

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

**Christian Bassis Rodrigues**

**Aplicação da regra da “ne reformatio in pejus” nas apelações do Tribunal do Júri**

Porto Alegre

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

**Christian Bassis Rodrigues**

**Aplicação da regra da “ne reformatio in pejus” nas apelações do Tribunal do Júri**

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado junto ao Departamento de  
Ciências Penais, da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,  
como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.

**Orientador: Prof. Danilo Knijnik**

Porto Alegre

2010

Não lances uma flecha, se não és bastante forte para responder àquela que te arremessarão em resposta à tua. (sabedoria popular árabe)

## RESUMO

O presente trabalho trata da incidência da regra da “ne reformatio in pejus” nas decisões proferidas no Tribunal do Júri. Analisa a história, o objetivo, os princípios e o sistema recursal do Tribunal do Júri. Estuda o postulado da “ne reformatio in pejus” como expressão do devido processo legal e como regra elementar do sistema processual. Confronta a “ne reformatio in pejus” com o princípio da soberania dos veredictos. Analisa as posições da doutrina e da jurisprudência sobre a polêmica. A primeira posição defende que uma norma infraconstitucional (ne reformatio in pejus – art. 617 do Código de Processo Penal) não pode sobrepor-se à norma constitucional (soberania dos veredictos – art. 5º, XXXVIII, “c” da Constituição ). A segunda posição defende que ambas as normas têm “status” constitucional e devem ser submetidas a um método de ponderação. A “ne reformatio in pejus” deve prevalecer sobre a soberania do júri, pois a primeira atende o objetivo do júri (tutelar o devido processo legal e o “ius libertatis”).

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Reformatio in pejus. Soberania dos veredictos. Plenitude de defesa. Ampla defesa. Apelação no Tribunal do Júri.

## ABSTRACT

This paper deals with the impact of the rule of "ne reformatio in pejus" in decisions of the jury. Examines the history, purpose, principles and appeal system in the jury. Study the postulate of "ne reformatio in pejus" as an expression of due process of law and as elementary rule of the process system. It confronts "ne reformatio in pejus" with the principle of sovereignty of verdicts. Analyzes the positions of the doctrine and jurisprudence on the controversy. The first position argues that a standard rule ("ne reformatio in pejus" - art. 617 of the Criminal Procedure Code) can not override a constitutional rule (sovereignty of the verdicts - art. 5, XXXVIII, "c" of the Constitution). The second position argues that both rules have constitutional status and should be subjected to a weighting method. The "ne reformatio in pejus" must prevail over the sovereignty of the jury because the first serves the purpose of the jury (protect the due process of law and the "ius libertatis").

Keywords: Jury. Reformatio in pejus. Sovereignty of the verdicts. Full defense. Appeal in the Júri.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
<b>1. O TRIBUNAL DO JÚRI.....</b>	<b>9</b>
1.1 Breve consideração histórica acerca da instituição do Júri.....	9
1.1.1 Raízes históricas do Júri.....	9
1.1.2 Evolução histórica do Júri no Brasil.....	11
1.2 Tribunal do Júri: direito ou garantia fundamental?.....	13
1.2.1 Nota introdutória.....	13
1.2.2 O Júri como garantia e direito individual.....	14
1.2.3 Júri: garantia e direito formais ou materiais?.....	16
1.3 Princípios informadores do Tribunal do Júri.....	17
1.3.1 Plenitude de defesa.....	17
1.3.2 Soberania dos veredictos.....	21
1.3.3 Sigilo das votações.....	26
1.4. Apelação contra decisão do Tribunal do Júri.....	27
1.4.1 Fundamento, evolução histórica, conceito, natureza jurídica dos recursos e o duplo grau de jurisdição.....	27
1.4.2 Apelação contra decisão do Tribunal do Júri.....	30
1.4.2.1 Nulidade posterior à pronúncia.....	31
1.4.2.2 Sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados.....	32
1.4.2.3 Erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança.....	33
1.4.2.4 Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.....	34
<b>2. A PROIBIÇÃO DA “REFORMATIO IN PEJUS”.....</b>	<b>34</b>
2.1 Conceito e breve consideração histórica acerca do princípio da proibição da “reformatio in pejus”.....	35

2.2	Sistemas do processo penal e o princípio da proibição da “reformatio in pejus”..	36
2.2.1	Nota introdutória.....	36
2.2.2	Sistema inquisitório, acusatório, misto ou formal e o procedimento adotado pelo Brasil .....	37
2.2.3	Sistema acusatório e a vedação da “reformatio in pejus” .....	40
2.3	Correspondência entre os princípios do processo penal constitucional e o princípio da “ne reformatio in pejus” .....	42
2.3.1	Nota introdutória .....	42
2.3.2	Devido processo legal e a proibição da “reformatio in pejus” .....	42
2.3.3	Ampla defesa e a proibição da “reformatio in pejus” .....	45
2.3.4	Contraditório e a proibição da “reformatio in pejus” .....	48
2.4	Proibição da “reformatio in pejus” direta.....	49
2.5	Proibição da “reformatio in pejus” indireta.....	51
<b>3.</b>	<b>APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA “NE REFORMATIO IN PEJUS” INDIRETA NAS APELAÇÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI.....</b>	<b>55</b>
3.1	Nota introdutória.....	55
3.2.	Primeira corrente: inadmissibilidade da aplicação da “ne reformatio in pejus” indireta das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença.....	55
3.2.1	Exposição dos argumentos.....	55
3.2.2	Posição Jurisprudencial.....	59
3.3	Segunda corrente: admissibilidade da aplicação da “ne reformatio in pejus” indireta das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença.....	61
3.3.1	Exposição dos argumentos.....	62
3.4.2	Posição jurisprudencial.....	70
	CONCLUSÃO.....	73
	REFERÊNCIAS.....	74

## INTRODUÇÃO

De modo algum, quer-se pôr em debate tema já esgotado ou superado. Sabe-se que desde pelo menos a década de 30 a “reformatio in pejus” já era alvo de acesa polêmica. O Código de Processo Criminal de 1941 jogou uma pá de cal no assunto, mas a problemática em torno do sistema somente havia começado. Hodiernamente, se nem mesmo a “ne reformatio in pejus” indireta é tema totalmente pacificado o que dizer de sua incidência às hipóteses de anulação por incompetência absoluta e da soberania da decisão dos jurados agasalhada pelo texto constitucional.

O presente trabalho tem por objetivo específico expor algumas considerações sobre o último ponto, ou seja, tenciona-se cotejar a “ne reformatio in pejus” indireta com o postulado da soberania dos veredictos. Em grandes linhas indaga-se, se uma vez anulada a sentença em face de recurso exclusivo da defesa seria vedado aos jurados proferirem decisão que viesse a agravar a situação do réu. Poderia a reforma para pior limitar a soberania do Júri. Acreditamos que sim, não obstante a posição manifestamente majoritária entender que a fórmula não tem o condão de limitar as decisões do Júri, pois uma regra de natureza infraconstitucional (“ne reformatio in pejus”) não poderia sobrepor-se a princípio constitucional expresso (soberania dos veredictos). A fim de fazer frente a tanto, pretende-se promover à “non reformatio in pejus” à regra de “status” constitucional derivada diretamente da cláusula do devido processo legal. Isto, não sem antes traçar-se certos pontos sobre o Tribunal do Júri – seus princípios informadores e sua constituição como garantia individual – que mais tarde irão repercutir na solução da problemática.

Muito se tem dito acerca do assunto, mas sem dúvida a escolha do tema foi motivada pelo mais recente pronunciamento da Suprema Corte sobre a polêmica que foi em sentido diametralmente oposto ao da corrente dominante. Este precedente deu novo fôlego à questão instigando a doutrina a se debruçar novamente sobre o assunto e sinalizando, talvez, uma eventual mudança de jurisprudência, ainda que remota a

possibilidade. Este trabalho nada mais almeja do que ser uma simples compilação dos principais estudos já publicados sobre o tema.

## 1. O Tribunal do Júri

### 1.1 Breve consideração histórica acerca da instituição do júri

#### 1.1.1 Raízes históricas do júri

Sem nós perderemos em digressões, não podemos deixar de fazer referência, ainda que superficial, acerca da história da instituição do Júri, na medida “em que não se estuda o júri (ou qualquer outra instituição) sem que se faça uma análise [...] do processo histórico pelo qual passou a sociedade da época”.<sup>1</sup>

A origem do instituto é nebulosa<sup>2</sup>, mas sem dúvida bastante antiga, remontando à antiguidade clássica<sup>3</sup> e, até mesmo, a épocas mais remotas<sup>4</sup>. Arriscando-nos, não estaríamos incorrendo em equívoco ao afirmar que a forma primitiva do júri decorre daquelas primeiras manifestações do homem em sociedade, onde o particular concede à coletividade e mais tarde ao Estado o direito-dever de julgar as infrações, garantindo ao mesmo passo o exercício da jurisdição.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 457.

<sup>2</sup> Nesse sentido Nucci remetendo a Carlos Maximiliano: “as origens do instituto são vagas e indefinidas, perdendo-se na noite dos tempos” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 42.)

<sup>3</sup> A *Heliéia* e o areópagos na Grécia. Os “judices juratis” romanos, nos quais, vale lembrar, a votação era feita através de três tábuas cada uma com um significado próprio (condenando, absolvendo e “abstendo-se”). (TUCCI, Rogério Lauria. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. RT, 1999, p.12 e s.).

<sup>4</sup> “Na Palestina havia o tribunal dos vinte e três nas vilas em que a população fosse superior a 120 famílias” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri RT, 2008, p. 41-42).

<sup>5</sup> “O jury em sua simplicidade primitiva, remonta às primeiras épocas da humanidade. Qualquer que fôsse a duvida levantada nas tribus errantes, sem leis positivas e auctoridades permanentes, a decisão era proferida pelos pares dos contendores.” (WHITACKER, Firmino. Jury. SP, TYP. ESPÍNDOLA, SIQUEIRA & COMP.–Rua Direita 10- A, 1904. p. 13. )

Foi somente na Inglaterra pós conquista normanda que o instituto ganhou seus contornos modernos<sup>6</sup>. Com a abolição dos “juízos de deus” ou ordálios pelo Tratado de Latrão na Inglaterra do século XIII<sup>7</sup> é que o Júri se desenvolve nas ilhas britânicas como registra Tourinho Filho:

[...] passou a florescer o jury, instituição que os ingleses adotaram em substituição aos ordalia [...] Havia dois Tribunais do Júri: o grande e o pequeno (Grand Jury e Petty Jury). Cabia ao primeiro [...] dizer se o acusado devia ou não ir a julgamento. Em caso positivo, era ele remetido ao pequeno júri.<sup>8</sup>

Mas foi no ano de 1215 que o júri consagrou-se definitivamente e expressamente com a edição da Carta Magna<sup>9</sup>, passando a ser considerado o marco inicial do princípio do “due process of law”<sup>10</sup>. Na França o júri teve início com o Decreto de 30 de Abril de 1790 como uma reação revolucionária ao antigo regime<sup>11</sup>. Outrossim, o júri nos Estados Unidos se firmou como um postulado da liberdade.<sup>12</sup> Vale lembrar, “o júri nasce e se desenvolve sempre com o escopo de frear o impulso ditatorial do déspota [...] deixando que o ato de fazer justiça fosse feito pelo povo”<sup>13</sup>

---

<sup>6</sup> Entendimento cimentado pela maioria da doutrina, a exemplo da obra de Tourinho Filho, Paulo Rangel, Guilherme Nucci, Rogério Tucci dentre outros. Contra: Bonfim preconiza que o júri moderno teve origem na França Carolíngia (BONFIM, Edilson Mongenot. Júri: do inquérito ao plenário. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1999. p. 198)

<sup>7</sup> EMPIS JR, Frederick G. Historical Introduction to Anglo-American Law. Columbia, MD, USA: West Group Publishing, 1990. p. 54.

<sup>8</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 56.

<sup>9</sup> Que expressa em seu art. 48: “Ninguém poderá ser detido. Preso ou despojado de seus bens, costumes e liberdades, senão em virtude de seus pares, segundo as leis do país.”

<sup>10</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 458.

<sup>11</sup> Tucci, Rogério Lauria. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. RT, 1999, p.29.

<sup>12</sup> Ibidem

<sup>13</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 459.

### 1.1.2 Evolução histórica do júri no Brasil

Conforme veremos em seguida “no correr da história brasileira, o júri teve sua competência ora ampliada ora restringida [...]”<sup>14</sup>, o mesmo ocorrendo em relação a sua composição, delineando a Constituição de 1988 os seus contornos definitivos. Surgiu entre nós com a lei de 18 de junho de 1822, limitado, então, aos delitos de imprensa<sup>15</sup>. Pouco depois, “a Constituição de 1824 estendeu-o às causas cíveis e criminais [...]”<sup>16</sup> dando margem ao Código Criminal de 1830 alastrar a sua competência para a maioria dos crimes<sup>17</sup>. O Código de Processo Criminal do Império de 1832 manteve a competência do júri, rendendo-se à influência do júri inglês<sup>18</sup>. Com a lei 261 de 1842 foi extinto o grande júri ou o júri de acusação<sup>19</sup> como resposta às revoltas regenciais, ficando na prática “[...] mais fácil pronunciar e mandar os réus a júri e condená-los [...]”<sup>20</sup> ou absolvê-los.

A Constituição de 1891 manteve a instituição do júri como soberana sob certa influência da constituição americana elevando-o ao “[...] contexto dos direitos e garantias individuais [...]”<sup>21</sup>. Ainda, sob a égide da Carta foi instituído o “Tribunal do Jury Federal” através do decreto 848 de 1890<sup>22</sup>.

---

<sup>14</sup> GRECO, Vicente Filho. Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 388

<sup>15</sup> FRANCO. Ary Azevedo. O Júri e a Constituição de 1946. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 11

<sup>16</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 57.

<sup>17</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 462

<sup>18</sup> A título de exemplo, no “júri do império (...) havia o grande júri e o pequeno júri” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 463)

<sup>19</sup> Com a extinção do júri de acusação encarregaram-se da função as autoridades policiais e posteriormente os juízes de direito das comarcas (TUCCI, Rogério Lauria. Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. RT, 1999, p.33).

<sup>20</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 462

<sup>21</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri RT, 2008, p. 43

Durante a vigência da Constituição de 1934 o júri voltou a constar no capítulo referente ao poder judiciário<sup>23</sup>. A Carta outorgada de 1937 retirou o júri do seu texto, reforçando na prática a idéia de que ditadura e júri “[...] não convivem no mesmo ambiente político, pelo menos enquanto o júri for visto como uma instituição democrática”<sup>24</sup>. Coube, assim, ao Decreto – lei 167 de 1938 regulamentar a instituição do júri, embora sem a sua soberania, o que permitiu que o Tribunal de Apelação reformasse as suas decisões<sup>25</sup>. Nessa fase a competência do júri limitava-se a apenas alguns delitos dolosos contra a vida e ao crime tentado de roubo<sup>26</sup>.

A Constituição de 1946 nos moldes da Constituição de 1891 disciplinou o júri no rol dos direitos e garantias individuais em seu artigo 141, § 28 “[...] como se fosse uma autêntica bandeira na luta contra o autoritarismo, embora as razões desse retorno tivessem ocorrido [...] por conta do poder de pressão do coronelismo [...]”<sup>27</sup>. Frisa-se, ainda, que foi assegurada a soberania dos veredictos<sup>28</sup>.

Na mesma linha da Constituição de 1946 a Carta de 1967 manteve o júri no capítulo dos direitos e garantias fundamentais em seu artigo 150 §18. Também garantiu ao instituto a soberania dos veredictos, no entanto, reputou como “*não essencial à organização do júri o sigilo das votações*”<sup>29</sup> e, acrescentaríamos, a plenitude de defesa. A Emenda Constitucional de 1969 (artigo 153 §18) apesar de manter a instituição do júri, foi omissa quanto à soberania, embora, reconheça Paulo Rangel que a soberania “[...] foi mantida quando, pela própria expressão (é mantida a instituição do júri), se quer

---

<sup>22</sup> MARQUES, Frederico. A Instituição do Júri. Saraiva. 1963. vol. I. pág 126

<sup>23</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri RT, 2008, p. 43

<sup>24</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 472

<sup>25</sup> MARQUES, Frederico. A Instituição do Júri. Saraiva. 1963. vol. I. pág 123

<sup>26</sup> O júri julgava os crimes de “*homicídio, o atentando contra a vida de uma pessoa por envenenamento, o infanticídio, o suicídio, a morte ou lesão corporal seguida de morte por duelo, o latrocínio e a tentativa de roubo*” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 462)

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri RT, 2008, p. 43

<sup>28</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 580.

<sup>29</sup> MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. RT. 1968. p. 255

dizer que o que existia na instituição do júri foi mantido”<sup>30</sup> A competência dos crimes dolosos contra a vida foi mantida tanto na redação original como na emenda.

A Constituição de 1988, fruto da mudança do cenário político no Brasil iniciada com o “Movimento das Diretas Já”, brindou o júri com suas vestes definitivas. Foi assegurado ao júri princípios semelhantes aos da Constituição de 1946 (a soberania, o sigilo das votações e a plenitude de defesa)<sup>31</sup>, expressos agora no inciso XXXVII, do artigo 5º da nossa Carta que deve sempre ser interpretado “*com* outro preceito fundamental que completa a instituição do júri, o artigo 93, inciso IX”<sup>32</sup> que exige a fundamentação das decisões judiciais. Assim, com o cuidado e respeito devidos ao instituto, devemos interpretar o júri no Código de Processo Penal vigente sem nos afastarmos dos seus contornos modernos consagrados na Constituição, não olvidando, ainda, das circunstâncias históricas que lhe deram origem.

## **1.2 Tribunal do Júri: garantia ou direito fundamental?**

### **1.2.1 Nota introdutória**

Embora seja intuitivo concebermos o júri como direito ou garantia fundamental, mormente pela sua posição topográfica na Constituição<sup>33</sup>, tal concepção já há bastante tempo vem sendo objeto de censura, ao menos em um plano mais histórico e político<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 478

<sup>31</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri RT, 2008, p. 390

<sup>32</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 482

<sup>33</sup> “[...] as Constituições, desde a de 1946 até a atual, vêm mantendo o júri nos capítulos destinado aos direitos e garantias fundamentais do homem [...]” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, Saraiva, 4ª edição, 2002, p. 599.)

