesma já foi exaustivamente examinada, quer em primeiro, quer em grau superior de jurisdição (MOSSIN, 2008, p. 377).

Diante disso, até mesmo por questão de economia processual, aliada que seja a uma maior rapidez na entrega da prestação jurisdicional definitiva, é preferível que se deixe ao critério do sucumbente a utilização de recurso excepcional, como o é o especial e o extraordinário, para que um ou outro colegiado superior reexamine, derradeiramente, a matéria de direito que compõe o conflito intersubjetivo de interesses.

CONCLUSÃO

O recurso é o meio processual voluntário ou obrigatório de impugnação de uma decisão, utilizado antes da preclusão, e capaz de propiciar resultado mais vantajoso na mesma relação jurídica processual, decorrente da reforma, invalidação, esclarecimento ou confirmação.

O recurso estudado neste trabalho é o recurso cabível de acórdão não unânime, tendo por finalidade a de promover o reexame dos acórdãos proferidos no tocante a divergência dos votos dos desembargadores. O recurso de embargos infringentes constitui inovação introduzida no Código de Processo Penal pela Lei nº 1.720-B, de 03.11.1952, que alterou a redação do artigo 609 daquele estatuto.

Apesar da aparente dualidade (embargos infringentes e de nulidade), o recurso é um só e a distinção, sem maior significação prática, é explicada pela natureza da matéria nele debatida: material (embargos infringentes) ou exclusivamente processual (embargos de nulidade).

Trata-se de impugnação privativa da defesa, cuja previsão parece estar fundada no receio de que possa cristalizar-se, contra o réu, 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.

Tal recurso é considerado pela matéria que tenha sido objeto de divergência, ou seja, somente o objeto do voto vencido será discutido. Incabíveis os embargos que o acórdão, por maioria, tiver mantido ou anulado, e não reformado a sentença. Assim, só caberão embargos infringentes em face de acórdão não unânime que houver reformado uma sentença de mérito no julgamento de apelação e, não em face de sentença meramente extintiva.

Nesses embargos, há devolução em favor do réu, estando proibida a reformatio in pejus. Pressuposto indeclinável para o oferecimento de embargos é uma divergência entre votos proferidos pelos juízes do tribunal, ou seja, a existência de um ou mais votos vencidos na decisão desfavorável ao réu. Não importa, porém, a falta de fundamentação do voto vencido favorável ao acusado.

A omissão não impede que sejam eles interpostos, mesmo que sendo parciais, desde que, pelas anotações constantes dos autos, se depreenda qual o ponto exato da controvérsia entre os votos vencedores e o vencido.

Outra característica importante quanto a esses embargos é que só podem ser apresentados pela defesa. Não podem ser interpostos, portanto, quer pela acusação, quer pela sua assistência. Os embargos infringentes e de nulidade devem ser apresentados no prazo de dez dias contado da publicação do acórdão (art. 609, parágrafo único). Tratando-se de decisão de Tribunal, prescinde-se da intimação pessoal.

Como o código somente faz remissão, quanto ao processamento dos embargos infringentes e de nulidade, ao artigo 613, relativo ao processamento das apelações, os regimentos internos e assentos dos tribunais, dispõem não só sobre a competência para apreciá-los (câmaras, turmas, grupos de câmaras, secções etc.), na forma do artigo 609, *caput*, como a respeito das regras do processamento de tais recursos, sempre preservando as impugnações da parte contrária e a manifestação do Ministério Público de segunda instância.

Constatou-se que os embargos infringentes e de nulidade apesar de não serem muito utilizados pela defesa no âmbito dos tribunais, tem muita importância quando se atinge a finalidade de reformar a decisão atacada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Mário Jesiel de Oliveira. *A construção do trabalho científico; um guia para projetos, pesquisas e relatórios científicos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Persecução penal*. São Paulo: AIDE, 1987.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 3.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2008.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Rio, 2007. V. 1.

FARIA, Bento de. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Record, 1960, v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. 4.

MARREY, Adriano; SILVA FRANCO, Alberto; STOCO, Rui. *Teoria e prática do júri*. 5 ed. São Paulo: RT, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de Processo Penal Interpretado*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *O Processo penal*. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2008.

MIRANDA, Pontes de. *História e prática do habeas corpus*. São Paulo: Saraiva, 1979. v. 1.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus*. São Paulo: Atlas, 2008.

MOUGENOT BONFIM, Edilson. *Curso de Processo Penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NALINI, José Renato. *Dez recados ao juiz do III milênio*. Revista CEJ, Brasília, DF, n. 7, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Questões processuais penais controvertidas*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: RT, 2007.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*. São Paulo: Livraria Magalhães, 1930.

SILVA, Cesar Antonio da. *Doutrina dos Recursos Criminais*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STOCO, RUI; FRANÇA, Alberto Silva (Orgs.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. V. 2.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 5 ed. São Paulo: 2007. V. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008.
v. 4.

TOVO, Cláudio e João Batista. *Primeiras linhas sobre o Processo Penal em face da nova constituição*. São Paulo: Sérgio Fabris, 1989.