

Por que não os Embargos Infringentes e de Nulidade para o Ministério Público?

LENY COSTA DE ASSIS (*)

Defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, bem como dos individuais indisponíveis, o Ministério Público há que ser livre e instrumentalizado para o pleno atingimento de sua relevância institucional.

O diploma processual penal vigente, no parágrafo único do art. 609, tratando dos *embargos infringentes e de nulidade*, ao reconhecer *exclusivamente ao réu condenado* o direito de insurgir-se contra a decisão majoritária da instância recursal, *à toda evidência desequilibrou o processo criminal*, ferindo o princípio constitucional do contraditório, e armando, privilegiadamente, uma das partes, na dura peleja da Justiça, como meios de ataque à outra subtraídos.

Cumprе anotar que o *artigo 5º, LV, da Lei Fundamental* assegura às partes em litígio o direito ao contraditório e à ampla defesa.

A indesejável desigualdade processual, em instante legislativo promissor, já deixou de existir, é verdade, no Código instrumental castrense, que, em seu art. 538, estendeu ao Ministério Público o direito de recorrer das sentenças finais, não unânimes, proferidas em instância recursal.

Frise-se que, enquanto o Código de Ritos da Justiça comum concedeu apenas *um parágrafo* de artigo aos embargos infringentes e de nulidade, o Código Castrense, vinte e oito anos mais moço, disciplinou a matéria em todo *um capítulo*, junto aos embargos de declaração.

Impende, mais que tardiamente, e à luz emanada do texto constitucional, reequilibrar o ordenamento jurídico, estendendo ao Ministério Público, atuante junto à Justiça Criminal comum, o mesmo direito *já reconhecido no diploma processual militar ao órgão ministerial*.

Para tanto, impõe-se a inserção de artigo no Código de Processo Penal que admita a oposição de embargos infringentes e de nulidade pelo Ministério Público, sempre que este sofrer sucumbência por força de decisão não unânime do Tribunal.

Reflexões sobre o tema

A palavra embargos, usada no plural ou no singular, tem presença expressiva na terminologia jurídica brasileira, variando a respectiva aplicação. Em

qualquer caso, porém, significando obstáculos, óbices, empecilhos, impedimentos, embaraços à consecução da prestação jurisdicional, e trazendo sempre em seu bojo uma carga de inconformismo por parte de seu opositor.

De origem peninsular, os embargos declaratórios, ofensivos, modificativos e de nulidades surgiram no Direito português como exceção à vedação de reexame das decisões proferidas pelo mesmo Juízo.

Os embargos ofensivos, modificativos e de nulidades assimilaram-se, restando em nosso ordenamento jurídico reduzidos à dicotomia: os infringentes (modificativos e ofensivos) e os de nulidade.

O aparecimento dos embargos no Direito lusitano (declaratórios, ofensivos e modificativos) tem sido objeto de controvérsias, alguns afirmando que viera a lume nas Ordenações Afonsinas; outros, que o instituto ganhara contorno mais nítido nas Ordenações Manuelinas, e, outros ainda, que já teria surgido antes, embora sem a denominação de embargos, em concepção embrionária, nos velhos textos jurídicos portugueses, identificados como o Livro das Leis e Posturas.

Foram acolhidos entre nós a partir da legislação Filipina que vigorou no país, sendo encontrados na Consolidação do Conselheiro Ribas.

Igualmente, vemos o instituto recepcionado no Regulamento 737 (arts. 662 e 663), bem como nas legislações estaduais elaboradas após a Proclamação da República. Relevam, dentre essas, as normas editadas em São Paulo, em tão contínuo e variado suceder, que PONTES DE MIRANDA chegou a afirmar que a legislação paulista sobre embargos *era invadeável*.

Após a unificação das leis processuais, em nosso País, junto ao Prejulgado e à Revista, foram os Embargos os primeiros a serem regulamentados.

Neste panorama geral, *em relação ao Direito Criminal, a evolução histórica foi um tanto diferente*.

Nas Ordenações Filipinas, a possibilidade da oposição de embargos era estendida às causas criminais, merecendo de PEREIRA DE SOUZA, em sua inestimável obra *Primeiras Linhas sobre o Processo Penal*, alguns parágrafos sobre a matéria, acompanhados, ao rodapé, de excelentes anotações (§§ 263 a 280).

Ao entrar em vigor, porém, o Código de Processo Criminal de 1832, os embargos infringentes e de nulidades *desapareceram*, permanecendo sem previsão legal no Regulamento 120, de 3/12/1832, na Lei nº 2.033/1871 e no Regulamento 4.824, também de 1871.