<sup>34</sup> “(...) *Que o Júri seja hoje uma garantia individual é coisa que não mais se pode sustentar. As razões históricas que, em pleno feudalismo, fizeram com que ele assumisse o papel de paládio da liberdade, dando a todos um julgamento por seus pares, desapareceram nas sociedades modernas. Não há, pois,*

Ainda assim, qual seja a postura adotada, devemos compreender o júri como uma garantia ou “[...] um direito inviolável do indivíduo, em sua confrontação com a Lei e com o Poder Judiciário [...]”<sup>35</sup> assegurado na forma em que a Constituição lhe deu, simplesmente por que “[...] o poder constituinte originário ali o inseriu”.<sup>36</sup>

Distanciando-nos dessa vereda, se discute constituir o júri garantia ou direito fundamental. Primeiramente, nos cabe traçar, embora superficialmente, a distinção entre um e outro. Enquanto “[...] as garantias não resguardam bens da vida propriamente ditos, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, mas fornecem instrumentos jurídicos ao indivíduo, especialmente fortes e rápidos para garantir os direitos individuais [...]”<sup>37</sup>, os direitos fundamentais representam por si só esses bens da vida. Os últimos são principais, pois “[...] permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, as respectivas esferas jurídicas [...]”<sup>38</sup> e as primeiras são acessórias, pela razão de elas se projetarem pelo nexo que possuem com os direitos<sup>39</sup>.

### **1.2.2 O júri como garantia e direito individual.**

---

*motivo para que figure na Constituição no capítulo “Dos direitos e garantias individuais”. Fôsse essa a única razão de ser do júri e êle deveria ser imediatamente abolido (Tornaghi, Hélio. Instituições de processo penal. v.3. Saraiva. 1978 p. 48).*

<sup>35</sup> PORTO, Hermínio Alberto Marques, Júri. 5ª ed., p.51, nota 75.

<sup>36</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 41

<sup>37</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Ed. Celso Bastos, 2002. p.27

<sup>38</sup> MORAES remetendo a Jorge Miranda (Moraes, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas. 2007. Ed, 22ª. p. 29)

<sup>39</sup> Ibidem.

A doutrina, pelo menos de modo majoritário, costuma identificar o júri como garantia individual<sup>40</sup>. Enquanto garantia questionamos a qual o direito que se visa a resguardar. Adiantamo-nos não se tratar de resposta uníssona, muito pelo contrário.

Tourinho Filho comenta que uma das particularidades essenciais da instituição do júri é “[...] ser uma garantia de tutela maior do direito de liberdade [...]”<sup>41</sup> ou do *ius libertatis*, na medida em que o jurado amparado pela íntima convicção e pela soberania da sua decisão poderia, de certo modo, flexibilizar algumas regras de ordem técnica e buscar a solução que lhe parecesse mais justa, diferentemente do juiz togado que estaria limitado pelas orientações do ordenamento jurídico<sup>42</sup>. Nesse sentido concorda Rogério de Lauria Tucci mencionando que o “[...] Tribunal do Júri ampara ainda mais o direito de liberdade [...]”<sup>43</sup>. Há outros<sup>44</sup> que em posição muito semelhante defendem que o tribunal do júri é forma de ampliar a defesa dos réus, invocando o mesmo fundamento antes sintetizado.

Por outra banda, há quem diga que o júri constitui uma garantia “[...] ao devido processo legal para os julgamentos dos autores de crimes dolosos contra a vida, além dos demais delitos conexos [...]”<sup>45</sup>. Segundo essa concepção (em aberta crítica contra o entendimento anterior) não se justificaria “[...] criar um tribunal que garantisse a liberdade do autor de um crime contra a vida humana [...]”<sup>46</sup> como se fosse uma

---

<sup>40</sup> Rui Barbosa, José Afonso da Silva, Julio Fabrinni Mirabete, Rogério Lauria Tucci, James Tubenchlak, Hélio Tornaghi dentre muitos outros citados por Guilherme Nucci em sua obra Código de Processo Penal Comentado.

<sup>41</sup> TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 61.

<sup>42</sup> Ibidem

<sup>43</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Estudo Sobre a Mais Democrática Instituição Jurídica Brasileira. RT, 1999, p. 65.

<sup>44</sup> Dentre eles Fernando Capez (Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 580) e Denilson Feitoza. Esse último acrescentando que o júri “[...] foi instituído com a finalidade de ampliar o direito de defesa dos réus e o direito de liberdade [...]” (Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 450)

<sup>45</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 40

<sup>46</sup> Idem.

autêntica proteção. Ambos os direitos (liberdade e vida) estão previstos na Constituição “[...] de forma que o júri não poderia proteger uma pessoa, em prejuízo de outra”.<sup>47</sup>

Acreditamos que uma ideia não exclui a outra, ou seja, enquanto o júri assegura de forma direta o devido processo legal este último incidindo em regras de garantias processuais mínimas vai indiretamente proteger a liberdade do réu ou ampliar a sua defesa. Resumindo: as duas concepções se complementam entre si.

Já enquanto direito fundamental, devemos conceber o Tribunal do Júri como instituição de participação popular direta. Assim, permite-se “[...] inserir o cidadão no contexto do hermético poder judiciário [...]”<sup>48</sup>.

### 1.2.3 Júri: Garantia e Direito formais ou materiais?

Distinguem-se, ainda, Os direitos e as garantias em formais e materiais. Materiais são aqueles direitos fundamentais ou essenciais à existência da pessoa humana em um Estado democrático de direito e aquelas garantias “(...) *instituídas pelo Estado para fazer valer um direito humano fundamental. Portanto, sem elas o direito individual pode perecer (...)*”<sup>49</sup>. Por sua vez, formais são os direitos que a despeito de previstos na Constituição não são essenciais à existência do indivíduo e as garantias que apesar de arroladas na Carta Federal não implicariam necessariamente no perecimento do direito individual essencial, se retiradas<sup>50</sup>.

Em nosso ordenamento é manifesto tratar o júri de garantia ou direito formais, pois se hipoteticamente retirado não comprometeria a imparcialidade do judiciário

---

<sup>47</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. RT, 2008, 8ª edição. p. 734

<sup>48</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 40.

<sup>49</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 38.

<sup>50</sup> Ibidem

(garantia)<sup>51</sup> e muito menos a participação popular nos órgãos da República (direito)<sup>52</sup>. Embora possa ser concebido como garantia material em outra realidade.<sup>53</sup>

### 1.3 Princípios informadores do Tribunal do Júri.

#### 1.3.1 Plenitude de defesa.

A plenitude de defesa não é novidade exclusiva da Carta Política de 1988. Ainda que suprimida pela Constituição Federal de 1967, ela já era consagrada pela Lei Fundamental de 1946 (art. 141, §28) como princípio informador do Tribunal do Júri.

Pergunta-se na doutrina não ter havido mera superfetação ou repetição do constituinte ao prever a plenitude de defesa enquanto no mesmo artigo 5º já é assegurada a ampla defesa (inciso LV). **Vicente Greco Filho** preconiza que “[...] a plenitude de defesa não é diferente da exigida no processo penal em geral [...]”<sup>54</sup>. **Uadi Lamengo Bolos** leciona que a plenitude de defesa é “[...] uma variante do princípio da ampla defesa [...]”<sup>55</sup>, atribuindo à primeira quase os mesmos efeitos que a ampla defesa confere ao processo penal em geral<sup>56</sup>. De forma semelhante **Alexandre Moraes** comenta que “[...] a plenitude de defesa encontra-se dentro do princípio maior da ampla

---

<sup>51</sup> Pois “(...) No Brasil, a maioria dos julgamentos é proferida por juízes togados, concursados, sem qualquer influência política. (...) Não há campanha eleitoral, nem demagogia, nem renovação do mandato por veto popular”. (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 40).

<sup>52</sup> Pois há outros meios assegurados para tanto (ibidem)

<sup>53</sup> A título de exemplo, nos Estados Unidos o júri é uma garantia material, pois “[...] muitos magistrados são eleitos pelo povo. Ora, como ser, verdadeiramente imparcial quando há uma campanha eleitoral por trás? Como pode o juiz Fulano julgar o réu Beltrano, sabendo que este apoiou seu oponente na eleição para ocupar o cargo de magistrado naquela comarca?” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 39).

<sup>54</sup> Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 389

<sup>55</sup> Constituição Federal Anotada, Saraiva, São Paulo, 4ª ed., p. 201.

<sup>56</sup> “[...] Significa que, no processo penal, se requer defesa técnica substancial do réu, ainda que revel (art. 261, do CPP), para que se verifique a realização efetiva desse mandamento constitucional. [...] (Ibidem)

defesa [...]”<sup>57</sup> Entendemos que essa não é melhor resposta, na mesma linha de **Guilherme Souza Nucci**<sup>58</sup>, **Antonio Scarence Fernandes**<sup>59</sup>, **Tourilho Filho**<sup>60</sup>, **Fernando Capez**<sup>61</sup> e **Gustavo Badaró**<sup>62</sup>. É verdade que a plenitude de defesa está contida na ampla defesa, mas a primeira vai além, implicando em um grau de defesa ainda maior que a ampla defesa<sup>63</sup>. Existem argumentos e efeitos para tanto.

A primeira premissa parte do pressuposto de que a Constituição não contém palavras ou frases inúteis ou repetidas<sup>64</sup>. Amplo e pleno são vocábulos que possuem sentidos diversos. Amplo significa abundante, largo, copioso, vasto, muito grande, rico enquanto pleno remete à ideia de cabal, perfeito, absoluto. Somente por este aspecto já possível identificar a intencional distinção das duas expressões<sup>65</sup>.

Outro ponto a ser considerado em defesa é o desequilíbrio causado pela íntima convicção dos jurados à defesa do réu. Os jurados agasalhados pelo princípio da íntima convicção simplesmente decidem absolvendo ou condenando, diversamente do processo penal comum onde o juiz técnico emite o conteúdo dos direitos controvertidos na sentença. Essa não vinculação a qualquer fundamentação permite aos jurados mitigarem o que foi exposto pela defesa ou pela acusação prejudicando o princípio da ampla defesa<sup>66</sup>.

---

<sup>57</sup> Direitos Humanos e Fundamentais. 6 ed. 2009

<sup>58</sup> Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 24 a 25

<sup>59</sup> Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 178 a 179

<sup>60</sup> Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 66 a 67

<sup>61</sup> Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 580

<sup>62</sup> Direito Processual Penal, tomo II, p. 19

<sup>63</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 580

<sup>64</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 25

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 26 a 27 e **MEZONO**, Marcelo Colombeli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-penal/juri.htm>>.

Ainda podemos argumentar que o princípio da soberania dos veredictos veda que certas matérias sejam levadas a um tribunal, limitando a defesa do acusado. Assim, considerando que as decisões de mérito do Tribunal do Júri não podem ser revistas por tribunais togados necessário que a defesa se de em um grau ainda maior que no processo penal em geral<sup>67</sup>.

Segundo Fernando Capez os principais efeitos da plenitude de defesa se dariam no pleno exercício da defesa técnica e no exercício da autodefesa<sup>68</sup>. O primeiro possibilita ao profissional utilizar-se de argumentação extrajurídica, cabendo ao juiz fiscalizar essa atuação e “[...] dissolver o conselho de sentença e declarar o réu indefeso (art. 497, V) quando entender ineficiente a atuação do defensor [...]”<sup>69</sup>. É de uma clareza meridiana, mesmo considerando o empenho da defesa visto sob o prisma da plenitude de defesa e da proteção do “*ius libertatis*” do acusado, não ser exigível do defensor que demonstre a qualquer custo a inocência do réu quando todas as provas lhe forem adversas. Deve o advogado nessa hipótese buscar demonstrar o reconhecimento dos benefícios legais como o afastamento de qualificadoras e agravantes<sup>70</sup>. Já pelo segundo aspecto é permitido ao réu apresentar a sua tese pessoal no momento do interrogatório dizendo ao juiz a que entender mais benéfica para a sua defesa<sup>71</sup>. Acrescentaríamos mais alguns exemplos. No Tribunal do Júri o acusado e seu defensor não precisam se limitar a uma atuação exclusivamente técnica, podendo de valer de argumentos extrajurídicos (a título de exemplo, razões de ordem social e emocional). Mais, o réu quando devidamente autorizado pelo juiz e se mostrar necessário tem direito a tempo maior no debate ou ouvir mais testemunhas do que lhe

---

<sup>67</sup> Nesse sentido NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 28

<sup>68</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16° ed. p. 580 e 581

<sup>69</sup> Ibidem e STF no HC 85969 de SP. Primeira Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. 04/09/2007. “(...) Quanto mais grave o crime, deve-se observar, com rigor, as franquias constitucionais e legais, viabilizando-se o direito de defesa em plenitude. Constatado que a defesa do acusado não se mostrou efetiva, impõe-se a declaração de nulidade dos atos praticados no processo, proclamando-se insubsistente o veredicto dos jurados (...)”

<sup>70</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarence, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 7° Edição. São Paulo. RT, 2001. p. 214

<sup>71</sup> Ibidem.

permite o rol<sup>72</sup>. Ainda, é possibilitado ao advogado tomar conhecimento de alguns aspectos da vida pessoal dos jurados<sup>73</sup> e, até mesmo, já foi decidido em uma ocasião no Tribunal de Justiça de São Paulo que é defeso ao juiz negar prova para os jurados, salvo se ilícita, mesmo se o magistrado crer que certo documento não se relacione diretamente com a causa<sup>74</sup>. Citamos também outro efeito: a inovação da tese de defesa na tréplica, que apesar de não ser aceita por todos<sup>75</sup>, reforça a ideia que é permitida à defesa se fazer valer de todos os meios que lhe puder em homenagem à plenitude de defesa<sup>76</sup>.

Tourinho Filho vai além e afirma estar convencido [...] de que a plenitude de defesa tem um campo mais vasto, mais longo, amplidão que se estende ao protesto por novo júri, aos embargos infringentes e até mesmo à revisão criminal, malgrado a soberania dos veredictos [...]<sup>77</sup>. Motivo pelo qual entende que a plenitude de defesa foi apoucada ou limitada pela supressão do instituto do protesto por novo júri<sup>78</sup>. Arriscando-nos, pensamos por qual razão a plenitude de defesa não poderia também refletir seus efeitos em princípios do processo penal tais como a proibição da “reformatio in pejus” e do “in dubio pro reo” a fim de se assegurar o devido processo legal previsto na Constituição.

---

<sup>72</sup> SCARENCE FERNANDES, Antonio. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 178 179

<sup>73</sup> SANTOS, Elaine Borges Ribeiro. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 7, jul. 2005. p. 68. Nesse sentido atentamos para o Projeto de Lei 7283/10 que assegura ao Ministério Público e ao advogado de defesa fazerem perguntas aos jurados sorteados para formar o conselho de sentença.

<sup>74</sup> SANTOS, Elaine Borges Ribeiro. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 7, jul. 2005. p. 68

<sup>75</sup> TOURINHO FILHO não admite a inovação de tese da tréplica por entender que nessa hipótese fica prejudicado o direito ao contraditório, surpreendendo a acusação com tese completamente diversa (Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 67)

<sup>76</sup> Em favor da admissibilidade da inovação da tese da tréplica: “Impedir a defesa, quando lhe ocorre idéia inédita, por vezes em decorrência da manifestação do órgão acusatório, em réplica, de levantar tese nova equivale à defenestração do princípio constitucional da plenitude de defesa. Não pode ser perfeita uma defesa manietada e cerceada” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 27 a 28)

<sup>77</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 67

<sup>78</sup> Ibidem.

### 1.3.2 Soberania dos veredictos

A instituição do júri se assentou e se desenvolveu como uma garantia do cidadão contra o Estado, limitando o poder do último contra o primeiro. Nessa perspectiva histórica a soberania dos veredictos surge como um instrumento essencial a assegurar essa prerrogativa democrática, vetando que o Estado mitigue ou manipule o veredicto do Tribunal Popular através de outro órgão. Tanto é assim que se tem entendido que o “júri, sem soberania, não é júri. É tudo, menos um tribunal popular democrático”<sup>79</sup>. .

Partindo-se dessa premissa ou da simples análise do vernáculo chega a ser intuitivo o significado atribuído à soberania dos veredictos. Trata-se da impossibilidade de um tribunal técnico se substituir aos jurados quanto às questões de mérito que tenham estes proferidos, ou de maneira distinta, consiste “[...] na faculdade dos jurados decidirem por íntimo convencimento, acerca da existência do crime e da responsabilidade do acusado (matéria de fato), sem o dever de fundamentar suas conclusões”<sup>80</sup>. A apontada garantia deve ser entendida em termos, não podendo revestir as decisões dos jurados de intangibilidade jurídico-processual<sup>81</sup>, tendo em vista ser possível a revisão dessas conclusões por outros órgãos do poder judiciário<sup>82</sup>. Em outras palavras, a soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade das decisões do Tribunal Popular<sup>83</sup>. Dentre os fundamentos aptos a autorizar a incidência do sistema recursal no júri evocamos o duplo grau de jurisdição entendido como instrumento indispensável à manutenção da plenitude de defesa<sup>84</sup> e a legalidade<sup>85</sup>. Acrescentamos

---

<sup>79</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 475.

<sup>80</sup> MARREY, Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e prática do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 67.

<sup>81</sup> STF no HC 70193 / RS. Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 21/09/1993. “[...] **A soberania dos veredictos do Júri - não obstante a sua extração constitucional - ostenta valor meramente relativo, pois as decisões emanadas do Conselho de Sentença não se revestem de intangibilidade jurídico-processual.** A competência do Tribunal do Júri, embora definida no texto da Lei Fundamental da República, **não confere, a esse órgão especial da Justiça comum, o exercício de um poder incontestável e ilimitado [...]**”. Destaque apostro.

<sup>82</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 564

<sup>83</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas. 18ª edição. p. 496.

que na ótica de um Estado de direito e de um processo penal garantista “[...] revelasse inconveniente e mesmo perigoso o trancamento absoluto das vias impugnativas das decisões penais condenatórias [...]”<sup>86</sup>. Lembrando, ainda, que o mencionado preceito da soberania deve ser compreendido com outro princípio: o da busca pela verdade real, de modo a não obstar este<sup>87</sup>.

A mitigação mais batida desta garantia constitucional é a hipótese da alínea “d”, inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, no sentido que não ofende a soberania dos veredictos o tribunal submeter o réu a novo julgamento pelo Tribunal do Júri caso os jurados decidam de forma manifestamente contrária às provas dos autos, pois nessa hipótese o tribunal “[...] não aprecia o mérito da questão, mas, tão somente, estabelece que se profira outra decisão [...]”<sup>88</sup>. Mais precisamente, a competência de revisão do tribunal se limita ao exame de “[...] vício in iudicando (contrariedade à prova do processo)” pela determinação de novo júri “[...]”<sup>89</sup>, ou seja, o tribunal acaba agindo como um juízo de cassação e não de reforma<sup>90</sup>. Nesse caso a instância superior age como uma *giurisdizione regolatrice* praticando verdadeiros atos de controle a fim de

---

<sup>84</sup> Nesse sentido: STF no HC 94567 / BA. Relator: Min. CARLOS BRITTO. Julgamento: 28/10/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma. [...] A pretensão revisional das decisões do Tribunal do Júri não conflita com a regra de soberania do veredito [inciso LXVIII do art. 5º da Constituição Federal]. **Regra compatível com a garantia constitucional do processo que atende pelo nome de duplo grau de jurisdição.** Garantia que tem a sua primeira manifestação no inciso LV do art. 5º da CF (...). (destaque apostro) e MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas. 18ª edição. p. 496.

<sup>85</sup> [...] Anotará, aliás, a respeito o egrégio Pimenta Bueno, não ser lícito ao Júri desobedecer a lei, derrogando-se em sua aplicação, e erigir-se em legislador [...] MARREY. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e prática do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 67.

<sup>86</sup> PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 564

<sup>87</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 582

<sup>88</sup> STJ no HC 34822 / SP. Ministro Paulo Medina. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento 06/05/2004.

<sup>89</sup> STJ no HC 96642 / PA. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Data do Julgamento 22/04/2008.

<sup>90</sup> STF no HC 77809 / RJ. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Relator p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA. Julgamento: 01/12/1998. Órgão Julgador: Segunda Turma. “(...) O art. artigo 593, III, d, do Código de Processo Penal, ao permitir recurso de apelação quando for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos **é um autêntico juízo de cassação, e não de reforma, pela instância ad quem, razão pela qual é compatível como o postulado constitucional que assegura a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri** (...). (destaque apostro)

propiciar ao Tribunal Popular a correção da iniquidade através de uma nova oportunidade de julgamento<sup>91</sup>. Ademais, Devemos tratar o dispositivo como fórmula excepcional, a fim de preservar a soberania dos veredictos<sup>92</sup>. Somente podemos admiti-lo quando não houver material mínimo probatório a dar credibilidade à decisão dos jurados<sup>93</sup>, [...] ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão [...] <sup>94</sup>.

Essa relativização tem limitação pela regra do atual §3º do artigo 593 do Código de Processo Penal. Admite-se a apelação com fundamento na alínea “d” uma única vez pouco importando qual parte tenha apelado e a tese que se tenha apresentado<sup>95</sup>, ou seja, nesse caso “[...] o júri tornou-se soberano na teimosia de errar. Respeita-se o Veredicto popular”<sup>96</sup>. Atentamos que essa vedação de nova apelação se estende ao julgamento de crimes conexos<sup>97</sup>. Sobre a *questio* Tourinho Filho comenta que não deve caber apelação com base na reproduzida alínea “d” quando no primeiro julgamento o júri proferir decisão absolutória manifestamente contrária à prova dos autos, pois a instituição do júri é garantia fundamental que tutela o direito de liberdade. Assim, considerando que a soberania dos veredictos e a liberdade são preceitos constitucionais, sendo o bem maior a liberdade, está deverá prevalecer <sup>98</sup>. Opondo-se a esse entendimento Adriano Marrey e Frederico Marques apontam outra interpretação constitucional sobre o tema. A garantia do Tribunal do Júri deve ser compreendida com a “inviolabilidade do direito à vida”, “[...] tornando-se incompatível a decisão que absolva

---

<sup>91</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal comentado. Saraiva, 4ª edição, 2002, p. 600.

<sup>92</sup> PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 717.

<sup>93</sup> Ibidem.

<sup>94</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini . Código Processo Penal. Atlas. 7ª edição. São Paulo:. 2000. pág. 1.252.

<sup>95</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 397

<sup>96</sup> MARREY. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. Teoria e pratica do júri. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 70.

<sup>97</sup> PACHELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 718.

<sup>98</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 69

o homicida confesso, ou provavelmente autor da morte, infringindo-se aquele dispositivo que garante o respeito à vida”.<sup>99</sup>

A revisão criminal de julgado pelo júri não fere o referido princípio, pelo contrário, representa uma relativização ainda maior deste, pois há modificação direta do mérito da decisão dos jurados. A razão é simples: a soberania é uma garantia individual do réu e a reforma não lesa qualquer direito do réu, ao contrário o beneficia<sup>100</sup>, tutelando, ambos, o devido processo legal<sup>101</sup>. Não olvidando, a incidência da plenitude de defesa em uma interpretação sistemática da instituição.

A jurisprudência, vale ressaltar, reconhece a proteção da soberania dos veredictos em outras hipóteses. É vedado ao magistrado emitir juízo de valor quanto ao mérito das provas ao proferir a sentença de pronúncia justamente por violar o preceito constitucional<sup>102</sup>, pois o Juiz ao externar seu convencimento poderia induzir na convicção dos jurados<sup>103</sup>. Da mesma forma, era defeso ao juiz reconhecer atenuante negada pelo Conselho de Sentença<sup>104</sup>, sob pena de se desrespeitar a decisão dos jurados<sup>105</sup>. Mencionamos, por fim, que a nulidade concebida pela votação após a

---

<sup>99</sup> MARREY. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. Teoria e pratica do júri. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 67. Nesse sentido também, a posição de Frederico Marques invocada pelo autor.

<sup>100</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas. 18ª edição. p. 496.

<sup>101</sup> [...] *Seria monstruoso que uma decisão, seja ela qual fosse, permanecesse intocável, quando provas da inocência do condenado viessem demonstrar o erro cometido [...]* Magalhães Noronha *apud* Adriano Marrey, Franco (Teoria e pratica do júri. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 67)

<sup>102</sup> STF no HC 93299 / MG. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSK. Julgamento: 16/09/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma “[...] Fere o princípio da soberania dos veredictos a afirmação peremptória do magistrado, na sentença de pronúncia, que se diz convencido da autoria do delito [...]”. Nesse sentido também o STF no HC 92825 / SP. Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Julgamento: 08/04/2008. Órgão Julgador: Primeira Turma.

<sup>103</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini, FERNANDES, Antônio Scarence, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 7ª Edição. São Paulo. RT, 2001. p. 263.

<sup>104</sup> Cabe lembrar que com a *Lei 11.689 de 2008 agravantes e atenuantes não são mais quesitadas aos jurados, portanto, tal matéria é da competência do juiz presidente.*

<sup>105</sup> STJ no HC 49494 / RJ. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA Órgão: Sexta Turma. Data do Julgamento: 12/08/2008. (...) Negado pelo Conselho de Sentença o reconhecimento de qualquer circunstância atenuante, não cabe ao Juiz-Presidente fazê-lo ao total arrepio da constitucional soberania de seus veredictos (...) e STJ no HC 45186 / SC. Relator: Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Órgão Julgador - SEXTA TURMA Data do Julgamento 09/03/2006.

desclassificação deve ser entendida em termos, anulando-se apenas os atos subsequentes ao ato nulo, na medida em que no novo julgamento o Conselho de Sentença poderia conferir resposta diversa aos quesitos<sup>106</sup>.

### 1.3.3 Sigilo das votações

O sigilo das votações percebido como princípio informador do Tribunal do Júri confere independência e imparcialidade à convicção dos jurados. Justamente por esse motivo tem-se considerado como indispensável para a manutenção do instituto<sup>107</sup>. Os jurados desprovidos das garantias constitucionais e do preparo inerente da magistratura técnica estão mais suscetíveis a sofrer influência da pressão externa, sempre receosos de que o teor de seus votos incidam indiretamente em suas vidas pessoais<sup>108</sup>.

Tal princípio deve ser compreendido sobre um duplo enfoque: a preservação do voto secreto e o processo de votação desenvolvido em sala fora da vista do público<sup>109</sup>. Sobre o voto secreto entendemos que o que se visa a resguardar é a “sigilação do voto” e não tanto “o ato de votar”<sup>110</sup>, motivo pelo qual andou bem o legislador na reforma da Lei 11689/08 ao prever em seu artigo 483 os §§ 1º e 2º. Com a nova redação a votação

---

<sup>106</sup> STJ no HC 49494 / RJ. Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 12/08/2008 (...) **Constatada a desclassificação, a continuidade da votação implica nulidade apenas das respostas dadas pelo Conselho de Sentença para os demais quesitos, não se fazendo necessária a anulação de toda a sessão de julgamento, sob pena de violação do princípio da soberania dos veredictos, já que, em novo julgamento, o Conselho de Sentença poderia, em tese, modificar as respostas conferidas aos quesitos formulados anteriormente à nulidade (...).** Destaque aposto.

<sup>107</sup> NUCCI aponta a posição majoritária da doutrina nesse sentido citando Rui Barbosa e Frederico Marques (Nucci, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 25)

<sup>108</sup> TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 68)

<sup>109</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. RT. 8ª Edição, 2008. p. 727.

<sup>110</sup> TOURINHO Filho, Fernando da Costa Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 68)

é automaticamente interrompida quando for atingida a quantidade de quatro votos. Desse modo, preserva-se “a sigilação do voto” e confere-se mais abrigo ao preceito do sigilo das votações evitando que se conheça o voto de determinado jurado na hipótese de decisão unânime<sup>111</sup>.

A sala secreta é outro elemento assegurador do mencionado postulado protegendo a “[...] tranqüilidade do julgador popular, que seria afetada ao proceder a votação sob vistas do público”<sup>112</sup>. Indagava-se se a sala secreta não violaria o princípio da publicidade das decisões judiciais. Controvérsia hoje superada pelos Tribunais Superiores<sup>113</sup> e pela maioria da doutrina<sup>114</sup>, na medida em que o próprio artigo, 96 inciso IX da Carta Federal prevê expressamente limitações ao princípio da publicidade, além de tal dispositivo nem poder “(...) *se referir ao julgamento do júri, mesmo porque este, as decisões não podem ser fundamentadas*”<sup>115</sup>.

Outro dever que o sigilo das votações impõe é o silêncio acerca das questões de fato e de direito do julgamento que decorre da incomunicabilidade entre os jurados entre si ou com terceiros, uma vez sorteados. Deste modo, se impede que uma opinião externa influa no ânimo dos jurados<sup>116</sup>. A violação da incomunicabilidade dos jurados é causa de nulidade absoluta nos termos do artigo 564, inciso III, alínea “j” do Código de Processo Penal.

---

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini . Código Processo Penal. Atlas. 7º edição. São Paulo:. 2000. pág. 1.032

<sup>113</sup> “[...] assim, como já decidiu o STF não existe constitucionalidade alguma nos dispositivos que tratam da sala secreta [...]” (CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 582) e STJ no HC 81352 / RJ (Relator: Min. ARNALDO ESTEVES LIMA. Quinta Turma. Data: 07/10/2008).[...]. **As decisões proferidas pelo Tribunal do Júri decorrem do juízo de íntima convicção do jurados e representam exceção à obrigatoriedade de fundamentação dos provimentos judiciais (art. 93, IX, da Constituição Federal) contemplada pela própria Carta Política, que assegura o sigilo das votações aos integrantes do Conselho de Sentença (art. 5º, XXXVIII, b, da Constituição Federal).** destaque apostro.

<sup>114</sup> Nesse sentido Fernando Capez (Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 582), Mirabete, Nucci (Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 30), Tourinho Filho (Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 68) dentre outros.

<sup>115</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini . Código Processo Penal. Atlas. 7º edição. São Paulo:. 2000. pág. 1.032

<sup>116</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 565.

## 1.4 Apelação contra decisão do Tribunal do Júri.

### 1.4.1 Fundamento, evolução histórica, conceito, natureza jurídica dos recursos e o duplo grau de jurisdição.

Parece-nos que os recursos, antes de tudo, surgiram com o propósito de atender a um comportamento inato ao gênero humano, qual seja, a situação psicológica do homem em não se conformar com uma decisão que lhe seja prejudicial<sup>117</sup>. Ao passo que os recursos satisfazem essa quase “lei fisiológica”<sup>118</sup> individual, eles também atuam em prol da coletividade atenuando a falibilidade humana, seja permitindo a revisão da decisão, seja cumprindo um papel didático no espírito do julgador. “*Sabendo ele que sua decisão pode ser revisada por outros julgadores*”<sup>119</sup>.

Como observamos a ideia de recurso é tão antiga quanto a necessidade psicológica do homem em buscar a reparação de uma injustiça que lhe foi imputada, mas foi somente no direito romano que ela se assentou nos moldes modernos com a chamada “*appelatio ad principem*” que foi resultado de dois sistemas: a “*provocatio ad populum*”<sup>120</sup> e a “*intercessio*”<sup>121</sup>. A “*appelatio ad principem*” consistia em uma apelação interposta diretamente ao príncipe sobre matéria penal. Com o tempo, diante do crescente volume de recursos o imperador delegou aos magistrados superiores o

---

<sup>117</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal, Saraiva, 1991, p.337

<sup>118</sup> MONTEIRO, João, Teoria do Processo Civil e Comercial, 2ª edição, vol. III. P.55/56. *apud* Florêncio de Abreu. Comentários ao Código de Processo Penal, Rio de Janeiro. Forense. Vol V. p. 162.

<sup>119</sup> CONSTANTINO Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P.23

<sup>120</sup> A “*provocatio ad populum*”, instituída pela Lei “*Valeria de Proconvocatione*”, servia como instância de graça onde o povo anulava ou confirmava a sentença.

<sup>121</sup> A “*intercessio*” consistia “(...) na confirmação ou cassação de um magistrado à decisão de outro magistrado (...)”. CAMARGO ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles . Dos Recursos no Processo Penal, Saraiva, 1988. p 07 *apud* MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 25.

encargo de reexaminarem aqueles julgamentos, conferindo a eles o poder de cassar e reformar as decisões recorridas<sup>122</sup>. Ainda sobre a perspectiva histórica, vale lembrar que o Código de Instrução Criminal Francês de 1808 ao instituir o Tribunal do Júri tornou inapelável a decisão emanada pelo Conselho de Sentença<sup>123</sup>.

Etimologicamente a palavra recurso deriva do vocábulo latino “*recursus*”. É composta da partícula “Re” que significa volta ou repetição e “cursus” que provém do verbo “*currere*”<sup>124</sup>. O recurso se traduz em um movimento pretérito enquanto o processo indica um movimento em direção ao futuro<sup>125</sup>. Conquanto haja certa elasticidade no conceito técnico de recurso parece-nos que a acepção gira em torno de um núcleo comum. Recurso está irremediavelmente ligado à ideia de reexame, ao menos enquanto direito processual subjetivo do acusado<sup>126</sup>. Tanto é assim que Tourinho Filho o define como sendo apenas “[...] o reexame de uma decisão [...]”<sup>127</sup>. Ampliando, entendemos que não só abrange o reexame de uma decisão como também uma situação processual<sup>128</sup>, dirigida à mesma instância ou órgão superior a fim de a reformá-la ou simplesmente confirmá-la<sup>129</sup>.

Quanto à natureza jurídica do recurso, muitos já sustentaram que o recurso nada mais seria do que uma nova ação dentro do mesmo processo<sup>130</sup>. A doutrina mais

---

<sup>122</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 26

<sup>123</sup> “O veredicto do júri era como um decreto do Destino, não podia ser mudado” Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, Rio de Janeiro. Forense. Vol V. p. 169) *apud* MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 25.

<sup>124</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v. 2. Saraiva, p. 247

<sup>125</sup> CÂMARA LEAL, Antônio Luiz. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v.4. p.32. *apud* Mossin, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 26

<sup>126</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 29

<sup>127</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, v. 2. Saraiva, p. 245

<sup>128</sup> “(...) *como a impetração do Habeas Corpus em favor do paciente que se ache preso ilegalmente (...)*” MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 25.

<sup>129</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 673

<sup>130</sup> Nesse sentido **Emilio Betti** (*apud* MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 25), **Helio Tornaghi** (*apud* CONSTANTINO, Lúcio Santoro.

moderna, entretanto, prefere reconhecer o recurso como instrumento ou direito inserido na própria ação e defesa<sup>131</sup>.

Os recursos têm lastro jurídico constitucional quando a Carta passa a prever a organização do Poder Judiciário em graus diferentes de jurisdição (Título IV – Capítulo III) e quando assegura a ampla defesa com os recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV). Também possuem força supralegal pela previsão do item 6 do art. 7º da Convenção Americana sobre direitos humanos.

A ideia de recurso sempre esteve intimamente associada ao duplo grau de jurisdição que além de ser uma manifestação do devido processo legal<sup>132</sup> é uma das formas mais importantes do exercício da ampla defesa<sup>133</sup>, operando no controle da justiça e da legalidade<sup>134</sup>. O sistema do duplo grau de jurisdição, consagrado pela revolução francesa, pressupõe o reexame e a substituição de uma decisão quanto matéria de fato ou de direito por outra proferida por um órgão jurisdicional hierarquicamente superior<sup>135</sup>. A nova decisão sempre se substituirá totalmente à decisão reformada e a parte da qual não se tenha recorrido não será substituída pela eficácia preclusiva da coisa julgada<sup>136</sup>. Motivo pelo qual o duplo grau de jurisdição “[...] encontra seus limites fixados no princípio tantum devolutum quantum appellatum, bem como na proibição da reformatio in pejus [...]”<sup>137</sup>. Além de não alcançar a instância extraordinária por força expressa do Texto Maior.

---

Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P.23) dentre outros.