Após a Proclamação da República, continuaram *ausentes*.

A Consolidação José Higino, ao fazer remissão ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 93 e 106), dizia:

“Art. 322: Às sentenças definitivas proferidas pelo STF, em grau de apelação ou revisão, só podem ser opostos *embargos de declaração*.” (grifos *nossos*)

Em sendo, na ocasião, o Supremo Tribunal Federal o único órgão de segundo grau, na Justiça Federal, continuaram, é óbvio, os embargos infringentes e de nulidades fora do processo penal.

Alguns Códigos *estaduais*, todavia, conforme relembra FLORENCIO DE ABREU, adotaram o recurso, ora disciplinando-o com regras próprias do processo penal, ora remetendo-o para o procedimento a ser seguido na Justiça cível.

Retornando o país à *unidade* da legislação instrumental, o Brasil ganhou, com o Dec. Lei 3.689, de 3/10/41, um novo Código de Processo Penal, para vigorar em todo o território nacional. Os embargos infringentes e de nulidade, porém, *não vieram* com o novel diploma; apenas os de declaração foram disciplinados nos arts. 619 e 620.

Onze anos depois, finalmente, o legislador pátrio trouxe à luz do mundo jurídico uma sóbria lei, *admitindo os embargos infringentes em matéria criminal*, através de alterações na redação do art. 609, ao qual se acrescentou um único parágrafo.

As lacunas ou eventuais dúvidas foram deixadas para serem supridas e dirimidas pelos regimentos internos dos Tribunais e leis de organização judiciária locais.

Os embargos infringentes surgiram no Código de Processo Penal atraindo *mais críticas* que louvores.

Muitos criticaram a lei, que o introduzira no diploma de ritos, como mais uma manifestação demagógica, inserida no mesmo contexto que buscava dar ao réu tratamento cada vez mais benevolente. Reviveram-se os comentários já tecidos por ASTOLFO DE REZENDE, na conferência que proferiu em 1939, intitulada "SUA EXCELÊNCIA, O RÉU".

Intensificaram-se as observações contrárias, ao se constatar que o instituto *não se abria à acusação*.

A adoção unilateral, só admitindo os embargos quando, em decisão não unânime, o voto vencido *fosse favorável* ao réu, foi considerada, pelo inigualável FREDERICO MARQUES, irretorquível prova do espírito demagógico, que tanto prejuízo já havia trazido à aplicação da lei penal.

Passados sessenta anos da conferência de ASTOLFO DE REZENDE, o réu ainda continua sendo privilegiado, essencialmente no que concerne às oportunidades de defesa de sua pretensão.

A norma instrumental *comum* ainda não legitima o Ministério Público para interpor os embargos infringentes e de nulidade.

Merece, neste passo, destaque a legislação *castrense*, que, inovando, em 1969, com o seu Código de Processo Penal Militar, adotou tratamento igualitário para ambas as partes, permitindo ao órgão ministerial o acesso àquele recurso, *ex vi* do disposto no art. 538 desse diploma:

“O Ministério Público e o réu poderão opor embargos de nulidade, infringentes do julgado e de declaração, às sentenças finais proferidas pelo Superior Tribunal Militar.”

Cumpra relembrar que a natureza do instituto mudou com o decorrer do tempo. Em suas origens, caracterizou-se como juízo de retratação. Assim foi concebido por ilustres juristas como CÂNDIDO DE OLIVEIRA FILHO e PONTES DE MIRANDA. Aos poucos, contudo, foi perdendo tal característica para se tornar um *recurso* como os demais, em que se busca o reexame puro e simples do *thema decidendum*.

Enfileiram-se, hoje, no dizer de SEABRA FAGUNDES, dentre os recursos *condicionados*, posto que somente admissíveis ante a sucumbência do réu. São também *limitados* em sua apreciação, consoante disciplina normativa, pois hão de ater-se, os seus julgadores, à divergência manifestada no voto minoritário.

Isto, é claro, não sucede quando os contemplamos à luz da legislação instrumental militar, posto que aí já não são mais *condicionados*, mas somente *limitados*.

Em *anteprojeto* do Código de Processo Penal, elaborado na década de 80, pela comissão constituída pelo Governo Federal, através das Portarias 359/80 e 839/80, os embargos infringentes e de nulidade apareceram com feição distorcida e incompleta: *deixaram de ser apenas privilégio do réu, mas foram permitidos ao Ministério Público sob condição*. Este só poderia embargar o acórdão não unânime que reformasse sentença *condenatória* no primeiro grau de jurisdição.

Recentemente, pelo então Ministro da Justiça, Dr. Iris Rezende, foi instalada nova comissão, titulada “Comissão Especial de Reforma do Código de Processo Penal”.