<sup>131</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarence, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 7º Edição. São Paulo. RT, 2001. p. 124/125

<sup>132</sup> DELMANTO, Roberto Júnior. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Renovar, Rio de Janeiro. 1998. p. 183

<sup>133</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 693

<sup>134</sup> PITOMBO, Sérgio. Teoria dos Recursos. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

<sup>135</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 29

<sup>136</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 693

<sup>137</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 65/66

#### 1.4.2 Apelação contra decisão do Tribunal do Júri.

O vocábulo *apelação* deriva da expressão latina “*apellatio*” que traduz a ideia de dirigir a palavra a outrem<sup>138</sup>, originalmente feita nas balizas da breve consideração histórica do item anterior. Hodiernamente, a regra geral da *apelação* encontra-se estampada nos incisos do artigo 593 do Código de Processo Penal, ou seja, a *apelação* reserva-se às decisões ou sentenças com força de definitivas - salvo a hipótese de recurso em sentido estrito para as decisões interlocutórias quando cabível - e a outras espécies de decisões por força expressa do texto legal<sup>139</sup>.

A *apelação* por excelência é um recurso amplo, pois devolve o conhecimento de toda a matéria impugnada de fato e de direito ao juízo “ad quem”, respeitado o princípio do “*tantum devolutum quantum appellatum*”<sup>140</sup>. O mesmo não pode-se afirmar quanto ao caráter da *apelação* contra as decisões do Tribunal do Júri. Essa é dotada de natureza restrita ou vinculada, no sentido do recurso se restringir às hipóteses previstas em lei e do fato do Tribunal “ad quem” atuar como mero juízo de cassação, verificando apenas a regularidade ou não do julgamento popular sem adentrar no mérito<sup>141</sup>. A razão de ser desses limites é atender “[...] o duplo grau de jurisdição, ao mesmo tempo em que se busca preservar a soberania dos veredictos [...]”<sup>142</sup>. Tamanha é essa característica peculiar à *apelação* no Tribunal do Júri que já houve quem preferisse não qualificá-la como tal, mas como simples provocação ao juízo “ad quem” para que se pronuncie sobre a regularidade do processo<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 685

<sup>139</sup> “(...) Como é o caso da *impronúncia* e da *absolvição sumária* (art. 416 do CPP) (...)” (PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 715) e do art. 82 da Lei 9099/95.

<sup>140</sup> Ibidem

<sup>141</sup> Nesse sentido a súmula nº 713 do STF ( “O efeito devolutivo da *apelação* contra as decisões do júri é adstrito aos fundamentos de sua interposição”)

<sup>142</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 392.

### 1.4.2.1 Nulidade posterior à pronúncia

A lei processual penal ao prever a causa de apelação do artigo 593, III, “a” do Código vinculou o recurso à ocorrência de nulidade, mas limitou o cabimento para aquelas posteriores à pronúncia por um motivo bastante intuitivo. A pronúncia põe a termo uma das fases do procedimento escalonado do júri, determinando o encaminhamento da matéria ao Tribunal Popular. Logo, as questões de nulidades levantadas antes da pronúncia já foram objeto de recurso em sentido estrito<sup>144</sup> ou foram analisadas no próprio corpo da decisão, operando-se a preclusão temporal<sup>145</sup>.

Desde que posteriores à pronúncia, tanto a nulidade relativa quanto a absoluta permitirão o manejo dessa apelação, entretanto, elas receberão tratamentos distintos. A primeira deve ser argüida em momento oportuno, ou seja, logo após o julgamento e apregoadas as partes, nos termos do artigo 571, V do Código Processual Penal, sob pena de preclusão. Além de se exigir demonstração de efetivo prejuízo, conforme a teoria das nulidades<sup>146</sup>. Já a nulidade absoluta dispensa a demonstração de prejuízo e de protesto anterior podendo ser discutida diretamente na apelação, tendo em conta que ela se presume e não se convalida pelo decurso do tempo<sup>147</sup>. Em caso de procedência do apelo será feito mero júízo rescindente, desconstituindo a decisão anterior e a remetendo a novo exame do Júri. Legalmente, as causas de nulidades

---

<sup>143</sup> Entre os adeptos desta qualificação: José Frederico Marques e Adalberto Camargo Aranha (MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 84)

<sup>144</sup> Art. 581, IV do Código de Processo Penal.

<sup>145</sup> Salvo no caso de nulidade absoluta que não poderá ser sanada pelo tempo. Nessa hipótese “[...] nada impede juridicamente seja ela levantada como preliminar de recurso de apelação, quando interposta com suporte em algum dos fundamentos do art. 593 do Código de Processo Penal [...]” MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 87.

<sup>146</sup> Artigo 563 do Código de Processo Penal.

<sup>147</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P.123

posteriores à pronúncia estão delineadas nos incisos III e IV do artigo 564 do Diploma Processual Penal.

#### **1.4.2.2 Sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados.**

A sentença proferida pelo magistrado deve estar de acordo com o direito e com a decisão dos jurados. Qualquer discrepância sobre algum destes aspectos dará ensejo ao recurso de apelação<sup>148</sup>. Logo, trata-se de hipótese que passa à margem de qualquer afronta ao princípio da soberania dos veredictos, na medida em que o erro provém do juiz togado e não dos jurados<sup>149</sup>. Considerando essa premissa, o tribunal “ad quem” irá proceder tanto a um juízo rescindente quanto a um rescisório, desconstituindo a decisão anterior e a substituindo por uma nova. Assim, dispensa-se a submissão do acusado a novo julgamento no Tribunal do Júri promovendo o próprio tribunal togado à correção do erro material<sup>150</sup>.

A decisão dos jurados não poderá ser ignorada pelo juiz-presidente, pois no Tribunal do Júri vigora uma relação horizontal entre os julgadores não podendo o juiz técnico sobrepor-se ao conselho popular, por força do princípio da soberania dos veredictos<sup>151</sup>. A título de exemplo imagine-se que os jurados reconheçam a legítima defesa putativa enquanto o juiz togado absolve o acusado por legítima defesa real<sup>152</sup>. Tratando-se de sentença contrária à lei expressa, cuida-se de “error in procedendo”, e não de erro relativo ao mérito. Uma sentença conforme à lei expressa deve observar as

---

<sup>148</sup> Artigo 593, III, “b” do Código de Processo Penal.

<sup>149</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 393

<sup>150</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 104

<sup>151</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 705

<sup>152</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 103

formalidades do artigo 381 e não incidir em nenhuma das hipóteses do artigo 582, ambos do Código de Processo Penal<sup>153</sup>.

#### **1.4.2.3 Erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança.**

O Código de Processo penal ao prever a hipótese do artigo 593, III, “c” permite a interposição de apelação no caso de erro (equivoco objetivo) ou injustiça (equivoco subjetivo) na aplicação da pena ou medida de segurança<sup>154</sup>. O erro em relação à aplicação da pena considera violação ao critério de dosimetria Nelson Hungria (artigo, 68, “caput” do Código Penal) e implica “error in procedendo”, podendo a sentença ser anulada por vício formal<sup>155</sup>. Já a injustiça diz respeito à equivocada valoração das circunstâncias judiciais (artigo 59 do Código Penal) e traduz “error in judicando”, sendo corrigida a pena sem a anulação do julgamento<sup>156</sup>. Em ambos os casos o equivoco será decorrente da atuação exclusiva do juiz-presidente permitindo-se, assim, que o tribunal “ad quem” proceda tanto ao juízo rescindente quanto ao rescisório<sup>157</sup>.

Discute-se na doutrina e nos tribunais se a qualificadora reconhecida pelo júri poderia ser desclassificada pelo tribunal “ad quem”. Em outras palavras, poderia o tribunal da apelação apenas retificar a sentença sem devolver o conhecimento da matéria ao conselho de sentença no caso de inclusão ou exclusão de qualificadoras. A posição majoritária<sup>158</sup> entende que o tribunal de justiça jamais poderia afastar ou incluir

---

<sup>153</sup> “Mas a contrariedade à lei não se encontra apenas na estrutura do ato sentencial. Imagina-se o caso em que o juiz, seguindo a determinação dos jurados, condene o réu a 9 anos de reclusão por homicídio simples e determina o regime integralmente fechado. Ora, neste caso, inexistente amparo legal para que o réu cumpra a pena imposta sem a possibilidade de progressão” (CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. p. 124-125)

<sup>154</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 716

<sup>155</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 705

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 393

qualificadoras, sem precisar anular o júri, uma vez que implicaria reforma direta do mérito da decisão dos juízes de fato. Matéria ligada à qualificadora “[...] *por ser elemento do tipo, integra o veredicto dos jurados* [...]”<sup>159</sup>. Logo, a decisão do tribunal “ad quem” que desclassificasse a qualificadora estaria atentando contra o princípio constitucional da soberania dos veredictos<sup>160</sup>. Nessa hipótese deveria o tribunal de apelação apenas anular o júri, forte na alínea “d”, III do artigo 593 do Código de Processo Penal.

Outra questão é em relação a inclusão ou exclusão de agravantes e atenuantes feita diretamente pelo tribunal “ad quem”. Entendemos que as agravantes e as atenuantes não estão mais agasalhadas pelo manto da soberania dos veredictos por tratar-se de questão decidida pelo juiz-presidente e não mais pelos jurados, por força das alterações trazidas pela reforma da Lei 11.689 de 2008.

#### **1.4.2.4 Decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos.**

A respeito da hipótese de apelação prevista no artigo 593, III, “d” do Diploma Processual Penal limitamo-nos a dizer que ela já foi objeto de análise ao servir de parâmetro para o estudo do princípio da soberania dos veredictos. Assim, remetemos o leitor ao item 1.3.2 deste trabalho.

## **2. A proibição da “reformatio in pejus”**

---

<sup>158</sup> Nesse sentido **MOSSIN** ( Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 105 a 106), **NUCCI** (Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 394 a 395 ), **CAPEZ** (Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 706 ), **GRINOVER, Ada** (Recursos em Processo Penal. p. 125 *apud* Nucci, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008, p. 399 ), **CONSTANTINO** (Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. p. 125-126), dentre outros.

<sup>159</sup> **CONSTANTINO**, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. p. 126.

<sup>160</sup> **CAPEZ**, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 706

## 2.1 Conceito e breve consideração histórica acerca do princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”

O princípio da “non reformatio in pejus” consiste na proibição de agravar a situação do acusado que recorreu de modo exclusivo<sup>161</sup>. Prevalece<sup>162</sup> que a premissa vista sob o ângulo da acusação não encontra aplicação, ou seja, na hipótese de haver recurso exclusivo do Ministério Público ou do querelante é possível que a situação do réu seja favorecida<sup>163</sup>. Trata-se da chamada “reformatio in melius” que nada mais é do que uma “reformatio in pejus” para a acusação<sup>164</sup>.

O processo penal romano, ainda que acusatório, não conhecia a vedação da “reformatio in pejus”<sup>165</sup>. Nesse sistema vigorava a regra da “*communio appellationis*” ou do “benefício comum”, segundo a qual a apelação devolvia ao tribunal toda a matéria, mesmo aquela que não impugnada no recurso<sup>166</sup>. Assim, a apelação poderia eventualmente favorecer a parte que não recorreu.

Entende-se na doutrina que a proibição da “reformatio in pejus” teve origem somente na França imperial com um aviso do Conselho de Estado de 12 de novembro de 1806<sup>167</sup>. A partir daí o princípio foi sendo adotado por diversas legislações da época

---

<sup>161</sup> Mossin, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 119

<sup>162</sup> Nesse sentido **Sady de Gusmão, Frederico Marques** (MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 150 ), **Paulo Rangel, Ada Pellegrini, Adalberto Aranha, Damásio Jesus, Heráclito Mossin, Magalhães Noronha , Tourinho Filho** entre outros ( RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 691

<sup>163</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 337 a 338

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sérgio.pitombo.com.br](http://www.sérgio.pitombo.com.br)

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 119

como a alemã, a austríaca e a egípcia<sup>168</sup>. Na Itália houve acesa polêmica quanto à proibição da “reformatio in pejus”, se a apelação proviesse apenas do réu, entretanto, ela acabou por ser acolhida pela legislação processual daquele país<sup>169</sup>. Tanto na França quanto na Itália há a previsão de apelação incidental para ambas as partes, neutralizando na prática os efeitos do princípio proibitivo da “reformatio in pejus”<sup>170</sup>.

No direito civil luso-brasileiro vigia a “comunidade da apelação” que afirmava que “[...] a apelação é comum a uma e outra parte [...]”<sup>171</sup>. A Constituição brasileira de 1891 em seu artigo 81, §2º passou a prever a vedação da reforma para pior nas revisões criminais. Com a permissão constitucional conferida aos Estados-Membros para legislar sobre matéria processual penal o Rio Grande do Sul foi o primeiro Estado a acolher o princípio que posteriormente foi adotado pelos demais Códigos estaduais<sup>172</sup>. Após, a proibição se estendeu a todos os recursos e não só à revisão criminal<sup>173</sup>. Por fim, o Código de Processo Penal de 1941 consagrou a regra em seu artigo 617, até hoje vigente.

## **2.2 Sistemas do processo penal e o princípio da proibição da “reformatio in pejus”**

### **2.2.1 Nota introdutória.**

---

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> TOURINHO Filho, Fernando da Costa Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 429 a 430

<sup>170</sup> Ibidem.

<sup>171</sup> PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

<sup>172</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. p. 41

<sup>173</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 119

A existência da proibição da reforma para pior está indissociavelmente ligada aos procedimentos acusatório ou misto, pois ela deriva de conseqüências lógicas desses sistemas<sup>174</sup>. Nesse sentido, não podemos deixar de fazer referência, ainda que superficial, ao assunto. Antes de abordarmos o tema propriamente dito é de bom alvitre delitarmos a expressão sistemas do processo penal. Segundo o magistério de Paulo Rangel nada mais seria do que “[...] o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”<sup>175</sup>.

## **2.2.2 Sistema inquisitório, acusatório, misto ou formal e o procedimento adotado pelo Brasil**

O sistema inquisitório corresponde à ideia de um poder absoluto centralizado na pessoa do soberano, típico dos Estados totalitários<sup>176</sup>. Surgiu com a formação dos Estados nacionais e se aperfeiçoou no direito canônico<sup>177</sup>. Tem como características, dentre outras, a ausência do contraditório e da ampla defesa<sup>178</sup>, o sistema da prova tarifada, processo sigiloso sempre escrito, submissão do indivíduo ao Estado e a concentração das funções de acusar, defender e julgar reunidas no mesmo órgão ou pessoa<sup>179</sup>. Para os fins deste trabalho, interessa-nos justamente a última característica.

---

<sup>174</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 123

<sup>175</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 45

<sup>176</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 55

<sup>177</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 45

<sup>178</sup> No sistema inquisitivo o Estado-juiz assume a investigação unilateral da verdade, aniquilando a ampla defesa e o contraditório. Logo, o acusado transforma-se em mero objeto da instrução criminal, não lhe sendo conferida garantia alguma (José Frederico Marques *apud* Machado, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 123 )

<sup>179</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p.41

As três funções reunidas em uma só mão comum já identificam “*per si*” o sistema inquisitório<sup>180</sup>. O próprio juiz inquisidor dá início à persecução penal. Mesmo que delegada essa função a terceiros, o juiz continua tendo o poder de iniciar o processo de ofício<sup>181</sup>. O próprio órgão responsável pela investigação é o mesmo que pune, o que acaba por quebrar a sua imparcialidade<sup>182</sup>. A figura do defensor era desconhecida, na medida em que “[...] se o réu era culpado, não o merecia; se inocente, um juiz inquisidor honesto o descobriria [...]”<sup>183</sup>.

Quanto aos recursos, considerando que os juízes inquisidores recebiam o seu poder jurisdicional por delegação do soberano ou de outro órgão, o “*thema decidendum*” poderia retornar àquele que originalmente o delegou para revisar a decisão<sup>184</sup>. Assim, tendo em conta que o verdadeiro titular da ação era o soberano, o órgão “ad quem” tinha a plena liberdade de examinar toda a questão de fato e de direito discutida no processo, motivo pelo qual o órgão de segunda grau era chamado de “uma segunda primeira instância”<sup>185</sup>. No mais, há quem defenda que no tipo inquisitivo não há realmente um processo, mas simples procedimento investigatório<sup>186</sup>.

Por seu turno, o sistema acusatório é típico dos Estados Democráticos de Direito e tem por objetivo tutelar o cidadão contra o arbítrio do Estado<sup>187</sup>, ou seja, [...] é a antítese do tipo inquisitivo [...]”<sup>188</sup>. O sistema acusatório antigo nasceu em Atenas e

---

<sup>180</sup> FLORIÁN, Eugênio (De Las Pruebas Penales, Tomo I, Editora Temis, 3º ed. Bogotá: Colômbiap. 06, 1990) *apud* RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 46

<sup>181</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 55

<sup>182</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 46

<sup>183</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 55

<sup>184</sup> *Ibidem*.

<sup>185</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 429.

<sup>186</sup> **José Frederico Marques** *apud* MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 126. Contra: **Paulo Rangel** segundo o qual o sistema inquisitivo é um “(...) processo, utilizado pelo Estado como instrumento de solução do caso penal (...)” (Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 47)

<sup>187</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 45

desenvolvido pelos romanos se iniciava através da “*acusatio*” que era uma manifestação do ofendido ou de seus parentes. Essa manifestação era seguida da chamada “*lex*” que concedia ao ofendido poderes investigatórios<sup>189</sup>. Esse sistema com acusação popular foi preservado de certo modo pela Inglaterra até os dias de hoje<sup>190</sup>. As principais características do sistema acusatório são a vigência do contraditório e da ampla defesa, a publicidade dos atos processuais, a imparcialidade do órgão julgador, o sistema do livre convencimento e a distribuição das funções de julgar, acusar e defender a órgão distintos<sup>191</sup>. Nessa última característica, mais uma vez, deteremos nossa atenção. Com a separação das funções cria-se o ato dos três personagens (“*actum trium personarum*”). Há um debate entre acusador e defensor, assumindo o julgador um papel de moderador. O juiz não mais dá início à persecução penal de ofício, pois há um órgão próprio criado para este fim. Ainda mais, vigora a inércia da jurisdição, dependendo a ação penal de requerimento do órgão acusatório (“*nemo iudex sine actore*”).

O sistema acusatório misto ou formal tenta conciliar os dois tipos anteriores, buscando o equilíbrio “[...] entre a necessidade de repressão e as garantias individuais [...]”<sup>192</sup>. O tipo acusatório misto se aperfeiçoou durante o curso do século XIX, tendo como marco inicial o Código de Instrução Criminal francês de 1808<sup>193</sup>. Tem como uma das características fundamentais a separação das funções de acusar e julgar, não podendo o órgão julgador dar início à persecução penal “*ex officio*” (“*nemo iudex sine actore*” ou “*ne procedat iudex ex officio*”), entretanto, ele é dividido em dois procedimentos distintos. Em um primeiro momento se procede a uma instrução preliminar e a uma instrução preparatória que possuem características tipicamente

---

<sup>188</sup> Ibidem.

<sup>189</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 124

<sup>190</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 54

<sup>191</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p.40

<sup>192</sup> Hélio TORNAGHI (In Compêndio, cit. p. 52) *apud* MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 128

<sup>193</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 55

inquisitivas, reduzindo o réu a mero objeto de investigação<sup>194</sup>. No segundo procedimento conhecido como judicial ou principal inaugura-se o processo penal propriamente dito, conferindo ao acusado todas as garantias do processo acusatório<sup>195</sup>.

O direito pátrio formalmente adotou o sistema acusatório ao prever um complexo de garantias com sede constitucional<sup>196</sup>. Para parte da doutrina<sup>197</sup> o sistema acusatório acolhido pelo Brasil não é puro em essência, apesar de se aproximar do ideal. Dois argumentos, a título de exemplo, seriam a natureza inquisitória do inquérito policial e alguns poderes atribuídos aos juízes no Código de Processo Penal (artigo 156, por exemplo)<sup>198</sup>.

### 2.2.3 Sistema acusatório e a vedação da “reformatio in pejus”

A vedação da “*reformatio in pejus*” está diretamente ligada ao sistema acusatório ou misto, mais precisamente na característica da separação das funções de julgar e acusar. Tivemos a oportunidade de ver que no tipo acusatório o juiz não pode agir de ofício, dependendo da iniciativa das partes para provocar a movimentação da jurisdição. Trata-se da aplicação do brocardo latino “*nemo iudex sine actore*” (não há juiz sem autor) ou do princípio da ação.

---

<sup>194</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 50

<sup>195</sup> “(...) O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII) (...)” ( CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p.41)

<sup>196</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 129

<sup>197</sup> **Luiz Flávio Gomes, Geraldo Prado, Paulo Rangel** (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 51 a 52 ), **Guilherme de Souza Nucci** (PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 10) dentre outros

<sup>198</sup> PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 10.

Como desdobramento do princípio da demanda surge a regra do “*ne eat iudex ultra petita partium*” segundo a qual o juiz fica vinculado ao que lhe foi pedido. É vedado ao órgão julgador “[...] tomar providências que superam ou sejam estranhas ao pedido [...]”<sup>199</sup>. Se em primeira instância o juiz só pode conhecer o que foi pedido, logicamente que a atuação do tribunal “ad quem” também estará limitada ao que lhe foi impugnado<sup>200</sup>. O princípio “*tantum devolutum quantum appellatum*” ou princípio da devolutividade é exatamente a consagração dessa consequência. Segundo esse princípio o órgão julgador fica vinculado ao objeto do pedido contido no recurso<sup>201</sup>. Do emprego conjugado dessas regras nasce a vedação da reforma para pior impondo a proibição do julgamento “ultra” e “extra petita”<sup>202</sup> ou como bem sintetiza Tourinho Filho:

[...] se a defesa interpõe o apelo, é óbvio que o órgão de segundo grau, além de dever respeitar a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, não pode agravar-lhe a situação processual, simplesmente em virtude do princípio do *nemo iudex sine actore* [...]”<sup>203</sup>.

Não há juiz sem autor (*nemo iudex sine actore*), portanto, a inexistência de acusação irá obstar que se profira uma decisão que piore a situação do réu<sup>204</sup>. Outra distinção meramente terminológica feita pela doutrina diferencia o chamado princípio da personalidade dos recursos do princípio do benefício comum<sup>205</sup>. O primeiro desdobra-se em duas regras: o recurso só pode beneficiar a parte que o interpôs<sup>206</sup> e

---

<sup>199</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 36

<sup>200</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. p. 131

<sup>201</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 920

<sup>202</sup> Rangel, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 685

<sup>203</sup> TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p 430.

<sup>204</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 685

<sup>205</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 921

<sup>206</sup> Com exceção do o artigo 580 do Código de Processo Penal

quem não recorreu não pode ter a sua situação agravada (“ne reformatio in pejus”). Já segundo princípio do benefício comum a parte poderia ser tanto beneficiada quanto prejudicada pelo seu recurso.

## **2.3 Correspondência entre os princípios do processo penal constitucional e o princípio da “*ne reformatio in pejus*”**

### **2.3.1 Nota introdutória**

O objetivo essencial do sistema acusatório é tutelar o cidadão contra o arbítrio do Estado. Para tanto, um complexo de garantias e direitos individuais tutelado constitucionalmente é conferido ao acusado. A proibição da “reformatio in pejus” nada mais é do que uma das formas de proteger e dar efetividade a essas garantias. A regra da vedação para pior guarda uma forte relação com o princípio do devido processo legal e seus principais consectários, quais sejam, a ampla defesa e o contraditório. Considerando esse liame, o que nos cabe fazer a seguir é traçar um paralelo entre essas garantias e a postulado da “*non reformatio in pejus*”.

### **2.3.2 Devido processo legal e a proibição da “*reformatio in pejus*”**

A garantia do devido processo legal tem origem nas ilhas britânicas com a edição da Carta Magna de 1215, consagrada pela expressão “*law of the land*” - hoje “due process of law”<sup>207</sup>-, como reação do baronato inglês ao poder monárquico. Historicamente, o devido processo legal passou de paladino das garantias de índole processual formal para defensor dos direitos e liberdades oprimidos pela legislação

---

<sup>207</sup> MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Atlas. 22º ed. 2007. p. 100 a 101

destituída do necessário coeficiente de razoabilidade. Em homenagem a esse desenvolvimento concebe-se o princípio em seu duplo enfoque: aspecto material e substancial. O primeiro confere ao indivíduo um conjunto de garantias processuais mínimas a fim de assegurar a finalidade “[...] solucionadora de conflitos de interesses de alta relevância social [...]”<sup>208</sup> do direito penal. Já pelo segundo aspecto, exige-se que as decisões sejam pautadas pela razoabilidade e proporcionalidade, quanto à aplicação das normas ao caso concreto<sup>209</sup>. Todos os princípios processuais derivam deste postulado fundamental. Logo, não há como se respeitar o contraditório e a ampla defesa, instaurando a igualdade entre as partes na relação jurídico-processual, sem observar o devido processo legal<sup>210</sup>.

O devido processo legal pressupõe um sistema penal acusatório marcado pelo jogo dialético entre acusação e defesa em paridade de armas. Essa igualdade é assegurada pela separação entre juiz e acusação, que além de impor a regra do “*ne procedat iudex officio*”, garante “[...] o papel da parte – posição de paridade com a defesa – consignado ao órgão da acusação e a conseqüente ausência de qualquer poder sobre a pessoa do imputado [...]”<sup>211</sup>. O processo deve se desenvolver em estrutura equilibrada e cooperadora. Nenhuma das atividades (jurisdição, acusação e réu) deve ser o centro, sobrepondo-se sobre as outras<sup>212</sup>. A igualdade de armas ou “*par condicio*” outorga os mesmos direitos e deveres a autor e réu. Com o objetivo de fazer valer esse tratamento impõe-se uma igualdade substancial, ou seja, a realidade

---

<sup>208</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT. 3ª ed. 2009. p. 60

<sup>209</sup> “ (...) a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal que já assentou o entendimento de que transgredir o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), analisado este na perspectiva de sua projeção material (substantive due process of law), a regra legal que veicula, em seu conteúdo, prescrição normativa qualificada pela nota da irrazoabilidade. Coloca-se em evidência, neste ponto, o tema concernente ao princípio da proporcionalidade, que se qualifica - enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (...)” (ADI 1755 MC / DF - Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator Min. Celso de Mello)

<sup>210</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 03

<sup>211</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. RT. 2009. p. 522.

<sup>212</sup> SCARENCE, Antonio Fernandes. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 52

processual pode exigir que em determinadas situações se conceda tratamento especial em favor a uma das partes a fim de compensar eventual desigualdade material<sup>213</sup>.

Esse tratamento diferenciado, quando considerado em prol do acusado, justifica a prevalência do “*favor rei*” ou “*favor libertatis*”<sup>214</sup>. Em um Estado Democrático de Direito o processo penal se desenvolve em atenção à liberdade do acusado, portanto, em eventual conflito entre o “*jus puniendi*” do Estado e “*jus libertatis*” do acusado deve prevalecer o último. Em outras palavras “[...] na interpretação e na aplicação das normas de direito processual penal, surgindo antagonismo, escolhe-se a mais favorável ao acusado [...]”<sup>215</sup>. Trata-se de regra interpretativa do texto legal que tem por fim último tutelar o valor da pessoa humana<sup>216</sup>. Ademais, a acusação tem ao seu dispor toda a estrutura montada pelo poder Estatal, ao passo que o acusado conta apenas com o auxílio do seu advogado como bem aponta Pacelli:

*“(...) a cláusula do devido processo legal tem por escopo essencial a realização das garantias individuais do acusado em face do Estado, de modo a promover o necessário equilíbrio de forças entre acusação e defesa na ação penal. Para tal finalidade deverá, quanto possível, impedir que a atividade judicante ou jurisdicional funcione como acréscimo ou corretivo da má atuação do órgão estatal responsável pela função acusatória (...)”*<sup>217</sup>.

A inibição da “*reformatio in pejus*”, enquanto direito exclusivo do réu, confere à defesa agasalho especial, buscando nivelar a relação jurídico-processual entre as

---

<sup>213</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT. 3ª ed. 2009. p. 58ª 59

<sup>214</sup> SCARENCE, Antonio Fernandes. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 52

<sup>215</sup> PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sérgio.pitombo.com.br](http://www.sérgio.pitombo.com.br)

<sup>216</sup> BETTIOL, Giuseppe (Instituições de direito e de processo penal. Trad. Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Ed., 1974, p. 295-7) *apud* PITOMBO, Sérgio (Proibição da *Reformatio in Pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sérgio.pitombo.com.br](http://www.sérgio.pitombo.com.br))

<sup>217</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 670.

partes. Logo, o princípio não deixa de ser uma manifestação do mandamento maior do “favor rei”, ao lado dos recursos exclusivos da defesa (artigos 621 a 631 e 609, parágrafo único, todos do Código de Processo Penal), da absolvição por falta de provas (artigo 386, VI) da extensão da decisão favorável ao co-acusado não apelante (artigo 580) dentre outros<sup>218</sup>.

A Suprema Corte ao consolidar o entendimento da súmula 160 empregou a máxima do “favor rei” com reflexos ao princípio da proibição da “*reformatio in pejus*.”<sup>219</sup>. Nos termos do verbete, “ipsis verbis”, “é nula a decisão do tribunal que acolhe contra o réu nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”. Assim, ainda que em tese o interesse público justifique as nulidades absolutas sejam conhecidas de ofício, o “favor libertatis” impõe uma exceção à regra, impedindo a piora da situação do acusado.

### 2.3.3 Ampla defesa e a proibição da “*reformatio in pejus*”

O direito de defesa é cláusula presente na Constituição exatamente por conferir legitimidade ao exercício da jurisdição. O direito de defesa é um contraponto ao direito da ação, pela razão que o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação de todos os interessados<sup>220</sup>. Assim, a defesa é mais do que um direito ou garantia do acusado, constitui garantia do justo processo<sup>221</sup>. A defesa vista como

---

<sup>218</sup> PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

<sup>219</sup> Vale lembrar que a referida súmula 160 do STF não necessariamente vai ter incidência no campo do princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”. Nesse sentido, **Luiz Flávio Gomes** ao comentar o HC 72.923/SP julgado pelo STJ: “(...) *Considerando-se que nem a acusação nem a defesa pediam a nulidade, o tribunal violou a referida súmula. Em virtude disso veio o novo julgamento, impondo-se pena maior. É de se notar que o novo julgamento não decorreu do recurso da defesa. Logo, não há que se falar em “reformatio in pejus” indireta* (...). (Jornal Carta Forense, segunda-feira, 4 de janeiro de 2010)

<sup>220</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. RT. 2006. p. 307 a 309.

protetora do “ius libertatis” do indivíduo frente à persecução penal é indisponível, tendo por conta a natureza dos interesses em jogo<sup>222</sup>.

Inicialmente, concebida na possibilidade do réu se defender nos limites impostos pela lei, o direito de defesa ao ganhar a roupagem constitucional da ampla defesa, com os recursos a ela inerentes passou a ocupar posição central no processo sobre a qual todas as outras garantias gravitam<sup>223</sup>. A ampla defesa garante a defesa sem restrições, em regra, não sujeita às limitações da lei, do juiz ou da acusação<sup>224</sup>, ou seja, o Estado deve oferecer ao acusado a mais completa defesa. Exige-se a participação efetiva do réu no processo, sob pena de nulidade se prejudicial ao acusado<sup>225</sup>. Para tanto, impõe-se um procedimento adequado capaz de permitir o real exercício dessa garantia.

Segundo Rogério Tucci a ampla defesa reclama três “realidades procedimentais”, quais sejam, o direito à informação, à bilateralidade da audiência e o direito à prova legitimamente obtida ou produzida<sup>226</sup>. O indivíduo, além de ter o direito de tomar conhecimento do conteúdo da ação, deve ser informado dos prazos recursais, do andamento da apelação e, inclusive, do limite ou da devolutividade dos recursos, sempre afastando a surpresa<sup>227</sup>. Ao se retirar esse direito se estaria esvaziando a garantia de defesa, ao menos no padrão exigido pela Constituição, por levar grave incerteza jurídica ao acusado. Não fosse a proibição da “reformatio in pejus” o acusado poderia ser surpreendido por situação que lhe fosse prejudicial impedindo-o de exercer livremente seu direito ao recurso, ou seja, haveria cerceamento recursal ao réu com

---

<sup>221</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini (As Garantias Constitucionais do Processo, Novas Tendências do Direito Processual, Rio de Janeiro, Forense universitária, 1990. p. 8) *apud* SCARENCE, Antonio Fernandes (Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 279)

<sup>222</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT. 3ª ed. 2009.p.152

<sup>223</sup> GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 55

<sup>224</sup> *Ibidem*

<sup>225</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 33

<sup>226</sup> TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT. 3ª ed. 2009.p.60

<sup>227</sup> PITOMBO, Sérgio. Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

efetiva lesão sobre o próprio interesse de recorrer<sup>228</sup>. A “ne reformatio in pejus” procura afastar eventual embaraço no manejo dos recursos cabíveis, como na hipótese de intimidação do condenado sob a ameaça de ver a sua situação piorada pelo tribunal “ad quem” ou por novo julgamento<sup>229</sup>. A admissibilidade da “reformatio in pejus” poderia trazer tamanho temor ao acusado que acabasse por impedir o exercício recursal<sup>230</sup>, contrariando os fins do próprio instituto recursório<sup>231</sup>. Dito isso, pode-se assegurar que a “[...] proibição da reforma para pior, direta ou indireta, funcionaria como uma garantia do efetivo exercício da ampla defesa [...]”<sup>232</sup>. Tanto é assim que conclui Frederico Marques:

[...] nem haveria necessidade de menção expressa sobre a inadmissibilidade da reformatio in pejus, pois que o princípio constitucional da plenitude de defesa impede por si só que a lei ordinária adote regra que acolhesse agravação da pena contra o réu.<sup>233</sup>

Tourinho Filho advoga pela manutenção da menção expressa ao princípio no art. 617 do Código de Processo Penal, mas somente pelo motivo que ante a sua ausência poderia haver quem alegasse que a “non reformatio in pejus” também se estenderia ao recurso exclusivo da acusação<sup>234</sup>.

---

<sup>228</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P. 42

<sup>229</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 671

<sup>230</sup> CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P. 42

<sup>231</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC. P. 131

<sup>232</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 671

<sup>233</sup> MARQUES, José Frederico (Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1970. v.3, p. 273-274)

<sup>234</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 430.

### 2.3.4 Contraditório e a proibição da “reformatio in pejus”

O contraditório se estabelece com a relação bilateral entre as partes colocadas em posições opostas, mas em situação de igualdade. O princípio é marcado pelo binômio ciência e participação, ou em outros termos, o contraditório deve ser pleno e efetivo<sup>235</sup>. O contraditório é pleno, pois deve ser observado durante todo o desenvolvimento do processo. Já é efetivo na medida em que não basta o conhecimento formal dos atos da outra parte, impondo-se meios que favorecem uma resposta na mesma intensidade e extensão<sup>236</sup>. Nesse aspecto o princípio se relaciona de maneira muito intensa com a regra da paridade de armas, havendo, inclusive, quem a inclua dentro do contraditório, em uma visão moderna do instituto<sup>237</sup>. Esse contraditório mais exigente se fundamenta em razão dos interesses em jogo no processo penal.

Apesar da ampla defesa e do contraditório derivarem da mesma cláusula genérica do devido processo legal e guardarem relação bastante intensa entre si, não se confundem<sup>238</sup>. Enquanto o contraditório disponibiliza a garantia de participação a ampla defesa é a própria realização efetiva desta participação. O contraditório também se diferencia do princípio da igualdade. O primeiro reclama ciência dos atos da parte contrária e a respectiva oportunidade de impugná-los. Já a igualdade coloca as partes em uma situação de similitude perante o Estado<sup>239</sup>. Conquanto, possa haver certa identidade com o princípio da “par conditio”, e para alguns, até mesmo, sua inclusão ao contraditório, conforme visto.

A proibição da “reformatio in pejus”, considerada sob o prisma do contraditório, busca inibir violação à participação efetiva no processo. Caso fosse desconsiderada,

---

<sup>235</sup> CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p.20

<sup>236</sup> SCARENCE, Antonio Fernandes. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 61

<sup>237</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 31

<sup>238</sup> SCARENCE, Antonio Fernandes. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009. p. 280 a 281

<sup>239</sup> PACELLI de Oliveira, Eugênio. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 33

não seria conferido ao réu oportunidade efetiva de participação no debate acerca da nulidade ou de eventual imposição de situação mais gravosa a ele, portanto, repisa-se que “[...] é de *incontrastável realidade jurídica, que se o tribunal agravasse a situação do apelante, em recurso unicamente seu, estaria ele maculando o princípio do contraditório [...]*”<sup>240</sup>.