O *Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, devidamente instado, apresentou sugestões para a pretendida reforma do Código de Ritos. Dentre essas, a Comissão constituída pelo Procurador-Geral de Justiça, através do Ato nº 1331, de 8 de setembro de 1997, defendeu a inclusão do órgão ministerial como possível opositor dos embargos infringentes e de nulidade, já assegurados ao réu.

A proposta fluminense, *que com a nossa coincide*, traduz-se na seguinte redação para o parágrafo único do art. 609:

“Art. 609 – Omissis

Parágrafo único – Quando não for unânime a decisão de segunda instância, o Ministério Público ou o réu poderá interpor embargos infringentes e de nulidade, que serão opostos no prazo de dez dias, na forma do art. 613, do Código de Processo Penal. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

Não poucas são as hipóteses, ante o direito objetivo, em que o Ministério Público resta frustrado, sucumbindo precocemente em definitivo, quando, à vista de voto minoritário, deveria prosseguir na refrega judicial.

Vale lembrar que sofre gravame o Ministério Público todas as vezes em que a decisão judicial se confronta com as finalidades essenciais do *Parquet*, seja quando este exerce o *jus perseguendi*, alvejando a realização do *jus puniendi* estatal, seja quando vela, impoluto, pela perfeita observância das leis, em prol do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Dir-se-ia que as duas formas de atuação se confundem em sua substância, compondo ambas a indumentária constitucional da instituição.

Ante tão vigoroso papel, desenhar-se-á, em plúrimas situações, a *sucumbência ministerial*.

Em matéria penal, enseja-se o inconformismo do *Parquet*, seja quando pretende a punição de um violador do ordenamento jurídico e lhe é negado o perseguido juízo de reprovabilidade, seja quando a pena imposta não corresponde ao grau de culpabilidade do autor do ilícito, restando aquém da pretensão punitiva deduzida, seja, quando o regime prisional imposto é incompatível com a gravidade da infração perpetrada, tornando a execução penal ineficaz, seja sempre que qualquer eiva contamine o feito, ou quando a prestação jurisdicional contrarie a lei.

Conclusões

Ex positis, se o legislador suprimir ao Ministério Público, em sua luta pela Justiça, os instrumentos de batalha que concedeu ao infrator do ordenamento jurídico, estará repudiando, dentre outros, o *princípio da igualdade jurisdicional*, insculpido no texto da Constituição Federal de 1988.

Não basta assegurar a *ampla defesa do réu*; há que salvaguardar, também, a *ampla defesa da sociedade* agredida pelo ato delituoso, e da *Lei*, por cuja integridade incumbe, ao órgão ministerial, velar, nos precisos termos da Carta Maior.

Em sendo o processo penal essencialmente contraditório, deve haver equilíbrio de oportunidades processuais entre os que deduzem pretensões opostas.

Ao cercear o exercício do direito de recorrer do Ministério Público, privilegiando o réu, a lei ordinária contraria frontalmente os impositivos constitucionais, eis que trata desigualmente situações iguais, traduzidas no sofrimento do gravame.

Ademais, a igualdade perante o Judiciário decorre da igualdade perante a lei, que é garantia constitucional ontologicamente ligada à Democracia.

No princípio garantidor do contraditório está embutido o da igualdade das partes, já consagrado em nosso direito positivo, como dá exemplo o art. 121 do Código de Processo Civil.

Litigar em igualdade de condições é imprescindível ao alcance das justas decisões.

Tenhamos em mente que a Sociedade, em nome da qual o Ministério Público propõe a ação penal contra o infrator, tem direito a oportunidades plenas de se defender, lutando pela justa condenação daquele que ousou violar o ordenamento jurídico.

Enfatize-se, por oportuno, que a ocasião do julgamento dos embargos infringentes e de nulidade é o *último e precioso momento*, na ação, que se abre à discussão da prova.

Restringindo a atuação do Ministério Público, a moldura disciplinar do atual Código de Processo Penal enfraquece a instituição, dificulta o controle das leis, fragiliza o equilíbrio social, e, o que é mais grave, compromete a própria Democracia.

Sabemos bem que, nos tempos hodiernos, muito se tem defendido a **redução dos recursos**, sob o pretexto de agilizar a prestação jurisdicional.

Enquanto, porém, existir no direito objetivo a previsão de uma oportunidade recursal para uma das partes, à outra igual oportunidade deverá ser assegurada.

Assim seja.

(¹) LENY COSTA DE ASSIS é Procuradora de Justiça aposentada no Estado do Rio de Janeiro.