#### **2.4 Proibição da “reformatio in pejus” direta.**

Convencionou-se fracionar a “*ne reformatio in pejus*” em direta e indireta. A direta é aquela preconizada no texto do artigo 617 do Diploma Processual Penal e deve ser entendida na impossibilidade do réu em ter a sua situação prejudicada pelo órgão “ad quem”, havendo recurso exclusivo da defesa.

Como se teve a oportunidade de ver a vedação da reforma para pior se justifica por força da regra do “*tantum devolutum quantum appellatum*” e pela garantia do devido processo legal compreendida em seus principais corolários (ampla defesa, contraditório e igualdade). Nesse título acrescenta-se mais um fundamento, qual seja, o princípio da sucumbência como legitimação para impugnar. A parte vencida ao abrir mão do seu direito de recorrer abdica da faculdade de obter reparação pelo dano sofrido, em outros termos, presume-se a anuência do vencido com o resultado da demanda. Assim, se o derrotado se mostrou satisfeito com o deslinde da ação não pode o recurso da parte adversária o favorecer<sup>241</sup>. A mesma dinâmica de raciocínio se aplica ao Ministério Público enquanto parte. Ante a ausência de recurso da acusação presume-se que a sociedade se mostrou satisfeita com a decisão considerada justa<sup>242</sup>. Não há nenhum prejuízo ao “parquet”, pois a sua finalidade constitucional não é condenar, mas

---

<sup>240</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 120

<sup>241</sup> MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. WVC. 3ª Edição. P.130 a 131.

<sup>242</sup> NORONHA E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. Saraiva. 25ª edição. p. 493

defender o interesse social e os direitos individuais indisponíveis<sup>243</sup>. Ademais, houve coisa julgada por parte do Ministério Público, incidindo a preclusão da coisa julgada<sup>244</sup>.

A redação do artigo 617 do Código indica que não pode “[...] ser agravada a pena quando somente o réu houver apelado da sentença” (grifo apostro). A precisa compreensão do dispositivo deve passar necessariamente pela observação das duas expressões em destaque. Não obstante, a lei se referir de modo específico à apelação, está na verdade fazendo menção a qualquer espécie de recurso<sup>245</sup>. Sem dúvida que tal interpretação conjugada com os fundamentos legitimadores da proibição da “reformatio in pejus” alcança uma clareza solar. Outro ponto é em relação à piora da pena. O dispositivo proíbe qualquer forma de agravamento da pena ou, no termo utilizado por Fabrinni Mirabete<sup>246</sup>, veda-se a “majoratio in pejus” que nada mais seria do que uma espécie da “reformatio in pejus”. Registra o professor que “[...] nem mesmo a pena aplicada em nível inferior ao mínimo legal pode ser corrigida em apelação exclusiva do réu [...]”<sup>247</sup>. Ainda mais, entendem a doutrina<sup>248</sup> e a jurisprudência que é vedado a imposição de gravame de qualquer natureza à situação do réu na hipótese de recurso exclusivo de sua parte como, a título de exemplo, a cassação do sursis<sup>249</sup>, substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança<sup>250</sup>, imposição de regime inicial mais gravoso<sup>251</sup>.

---

<sup>243</sup> FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 921

<sup>244</sup> MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 120

<sup>245</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 685

<sup>246</sup> Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1581.

<sup>247</sup> Ibidem.

<sup>248</sup> Nesse sentido: RANGEL, Paulo. (Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 686) e MIRABETE, Julio Fabrinni. (Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1581)

<sup>249</sup> “(...) *Impossível agravamento da situação do réu, em decorrência de apelação por ele mesmo interposta. Habeas corpus, em consequência, deferido, para restabelecimento da sentença, no ponto em que suspendera a execução da pena.*” (HC 73019 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator: Min. OCTAVIO GALLOTTI Julgamento: 24/10/1995 Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA)

<sup>250</sup> “(...) *Não tendo o Ministério Público recorrido da sentença, constitui reformatio in pejus a substituição pelo Tribunal da pena privativa de liberdade, em regime aberto, por medida de segurança consistente na internação do réu em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Súmula 525-STF (...)*” (HC 74042 /

## 2.5 Proibição da “reformatio in pejus” indireta.

A proibição da “reformatio in pejus” indireta consiste na vedação do agravamento da situação do réu quando por recurso exclusivo seu for anulada a sentença vindo outra a ser proferida em seu lugar. Discute-se na doutrina sobre a possibilidade da incidência desse fenômeno no direito processual. Posto que não haja consenso unânime em torno do tema, prevalece o entendimento que a chamada proibição da reforma para pior indireta encontra guarida na atual sistemática do processo penal.

Uma corrente minoritária encampada por **Magalhães Noronha**<sup>252</sup>, **Espínola Filho**<sup>253</sup>, **Florêncio de Abreu**<sup>254</sup>, **Paulo Rangel**<sup>255</sup> e **Ada Pellegrini**<sup>256</sup> sustenta não haver espaço para a “non reformatio in pejus” indireta, podendo o juiz piorar a condição do réu em relação ao primeiro julgamento anulado mesmo havendo recurso exclusivo da defesa. O princípio do “tantum devolutum quantum appellatum” é relativo, pois uma sentença nula não produz qualquer efeito, não sendo admissível falar-se em trânsito em julgado para a acusação. Por outra banda, a ampla defesa não estaria sendo prejudicada na medida em que na nova ação penal seriam renovados todos os atos

---

SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator: Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 11/03/1997 Órgão Julgador: Segunda Turma)

<sup>251</sup> “ (...) Firmou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, **se apenas a defesa apelou, não pode o Tribunal agravar a situação do condenado no tocante ao regime prisional**. Entretanto, incorrendo o Tribunal em tal vício, a nulidade do acórdão será restrita a essa parte, e não acarretará a nulidade de todo o acórdão. (...)” (HC 82802 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator: Min. CARLOS VELLOSO Julgamento: 22/04/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma – destaque apostro)

<sup>252</sup> Curso de Direito Processual Penal. Saraiva. 25ª edição. p. 493

<sup>253</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Rio, edição histórica, Vol. IV. P. 440.

<sup>254</sup> Comentários ao Código de Processo Penal, Forense, 1945, vol. V *apud* MACHADO, Marlon Wander. (Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. WVC. 3ª Edição. P.137).

<sup>255</sup> Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 687

<sup>256</sup> Recursos no Processo Penal, RT, 1996, p. 47 *apud* RANGEL, Paulo. (Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 688)

processuais. Do mesmo modo, uma sentença inexistente não pode vincular os limites de outra proferida conforme o ordenamento jurídico. Em boa lógica: “[...] seria o inválido sobrepondo-se ao válido, em verdadeira aberração [...]”<sup>257</sup>. Outro argumento firma suas bases no princípio da legalidade. Ante a ausência de texto legal sobre a matéria não seria permitido a “*reformatio in pejus*” indireta. Se o legislador quisesse coibir essa manifestação, ele o teria feito de maneira expressa como fez com o artigo 617 do Código de Processo Penal. Ainda, raciocínio diverso busca fundamento na voluntariedade dos recursos. Os recursos são voluntários dependendo da manifestação de vontade do interessado na anulação ou reforma do julgado, portanto, ao recorrer o interessado aceita de forma espontânea o ônus que lhe pode advir da nova decisão<sup>258</sup>. Segundo Magalhães Gomes Filho<sup>259</sup> o direito do acusado em defender-se não pode obstar a apuração da verdade do fato e à exata aplicação da lei. Nas palavras do mestre seria inadmissível o réu ficar sujeito à pena inexistente, na hipótese da “*reformatio in pejus*” indireta, sob pena do juiz incorrer na função de legislador violando o princípio “*nulla poena sine lege*” (não há pena sem lei).

A corrente majoritária amparada por **Tourinho Filho**<sup>260</sup>, **Julio Mirabete**<sup>261</sup>, **Heráclito Mossin**<sup>262</sup>, **Frederico Marques**<sup>263</sup>, **Fernando Capez**<sup>264</sup>, **Denilson Feitoza**<sup>265</sup>,

---

<sup>257</sup> RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 688.

<sup>258</sup> (...) *O embargante, assim, como permitia a lei processual penal, resolveu “atravessar o Rubicão”, preferindo lançar sua sorte (lembrando aqui as palavras de César ao marchar sobre Roma para derrubar Pompeu: “alea jacta est”), mas não teve bom êxito. Em suma, preferiu aproximar-se do perigo, que era previsível. Não pode, agora, recuar, buscando ressuscitar o que já não mais existe, o que restou anulado por sua própria vontade (primeiro julgamento) (...)* (Voto do desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa no julgamento dos embargos infringentes nº70030733166 do TJ/RS. Data: 02 outubro de 2009)

<sup>259</sup> Curso de Direito Processual Penal. Saraiva. 25ª edição. P. 495 - 498

<sup>260</sup> Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 431 - 432

<sup>261</sup> Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1586

<sup>262</sup> Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997. p. 120

<sup>263</sup> Elementos, vol. IV, Bookseller *apud* RANGEL, Paulo. (Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 687.

<sup>264</sup> Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p. 713

<sup>265</sup> Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 921

**Guilherme Nucci**<sup>266</sup>, **Eugênio Pacelli**<sup>267</sup>, **Vicente Greco**<sup>268</sup>, **Sady de Gusmão**<sup>269</sup> e pela posição pacífica do **Superior Tribunal Federal** recebe de bom grado a vedação da “reformatio in pejus” indireta, tendo ela justificativa nos princípios e normas gerais do direito processual penal e do direito constitucional. Os fundamentos empregados são semelhantes àqueles usados para legitimar a “ne reformatio in pejus” direta. Fosse admitida a “reformatio in pejus” indireta se estaria inibindo por via oblíqua a ampla defesa e todos os demais princípios conexos a ela, ou seja, se estaria ao mesmo tempo causando grave incerteza jurídica ao acusado quanto ao manejo do recurso, impedindo a efetiva participação do réu em decisão que poderia agravar a sua situação e desigualar materialmente a relação processual entre acusação e defesa. Razão diversa seria nivelar a apelação exclusiva do réu - por exemplo – à revisão criminal, por meio de interpretação extensiva e analógica autorizada nos termos do artigo 3º do Código de Processo Penal. Partindo-se da premissa que tanto essa apelação quanto a revisão são recursos exclusivos do réu e que a instância superior está autorizada a anular ambos processos chega-se à conclusão que ambas são merecedoras da mesma garantia. Estenderia-se, portanto, a vedação expressa do agravamento da pena da revisão criminal prevista no parágrafo único do artigo 626 do Diploma de Processo Penal ao recurso de apelação<sup>270</sup>. Há, ainda, quem advogue pela imposição da súmula 160 da Suprema Corte. Não pode o tribunal conhecer nulidade em prejuízo do réu quando não levantada pelo Ministério Público, por conseguinte, aquela nulidade que foi pleiteada pela defesa não lhe pode trazer prejuízo algum. Por fim, há coisa julgada em relação ao órgão Ministerial.

---

<sup>266</sup> Código de Processo Penal Comentado. RT. 8ª Edição, 2008. p. 977

<sup>267</sup> Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 672

<sup>268</sup> Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 337-338

<sup>269</sup> Recursos Cíveis e Criminais (estudo sobre a “Reformatio in pejus” e a “Reformatio in Mellius ultra petita), 1936, p. 130 apud MACHADO, Marlon Wander. (Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. WVC. 3ª Edição. P.138).

<sup>270</sup> STF no RHC 48998 / RS (Relator: Min. BILAC PINTO. Relator p/ Acórdão: Min. THOMPSON FLORES. Julgamento: 29/11/1971. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA) e MACHADO, Marlon Wander. (Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. WVC. 3ª Edição. P.137)

Outra discussão que se impõe sobre o tema diz respeito sobre a possibilidade da incidência da “ne reformatio in pejus” indireta no caso da sentença vir a ser anulada em razão de incompetência absoluta por recurso exclusivo do réu. A doutrina – **Eugênio Pacelli**<sup>271</sup>, **Paulo Rangel**<sup>272</sup>, **Tourinho Filho**<sup>273</sup> e **Julio Mirabete**<sup>274</sup> – e a jurisprudência<sup>275</sup> em suas maiorias são contrárias quanto a aplicação do princípio nesse caso específico. A incompetência absoluta proporcionaria um vício de tamanha gravidade no processo que acabaria por macular a sua própria existência, ou seja, a decisão funcionará como um ato inexistente. Pondera Pacelli<sup>276</sup> que a incompetência absoluta deriva do mandamento constitucional do juiz natural enquanto a vedação da “reformatio in pejus” decorre do artigo 617 do Código de Processo Penal, portanto, a primeira regra oriunda de fonte constitucional deve prevalecer sobre o segundo princípio previsto na legislação ordinária. No entanto, não tão poucas decisões existem em sentido contrário<sup>277</sup>. Segundo esse entendimento a incompetência absoluta geraria uma sentença nula, não se podendo falar em ato inexistente, por conseguinte, a decisão poderia irradiar efeitos para fora do processo<sup>278</sup>. Outro argumento lançado é no

---

<sup>271</sup> Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 672

<sup>272</sup> Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 688

<sup>273</sup> Código de Processo Penal Comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 432

<sup>274</sup> Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1588.

<sup>275</sup> A título de exemplo RTJ, 88/1018 e 100/927; RT, 558/414.

<sup>276</sup> Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 672 - 673

<sup>277</sup> STF: (...) *reformatio in pejus indireta: aplicação à hipótese de consumação da prescrição segundo a pena concretizada na sentença anulada, em recurso exclusivo da defesa, ainda que por incompetência absoluta da Justiça de que promanou. I. Anulada uma sentença mediante recurso exclusivo da defesa, da renovação do ato não pode resultar para o réu situação mais desfavorável que a que lhe resultaria do trânsito em julgado da decisão de que somente ele recorreu: é o que resulta da vedação da reformatio in pejus indireta, de há muito consolidada na jurisprudência do Tribunal. II. Aceito o princípio, é ele de aplicar-se ainda quando a anulação da primeira sentença decorra da incompetência constitucional da Justiça da qual emanou (...)* (HC 75907/RJ HABEAS CORPUS Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE julgamento: 11/11/1997 Órgão Julgador: Primeira Turma – destaque apostro). E STJ: (Resp 420.905 / SP. Rel. Min. Paulo Medina. Julgamento: 19/08/2003)

<sup>278</sup> “(...) O Juiz absolutamente incompetente para decidir determinada causa, até que sua incompetência seja declarada, não profere sentença inexistente, mas nula, que depende de pronunciamento judicial para ser desconstituída. E se essa declaração de nulidade foi alcançada por meio de recurso exclusivo

sentido que a proibição da “reformatio in pejus” deriva do princípio constitucional da ampla defesa. Assim, teria-se duas normas da mesma hierarquia (ampla defesa e juiz natural), sendo a questão resolvida pela ponderação dos princípios.

### **3. Aplicação do princípio da “*ne reformatio in pejus*” indireta nas apelações do Tribunal do Júri**

#### **3.1 Nota introdutória**

A rigor, a controvérsia sobre a proibição da “reformatio in pejus” indireta no Tribunal do Júri é tema bastante antigo, mas de nenhuma maneira esgotado. Ainda que não haja dúvida que tanto a doutrina quanto a jurisprudência majoritárias permaneçam contrárias à aplicação do princípio à instituição do júri, a segunda turma da Suprema Corte ao decidir o “*habeas corpus*” nº 89.544-1 do Rio Grande do Norte em meados de 2009 lançou novo fôlego à polêmica ao ir de encontro à tendência predominante. Posto isso, pergunta-se o seguinte: em que medida o precedente do Supremo Tribunal Federal influenciou nas jurisdições estaduais e na doutrina. Em eventual conflito entre o princípio da soberania dos veredictos e a vedação da reforma para pior qual deve prevalecer. É o que pretendemos responder no decurso deste título.

#### **3.2. Primeira corrente: inadmissibilidade da aplicação da “*ne reformatio in pejus*” indireta das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença**

##### **3.2.1 Exposição dos argumentos**

---

*da defesa, ou por impetração de habeas corpus, como no caso, não há como o Juiz competente impor ao Réu uma nova sentença mais gravosa do que a anteriormente anulada, sob pena de reformatio in pejus indireta (...)” (STJ no RHC 20337 / PB. RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS. 2006/0230942-5. Ministra LAURITA VAZ. QUINTA TURMA. 14/04/2009)*

Parte reconhecidamente majoritária da doutrina entende que a proibição da “*reformatio in pejus*” indireta não tem o condão de limitar a decisão proferida pelo Conselho de Sentença. Assim pensa a posição sempre autorizada de **Julio Mirabete**<sup>279</sup>, **Tourinho Filho**<sup>280</sup>, **Eugênio Pacelli**<sup>281</sup>, **Adriano Marrey**<sup>282</sup>, **Magalhães Noronha**<sup>283</sup>, **Damásio de Jesus**<sup>284</sup>, **Ada Grinover**, **Antonio Scarence**, **Gomes Filho**<sup>285</sup>, **Paulo Rangel**<sup>286</sup>, **Denílson Feitoza**<sup>287</sup>, **Vicente Greco**<sup>288</sup>, **Gustavo Badaró**<sup>289</sup>, **Fernando Capez**<sup>290</sup>, **Sérgio Pitombo**<sup>291</sup>. A orientação dos nossos Tribunais costumou-se compartilhar desse raciocínio, mas a ela será reservado lugar especial, em item próprio.

O cavalo-de-batalha dessa corrente não poderia ser outro, qual seja, a soberania dos veredictos com a sua hierarquia conferida pela Carta Maior. Em respeito ao preceito constitucional, uma vez anulada a sentença em face de recurso exclusivo da defesa não seria vedado aos jurados proferirem decisão diversa da anterior, mesmo que essa viesse a agravar a situação do réu. A instituição do júri é soberana, ou seja,

---

<sup>279</sup> Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1586

<sup>280</sup> Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 430.

<sup>281</sup> Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008. p. 699

<sup>282</sup> *Teoria e pratica do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 67.

<sup>283</sup> Curso de Direito Processual Penal. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 375, pela possibilidade da *reformatio in pejus* indireta em qualquer situação.

<sup>284</sup> Código de Processo Penal Anotado. Saraiva. 2010. ed: 24ª P. 537

<sup>285</sup> Recursos no Processo Penal. 2ª edição. São Paulo. RT. P. 46 a 48

<sup>286</sup> Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 690

<sup>287</sup> Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição. p. 55

<sup>288</sup> Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010. p. 338

<sup>289</sup> Direito processual penal. t. II. São Paulo: Campus, 2007, p. 203.

<sup>290</sup> Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed. p.20

<sup>291</sup> Proibição da *reformatio in pejus*. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

ela é o órgão máximo para julgar os delitos que estejam submetidos a sua competência. Assim, não se pode admitir que outro órgão venha a lhe impor limites quanto a sua decisão. Tal soberania não deve ser confundida com simples autonomia como deixa anotado Paulo Rangel:

*“Soberania significa dizer que não pode haver nenhum outro poder acima do Tribunal do Júri para decidir de forma contrária ao que os jurados decidiram. O máximo que o legislador permite ao Tribunal “ad quem” é cassar a decisão dos jurados, para que outra seja proferida em seu lugar, porém pelos próprios jurados (cf. art. 593, III, a e d, §3º, do CPP) e a razão é simples: os jurados são leigos”<sup>292</sup>*

Uma norma de natureza legislativa ordinária (“*ne reformatio in pejus*” - artigo 617 do Código de Processo Penal) não poderia se sobrepor a princípio constitucional expresso (soberania dos veredictos - artigo 5º, XXXVIII, alínea “c” da Constituição Federal), portanto, seria “[...] impróprio supor-se possa advir *reformatio in pejus* indireta, se no subsequente julgamento tiver o réu sido apenado de forma mais grave que antes<sup>293</sup>”. Ademais, considerando a mesma hipótese, há quem reconheça que não obstante configurar coisa julgada em relação ao Ministério Público, a soberania do júri deve ainda assim prevalecer. Estar-se-ia diante de norma específica com finalidade específica (soberania dos veredictos) em contraposição a norma constitucional de caráter genérico (segurança jurídica) devendo, por conseguinte, a primeira prevalecer<sup>294</sup>. Pensa-se que argumento semelhante não poderia prosperar se levantado contra a proibição da “*reformatio in pejus*”, fosse ela admitida como manifestação direta da ampla defesa, na medida em que a Carta Federal preconiza outro princípio específico do Tribunal do Júri, a saber, a plenitude de defesa. Por outra banda, Paulo Rangel sustenta não haver coisa em julgado em relação à acusação, pois a sentença

---

<sup>292</sup> Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 690

<sup>293</sup> MARREY. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e pratica do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 71

<sup>294</sup> LEAL, Saulo Brum. JÚRI POPULAR, Livraria do Advogado, 4ª edição, revista, ampliada e atualizada, pág. 551 remetendo-se ao julgamento de acórdão da RJTJRS, P. 114 -117.

foi cassada e anulada “[...] não podendo o nada servir de fator limitativo para a segunda decisão<sup>295</sup>”.

Não há como limitar a liberdade dos jurados segundo os limites traçados pelo Conselho de Sentença do processo anterior anulado, mas se o novo júri responder de forma idêntica ao primeiro o juiz-presidente não poderá agravar a situação do réu<sup>296</sup>. Nessa hipótese a circunstância – dosimetria da pena - é exclusivamente dirigida ao juiz técnico devendo ele se submeter à regra da vedação da “reformatio in pejus” indireta<sup>297</sup>. A soberania dos veredictos permanece intacta, pois “soberana é a decisão dos jurados e não a pena aplicada pelo juiz-presidente”<sup>298</sup>. Nessa hipótese deve-se distinguir qual matéria é de competência dos jurados e qual é de competência do magistrado, sendo que só a última estará acobertada pela soberania dos veredictos. A fixação dos limites mínimos e máximos da pena é de competência do juiz-presidente ao lado da inclusão ou exclusão de agravantes e atenuantes, a título de exemplo.

Ademais, não há o que se falar em reforma para pior se o apelo do Ministério Público tenha eventualmente restado prejudicado em razão de acolhimento da irresignação defensiva<sup>299</sup>, pois, em tese, o apelo da acusação, se conhecido, poderia vir

---

<sup>295</sup> Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição, p. 690

<sup>296</sup> *“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. JÚRI, VEDAÇÃO À REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DOIS JULGAMENTOS. VEREDICTOS IDÊNTICOS. PENA IMPOSTA NO SEGUNDO MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE. I - Ressalvadas as situações excepcionais como a referente à soberania do Tribunal do Júri, quanto aos veredictos, em regra a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da reformatio in pejus indireta (Precedentes). II - Desse modo, e neste contexto, tem-se que **uma vez realizados dois julgamentos pelo Tribunal popular devido à anulação do primeiro, e alcançados, em ambas oportunidades, veredictos idênticos, não poderá a pena imposta no segundo ser mais gravosa que a fixada no primeiro sob pena de reformatio in pejus indireta. Ordem concedida**” (STJ HC 108333 / SP HABEAS CORPUS2008/0127256-2 Relator(a) Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 16/06/2009. Destaque apostro)*

<sup>297</sup> MIRABETE, Julio Fabrinni. Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1586

<sup>298</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 433

<sup>299</sup> *“HOMICÍDIO PRIVILEGIADO-QUALIFICADO. DECISÃO CONDENATÓRIA. REFORMATIO IN PEJUS. APELAÇÃO. O princípio que veda a reformatio in pejus, inscrito no art. 617 do Código de Processo Penal, não se aplica à decisão condenatória do Júri anulada pelo Tribunal de Justiça em sede*

a agravar a situação do réu<sup>300</sup>. Em termos mais genéricos, não há trânsito em julgado em relação ao Ministério Público se ambas as partes interpuseram recurso.

### 3.2.2 Posição Jurisprudencial

A jurisprudência em muitas oportunidades já foi chamada a enfrentar a questão sobre a problemática da “ne reformatio in pejus” no Tribunal do júri, tanto no âmbito das jurisdições estaduais quanto nos órgãos superiores. Assim, uma vez estabelecidos os pontos principais que embasam a linha de raciocínio majoritária sobre o tema, convém reservar um espaço destinado a compilar, ainda que superficialmente, a posição dos nossos Tribunais que compartilham do mesmo entendimento.

De modo diverso do que ocorre nos demais tribunais, a **Suprema Corte** em poucas ocasiões se manifestou sobre a controvérsia. No “**habeas corpus**” nº 77.194-4 do Rio Grande do Sul julgado em 1999 o Superior Tribunal Federal entendeu que “[...] o princípio que veda a “reformatio in pejus” não se aplica às decisões anuladas do Tribunal do Júri , sob pena de se inobservar a própria soberania do Júri, porquanto no segundo julgamento tudo se renova, inclusive o corpo de jurados [...]”. Nesse mesmo sentido: **JSTF 249/280** e **RT 584/446**. O “**habeas corpus**” **73.367-1** de 1996 e o publicado na **RTJ nº 121/561** seguem a mesma linha, contudo, ressaltam que em caso de “[...] recurso exclusivo do réu, não pode aplicar pena mais grave do que aquela que resultou da anterior decisão, desde que estejam presentes - reconhecidos pelo novo Júri - os mesmos fatos e as mesmas circunstâncias admitidos no julgamento anterior [...] - (HC 73.367-1).

---

*de apelação acolhida, apresentada pela defesa e pela acusação julgada prejudicada, buscando ambas a invalidação do julgamento popular. Decisão condenatória assentada em prova contida nos autos. Apelo defensivo desacolhido. Recurso ministerial acolhido para exasperar a pena aplicada e para alterar o regime de seu cumprimento.” (Apelação Crime Nº 70020991014, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 10/10/2007)*

<sup>300</sup> MIRABETE, Julio Fabrinni. Código de Processo Penal Comentado. Atlas. 4º ed. p. 1586

O **Superior Tribunal de Justiça** apreciou a “*questio*” em número consideravelmente maior. Após a publicação do famoso “*habeas corpus*” nº 89.544-1 do Supremo Tribunal Federal aquela corte decidiu o tema, ou ao menos fez menção a ele incidentalmente, por três vezes<sup>301</sup> e em todas elas acolheu a tese pela inadmissibilidade da aplicação da “*ne reformatio in peius*” indireta nas apelações do Tribunal do Júri, sem fazer menção ao precedente da Suprema Corte. Dentre estes julgados a questão foi diretamente enfrentada no **Recurso Especial nº 1.068.191** de São Paulo julgado no dia 13 de abril de 2010 que preconizou que “[...] a regra que estabelece que a pena estabelecida, e não impugnada pela acusação, não pode ser majorada se a sentença vem a ser anulada, em decorrência de recurso exclusivo da defesa, sob pena de violação do princípio da vedação da reformatio in pejus indireta, não se aplica em relação as decisões emanadas do Tribunal do Júri em respeito à soberania dos veredictos”. Nesta mesma linha os seguintes julgados do Pretório Excelso: **HC 78366 / SP** (28/10/2008), **HC 48035 / RJ** (31/10/2007), **HC 82787 / RS** (04/09/2007), **HC 43775 / RS** (04/10/2005), **HC 37101 / PR** (19/05/2005), **REsp 47696 / SP** (04/08/1998), **REsp 76541 / DF** (22/04/1997), **RHC 4108 / PR** (16/11/1994), **REsp 15880 / DF** (16/11/1994), **REsp 15880 / DF** (04/08/1993), **REsp 661 / SP** (09/10/1990) e **HC 6090 / TO** (24/03/1998).

Como tinha de ser, o tema é ainda mais rico nas jurisdições estaduais. A abrangência da presente pesquisa deve encontrar limite na própria natureza e pretensão deste trabalho, razão pela qual o estudo restou dirigido de forma específica para a incidência da questão no âmbito do **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul** por motivos lógicos. A Corte Gaúcha, na mesma linha dos outros principais Tribunais de Justiça, vem secundando o precedente da Corte Maior. Detendo-se em números, dos cinco primeiros julgados<sup>302</sup> sobre a polêmica após a data de 15 de abril de 2009

---

<sup>301</sup> **REsp 1132728 / RJ** (Relator Ministro FELIX FISCHER. Órgão Julgador QUINTA TURMA Data do Julgamento: 26/08/2010), **REsp 1068191 / SP** (Relator: Ministro FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 13/04/2010) e **HC 82023 / RJ** (Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Data do Julgamento 17/11/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/12/2009).

<sup>302</sup> **Apelação Crime Nº 70033497314** (Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/05/2010) **Revisão Criminal Nº 70034688622** (Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 07/05/2010), **Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70030733166**, (Primeiro Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 02/10/2009),

(publicação do HC nº 89.544-1 do STF), quatro deles<sup>303</sup> entenderam de forma direta que a [...] regra da *reformatio in pejus*, como não poderia deixar de ser, não tem o condão de limitar o princípio da soberania dos veredictos [...] - (Apelação Crime Nº 70029295862. p.04) . Vale lembrar que na mais recente destas decisões<sup>304</sup> o voto vencido do desembargador relator reconheceu a aplicabilidade da proibição da reforma para pior nas decisões proferidas pelos jurados, fazendo referência, inclusive, ao “*habeas corpus*” julgado pelo Superior Tribunal Federal. Ademais, colaboram com a tese da inocorrência de “*reformatio in pejus*” no Tribunal do Júri as seguintes decisões deste sodalício estadual: **Embargos Infringentes Nº 70019290030** (03/04/2009), **Apelação Crime Nº 70026129221** (01/04/2009), **Apelação Crime Nº 70019824523** (12/07/2007), **Apelação Crime Nº 70018238956** (12/12/2007), **Apelação Crime Nº 70019824523** (12/07/2007), **Embargos Infringentes Nº 70012531018** (04/08/2006), **Apelação Crime Nº 70013895255** (12/04/2006), **Apelação Crime Nº 70011805041** (29/09/2005), **Apelação Crime Nº 70011337052** (11/05/2005), **Apelação Crime Nº 70007102635** (18/02/2004), **Apelação Crime Nº 70003067279** (27/03/2002), **Apelação Crime Nº 70002646107** (15/08/2001), **Apelação Crime Nº 70001113711** (23/08/2000), **Apelação Crime Nº 699408720** (10/08/2000), **Apelação Crime Nº 696118314** (14/11/1996), **Apelação Crime Nº 695119123** (20/03/1996)

### 3.3 Segunda corrente: admissibilidade da aplicação da “*ne reformatio in peius*” indireta das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença

---

**Apelação Crime Nº 70029295862**, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 03/06/2009) e:

**Apelação Crime Nº 70030809669** (Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 19/08/2009) - Registra-se que nesse precedente também houve apelação por parte da acusação o que afastou a incidência da “*ne reformatio in pejus*”, apesar de ter se argumentado incidentalmente que a vedação da reforma para pior poderia limitar o “quantum” de pena nas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença.

<sup>303</sup> **Apelação Crime Nº 70033497314, Revisão Criminal Nº 70034688622, Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70030733166 e Apelação Crime Nº 70029295862.**

<sup>304</sup> **Apelação Crime Nº 70033497314** (12/05/2010)

### 3.3.1 Exposição dos argumentos

Em linha diametralmente oposta à tendência dominante uma corrente encampada por **Guilherme de Souza Nucci**<sup>305</sup>, **Luiz Flávio Gomes**<sup>306</sup>, **Lúcio Constantino**<sup>307</sup> e pela mais recente manifestação do Superior Tribunal Federal afiançou que os efeitos da vedação da “reformatio in pejus” indireta se estendem também à decisão proferida pelo Conselho Popular. Não obstante minoritária tanto na doutrina quanto na jurisprudência militamos em defesa dessa posição. Como advertência inicial à tônica deste trabalho é oportuno recordar, nem que nominalmente, os princípios que permeiam a proibição da reforma para pior, na medida em que são eles que legitimam a aplicação extensiva desta regra. Conforme lembra feliz e sintético registro de Sady Gusmão tais preceitos seriam os seguintes:

[...] defendemos estes dois institutos, [...] (*a saber: “non reformatio in pejus” e “reformatio in melius”*) [...] com a aplicação dos princípios da imutabilidade da acusação (hoje alterado), da amplitude da defesa, da convergência ou correlatividade desses princípios, do contraditório, da conseqüente extensão do princípio acusatório, da distinção das funções do Ministério (e seu caráter) das do órgão jurisdicional, do caráter da sentença como ponto extremo da atividade da atividade do juiz e finalístico da ação, do caráter petitório e condicionado dos recursos, além da contribuição lateral da equidade, do favor libertatis, das garantias constitucionais e do princípio de justiça [...]”<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Código de Processo Penal Comentado. RT, 2008, 8ª edição. p. 977 -978

<sup>306</sup> Tribunal do júri e a proibição da "reformatio in peius" indireta. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de abril de 2009.

<sup>307</sup> Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre. P. 45

<sup>308</sup> Código de Processo Penal. Ed Livraria Jacintho, 1942, p. 45

O que faremos a seguir nada mais será do que confrontar ou adequar a vedação da “reformatio in pejus” com a soberania das decisões do Júri a luz destes princípios gerais. Para tanto, dar-se-á destaque ao caráter relativo da soberania e à “ne reformatio in pejus” como expressão do devido processo legal. Feito isso, basta submeter os dois postulados de igual hierarquia ao critério da ponderação de valores orientada pela concordância prática ou de uma exegese contextualizada do princípio da soberania.

De início, cabe trazer à memória que a soberania dos veredictos, como todos os princípios, é relativa nos termos do traçado no título “1.3.2” (Tribunal do Júri: Soberania dos veredictos – p. 21 a 26) que preparou terreno para o presente assunto. Mesmo assim, sempre é bom lembrar que além da relativização imposta pelos termos estabelecidos pela pronúncia a soberania também é apoucada pelo artigo 593, III, “d” da Carta de Processo Criminal, ou seja, “[...] a soberania do Júri, entre nós, não é absoluta, mas simplesmente relativa. Tanto é assim que em grau de apelação, pode a justiça togada anular o júri, para a sua renovação [...]”<sup>309</sup>. Ora, se a soberania pode ser limitada por norma processual infraconstitucional com fundamento no duplo grau de jurisdição por qual razão não poderia também ser restringida pelo artigo 617 do Código de Processo Penal (“ne reformatio in pejus”) com justificativa na ampla defesa, ou melhor, na plenitude de defesa. Adriano Marrey acertadamente leciona que a dita soberania deve ser compreendida conjuntamente com as outras regras gerais do direito como se deixa escrito a seguir:

A soberania dos veredictos do júri se exprime na manutenção de seu pronunciamento em matéria de fato, sobre que assenta a condenação, ou absolvição do réu – **desde que não viole outros princípios cardiais de direito constitucional e de direito processual** <sup>310</sup> (destaque apostro)

---

<sup>309</sup> Voto do Desembargador Djalma Lofrano na decisão proferida na revisão criminal 49.644-3 TJ/SP.

<sup>310</sup> MARREY. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e pratica do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 71

Outro ponto não menos indispensável à dinâmica do nosso discurso é precisar a verdadeira natureza da regra proibitiva da reforma para pior. Mais do que derivar de princípios gerais do direito processual acusatório (princípio da ação, “*tantum devolutum quantum appellatum*”)<sup>311</sup> a cláusula protetiva tem assento constitucional ao garantir o efetivo exercício dos desdobramentos do “due process of law”, seja através do contraditório, da igualdade substancial (“*favor rei*”), do duplo grau de jurisdição e, em especial destaque, da ampla defesa. Prolongar-se nesta seara seria cair em inevitável tautologia, vez que o método empregado preferiu abordar o tema em apartado (2.3. Proibição da “*reformatio in pejus*”: Correspondência entre os princípios do processo penal constitucional e o princípio da “*ne reformatio in pejus*”. P. 42 a 49). Somente para não permanecermos sem amparo trazemos a autoridade sempre presente do magistério de Luiz Flávio Gomes:

O princípio da non reformatio in pejus é corolário do princípio da ampla defesa, contraditório e duplo grau de jurisdição, pois não fosse a vedação da reforma para pior, os réus não poderiam exercer plenamente seu direito ao recurso (com medo de ter sua situação piorada pelo tribunal ou pelo novo julgamento)<sup>312</sup>

Abalizada a necessária consideração toma-se como certa a seguinte conclusão preliminar: soberania e “*ne reformatio in pejus*” (ampla defesa) são princípios relativos e submetidos ao mesmo grau de hierarquia. À prima vista, parece a problemática restringir-se à ponderação entre dois postulados constitucionais em contradição, pois na prática a “*non reformatio in pejus*” exige a vinculação do resultado da primeira decisão anulada quando mais gravosa a segunda, enquanto a soberania dos veredictos concede plena liberdade decisória aos juízes de fato em relação à nova sentença. Interesses constitucionais em colisão não são enfrentados apenas pela ponderação

---

<sup>311</sup> 2.2 A proibição da “*reformatio in pejus*”: Sistemas do processo penal e o princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”. P. 36 a 42.

<sup>312</sup> GOMES, Luiz Flávio; RUDGE, Elisa M. *Tribunal do júri e a proibição da "reformatio in pejus" indireta*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de abril de 2009. p. 03.

abstrata de valores<sup>313</sup>, mas sim pela proposta de ponderação orientada por critérios formais e materiais (proporcionalidade e racionalidade)<sup>314</sup>, bem como pautada pelo princípio da concordância prática. Pelo último preceito se recomenda ao aplicador da norma a realização máxima dos valores concorrentes de modo a não acarretar a negação de nenhum deles, ou seja, a concordância prática tem por objeto o “[...] dever de buscar uma síntese dialética entre as normas imbricadas, com a finalidade de encontrar uma otimização entre os valores em conflito”<sup>315</sup>. Esta regra orientadora decorre do princípio da unidade da Constituição como percebe o Ministro Cezar Peluso em lição de Canotilho:

Essa é decorrência lógico-jurídica do princípio da unidade orgânica e da integridade axiológica da Constituição, e cuja ratio iuris está em garantir a coexistência harmônica dos bens nessa tutelados, sem predomínio teórico de uns sobre outros, cuja igualdade de valores fundamenta o critério ou o princípio da concordância (...)<sup>316</sup>

Assim posto - estabelecido o método de resolução da polêmica – estamos autorizados a proceder à ponderação propriamente dita, ou seja, este é o momento “[...]”

---

<sup>313</sup> “A ponderação de bens consiste num método a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” (ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006 6ª Ed, p. 130 a 131)

<sup>314</sup> De acordo com a proposta da ponderação se atribuem pesos a princípios que se entrelaçam, sendo que do processo de sopesamento resultante dentre eles um irá sempre ceder, mas sem que nenhum deles seja declarado inválido. A ponderação deve ser direcionada pela razoabilidade e proporcionalidade. A última é dividida em três sub-princípios ou segundo Robert Alexy em três regras: a) Adequação - relação entre meio e fim, ou seja, é o meio apto para alcançar o fim desejado. b) Necessidade ou exigibilidade ou princípio da menor ingerência possível - dentre os vários meios aptos existentes o poder público tem que optar pelo menos gravoso possível. c) Proporcionalidade em sentido estrito – é a análise entre o custo da medida tomada e os custos trazidos por ela. Alexy diz que a proporcionalidade em sentido estrito corresponde à lei de ponderação. (ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 105 a 131)

<sup>315</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, 6ª Ed, p. 133

<sup>316</sup> HC 895441 / RN - RIO GRANDE DO NORTE. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. P. 08.

em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre os elementos objeto do sopesamento [...]”<sup>317</sup>. Se de um lado temos a vedação da reforma para pior com as regras gerais do sistema acusatório, ampla defesa (plenitude de defesa), contraditório e igualdade substancial (“favor rei”) do outro temos a soberania dos veredictos com a garantia do acusado vir a ser plenamente julgado por seu semelhantes.

A “*reformatio in pejus*”, mesmo que considerada sobre o manto protetor da soberania dos veredictos, vai em direção oposta ao preconizado pelo **princípio acusatório**. Certo que a lógica não justifica, a luz da distinção entre as funções da acusação e do órgão jurisdicional, que o “[...] Estado-ação” representado pelo Ministério Público, aceitar como justa, adequada, suficiente determinada pena e, depois, o Estado-jurisdição aplicar pena maior, qualquer seja o fundamento”<sup>318</sup>. Nesse sentido, reporta-se ao capítulo 2.3 (A proibição da “*reformatio in pejus*”: Sistemas do processo penal e o princípio da proibição da “*reformatio in pejus*”. P. 42 a 49). Ademais, a satisfação do Ministério Público, por vias indiretas, é a própria vontade do Estado manifestada no caso concreto, sem se falar na consumação da preclusão (trânsito em julgado) por parte da acusação<sup>319</sup>.

Não há como assegurar o efetivo exercício das garantias constitucionais com a reforma para pior da situação do réu, ainda que supostamente legitimada pela soberania das decisões do Júri. Convém lembrar, mais uma vez, que a relação entre “*non reformatio in pejus*” e os corolários do devido processo legal foi desenvolvida em item próprio (2.2 - A proibição da “*reformatio in pejus*”: Correspondência entre os princípios do processo penal constitucional e o princípio da “*ne reformatio in pejus*”. P.

---

<sup>317</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, 6ª Ed, p. 132. Segundo o autor, fundamentando em doutrina estrangeira, a ponderação é dividida em três fases distintas: a) Preparação da ponderação (análise de todos os elementos) b) Realização da ponderação (relação entre os elementos e qual deve prevalecer). c) reconstrução da ponderação (formulação de regras de relação entre os objetos de sopesamento).

<sup>318</sup> Voto do Desembargador Djalma Lofrano na decisão proferida na revisão criminal 49.644-3 TJ/SP.

<sup>319</sup> “(...) A garantia da estabilidade das relações jurídicas impede eventual segunda condenação gerar situação mais grave para o réu. Tal acontece também nos julgamentos do Tribunal Popular. Sem qualquer ofensa à Soberania do *Júri*. Impõe-se, na espécie, interpretação lógica. Não basta a análise gramatical (...)” (EDcl no HC 8577 / MG. Relator: Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO T6 - SEXTA TURMA01/06/1999)

36 a 42). Mesmo assim, arriscando-se em incorrer em mera superfetação, vale trazer à baila um panorama superficial dos principais fundamentos, a fim de fazer frente à soberania dos veredictos.

Primeiro, a proibição da reforma para pior garante a **ampla defesa** ao afastar eventual temor, medo ou embaraço do acusado em exercer seu livre direito recursal, sabendo que sua apelação interposta de modo exclusivo não poderá voltar contra ele, a fim de prejudicá-lo, posto em termos diversos, “[...] retirar do acusado a segurança para recorrer, invocando a nulidade que entender conveniente, sem o temor que nova decisão poderá piorar a sua situação não é garantir efetiva ampla defesa [...]”<sup>320</sup>. De resto, não se pode olvidar que no âmbito do Tribunal do Júri o direito de defesa deve ser redobrado, pois a Constituição ao disciplinar a instituição garantiu-lhe a amplitude de defesa que implica em grau de defesa ainda maior que a ampla defesa<sup>321</sup>.

Como consequência, a “*reformatio in pejus*” também macula o direito ao **contraditório** ao privar o acusado de conhecer que a nulidade levantada venha mais adiante a originar decisão que lhe agrave a situação, obstando o seu direito de participar e influir de modo efetivo no processo. Ajusta-se à hipótese a súmula 160 da Corte Maior que com ainda mais razão deve ser aplicada ao acusado, pois se ela estabelece que o Tribunal não pode conhecer nulidade contra o réu não arguida em recurso da acusação “[...] muito mais certo admitir que, em recurso exclusivo da defesa, não pode ser reconhecida nulidade que, ao fim e ao cabo, gera condenação de maior amplitude”<sup>322</sup>.

Por cabo, quer-se cotejar a problemática com outro consectário do devido processo penal, qual seja, a prevalência do “*favor rei*”. Para tanto, o melhor método é equiparar o apelo exclusivo do réu à revisão criminal como se fez de modo semelhante ao justificar a admissibilidade da “*ne reformatio in pejus indireta*”<sup>323</sup>. Partindo-se do pressuposto que tanto essa apelação quanto a revisão são recursos exclusivos da

---

<sup>320</sup> **NUCCI, Guilherme de Souza**. (Código de Processo Penal Comentado. RT. 8ª ed. p. 977 a 978). Nesse sentido também: **Luiz Flávio Gomes** (*Tribunal do júri e a proibição da “reformatio in pejus” indireta*. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de abril de 2009. p. 03) e o **STF no HC 895441** (p. 13).

<sup>321</sup> Capítulo 1.3.1. Tribunal do Júri: Plenitude de defesa (p. XX a XX).

<sup>322</sup> Apelação Crime Nº 70013895255, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Voto do relator: Ivan Leomar Bruxel, (P.11 – 12) Julgado em 12/04/2006.

<sup>323</sup> Capítulo 2.5 A proibição da “*reformatio in pejus*”: Proibição da “*reformatio in pejus*” indireta. p. 51 a 55.

defesa e que a instância superior está autorizada a anular ambos os processos chegasse à inevitável conclusão que ambas são merecedoras das mesmas garantias<sup>324</sup>, a luz dos critérios interpretativos autorizados pelo artigo 3º do Código de Processo Penal (aplicação de interpretação extensiva e analógica). Ora, se a decisão proferida pelos jurados pode ser reapreciada através revisão criminal<sup>325</sup> com fundamento na plenitude de defesa por que não reconhecer que a soberania dos veredictos também possa ser relativizada pela “ne reformatio in pejus” com base no mesmo fundamento. Não seria nada razoável ou coerente outorgar tratamentos distintos a institutos iguais. Já ponderava Eduardo Espínola que “[...] anular um processo em virtude de ter a defesa lançado mão de expediente que somente em benefício do réu existe e admitir venha nova decisão, noutra processo pelo fato, a agravar-lhe a situação é contrariar a índole do instituto [...]”<sup>326</sup>. No mesmo sentido do arrazoado a posição do Supremo Tribunal Federal:

Conferir ao Tribunal do Júri, chamado a rejulgar a causa após provimento de recurso exclusivo do réu, poder jurídico de lhe agravar a pena anterior, significaria transformar o recurso da defesa em potencial instrumento da acusação, ante as vicissitudes do novo julgamento, em clara afronta ao postulado do favor rei ou libertatis, que descende, em

---

<sup>324</sup> HC 895441 / RN - RIO GRANDE DO NORTE. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma.

<sup>325</sup> “Nem a **revisão do veredicto do júri**, pela Superior Instância (após seu trânsito em julgado), nem o direito ao protesto por novo julgamento, nos casos previstos em lei (CPP, arts. 626 e 607, respectivamente), **põem em xeque tal soberania, visto constituírem, tanto quanto esta, medidas amparadas pelo princípio constitucional, duplamente enfatizado, da plenitude da defesa (CF/88, art. 5º, XXXVIII, a, e LV).**” (Marrey. Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e pratica do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999. p. 71 – destaque aposto). Nesse sentido também: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 31 ed. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 771. **MIRABETE**, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 676. **GRINOVER**, Ada Pellegrini; **GOMES FILHO**, Antonio Magalhães; **FERNANDES**, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: RT, 2001. p. 316. **RANGEL**, Paulo. *Curso de direito processual penal*. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 854. **GRECO FILHO**, Vicente. *Manual de processo penal*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 457. **CERONI**, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 196. **CAPEZ**, Fernando. *Curso de processo penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 596.

<sup>326</sup> Código de Processo Penal Brasileiro. Rio, edição histórica, Vol. IV. P. 383

linhagem direta, da norma constitucional da chamada presunção de inocência (...)<sup>327</sup>

Somente para encerrar, é amplamente reconhecido que o Tribunal do Júri constituí em verdadeira garantia individual (art. 5º, XXXVIII da Carta Federal) seja em tutela do “*ius libertatis*”, ampliando o direito de defesa e de liberdade do réu, seja a fim de assegurar o devido processo legal<sup>328</sup>. Natural concluir que os princípios colocados à disposição do Júri (plenitude de defesa, sigilo das votações, soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida) em última “*ratio*” nada mais são do que meios de proteger e dar efetividade ao Tribunal do Júri, ou seja, esses preceitos trabalham em prol do “*ius libertatis*” e do devido processo legal e não contra eles. Acrescenta-se ainda, que a instituição do Júri historicamente sempre se assentou e se desenvolveu como uma garantia do cidadão contra o Estado<sup>329</sup>. Assim, em eventual embate entre plenitude de defesa e a soberania dos veredictos deve se dar prevalência àquela opção que favoreça o fim superior do Júri que é a proteção do “*ius libertatis*” e do devido processo legal. Não pode haver dúvida de que essa resposta seja a plenitude de defesa. A mesma técnica – se bem que para outros fins - é utilizada por Frederico Marques<sup>330</sup>, Julio Mirabete<sup>331</sup> e Tourinho Filho:

Se o Júri, pela sua posição topográfica no corpo da Constituição, está no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, evidente que visa tutelar, mais ainda, o direito de liberdade. Sendo assim, se a tutela da liberdade e a soberania são do Júri são dogmas constitucionais, e se o bem maior,

---

<sup>327</sup> HC 89544 / RN - RIO GRANDE DO NORTE. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. P. 17.

<sup>328</sup> Item 1.2 (Tribunal do Júri: garantia ou direito fundamental? p. 13 a 17)

<sup>329</sup> Item 1.1.1 (Breve consideração histórica acerca da instituição do júri – Raízes históricas do Júri. p 9 a 11 )

<sup>330</sup> MARQUES, José Frederico. A instituição do júri. V. 1. São Paulo: Saraiva, 196, p. 35 *apud* HC 89544 / RN (RIO GRANDE DO NORTE. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. P. 15)

<sup>331</sup> Processo penal. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 676

entre esses dois, é a liberdade, deverá está prevalecer em face da soberania<sup>332</sup>.

Nessa senda, não merece prosperar a assertiva de que a soberania do Júri deveria prevalecer sobre a ampla defesa, sob o argumento de que o principal objetivo da instituição do Júri seria assegurar ao acusado o direito de ser julgado plenamente por seus semelhantes. Como se registrou o objetivo do Júri é garantir ao acusado o “*ius libertatis*” e o devido processo legal, portanto, enfatizamos “[...] estando, pois, o princípio da soberania dos veredictos situado em um contexto de garantia do acusado, não pode o princípio ser utilizado em seu prejuízo [...]”<sup>333</sup>.

Resta, ao fim, levar a efeito a última etapa da ponderação (reconstrução da ponderação), indicando as regras que irão disciplinar a relação entre os objetos de sopesamento<sup>334</sup>. Adota-se como parâmetro a fórmula acolhida pela Corte Maior e encampada por Guilherme Nucci, pela aplicação do princípio da concordância prática à polêmica<sup>335</sup>. Segundo esta linha de raciocínio a regra da proibição da reforma para pior é dirigida especificamente ao juiz técnico que deve observar a regra da “*ne reformatio in pejus*” no momento do cálculo da pena, podendo os jurados decidirem como melhor lhes aprouverem. Desse modo, garante-se ao Conselho de Sentença a livre apreciação da matéria de sua competência com a consequente preservação da soberania dos veredictos.

### 3.4.2 Posição jurisprudencial

---

<sup>332</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição, 2010, p. 69

<sup>333</sup> Rabelo, Galvão ([http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-nacional27.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional27.html))

<sup>334</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, 6ª Ed, p. 132

<sup>335</sup> HC 89544 / RN (RIO GRANDE DO NORTE. HABEAS CORPUS. Relator: Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 14/04/2009. Órgão Julgador: Segunda Turma. P. 21.

No presente espaço nada mais faremos do que dar seguimento ao item 3.2.2 deste capítulo (Primeira corrente: inadmissibilidade da aplicação da “*ne reformatio in peius*” indireta das decisões proferidas pelo Conselho de Sentença – Posição jurisprudencial. p 59 a 61), mas agora voltado para a corrente oposta, pela aplicação extensiva do princípio da “non reformatio in pejus” nas decisões do Júri. Desde já, deseja-se fazer menção a dois precedentes que se destacam pela profundidade que abordam o tema e devem servir de referência ao estudo da problemática: A Revisão Criminal nº 49.644-3 do Tribunal de Justiça de São Paulo relatada pelo desembargador Djalma Lofrano e, como não poderia deixar de ser, o “*Habeas Corpus*” nº 89.544-1 do Superior Tribunal Federal relatado pelo ministro Cezar Peluso. Agora, Resta saber se este último julgado vai vingar em um “overruling” ou será apenas um precedente isolado daquela corte. De resto, oportuno ressaltar a ementa desta decisão, por ser ela a motriz deste debate:

Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. Reformatio in peius indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. **Violação conseqüente do justo processo da lei (due process of law), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos verdictos.** HC concedido para restabelecer a pena menor. **Ofensa ao art. 5º, incs. LIV, LV e LVII, da CF.** Inteligência dos arts. 617 e 626 do CPP. Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior.

O **Superior Tribunal de Justiça** em poucas algumas ocasiões compartilhou dessa posição. O pretório excelso nos **Embargos de Declaração no “Habeas**

**Corpus” 8577** de Minas Gerais julgado em 01 de junho de 1999 convenceu-se que [...] se a defesa exercer o direito de recorrer, se obtiver êxito, postulando vício de julgamento, ou se houver Protesto por Novo Júri, para a acusação, o julgamento se torna definitivo. A garantia da estabilidade das relações jurídicas impede eventual segunda condenação gerar situação mais grave para o réu. Tal acontece também nos julgamentos do Tribunal Popular. Sem qualquer ofensa à Soberania do Júri. Impõe-se, na espécie, interpretação lógica. Não basta a análise gramatical. Nesse mesmo sentido o **“Habeas Corpus” 14083** de São Paulo (Julgado em 14 de dezembro de 2000).

No âmbito da **Corte Gaúcha** o entendimento também sempre se preservou minoritário. Na **Apelação Criminal nº 70007220601** julgada em 11 de dezembro de 2003 o Tribunal de Justiça reconheceu que [...] Pelas regras contidas no art. 617, do CPP e Enunciado 160, da Súmula do STF, renovado o julgamento pelo Júri por força de recurso da defesa, eventual segunda condenação não pode ampliar a extensão da pena nem fixar um regime mais rigoroso, sob pena de reformatio in pejus. Colabora com esse entendimento os seguintes precedentes: **Apelação Crime Nº 70011324571** (19/05/2005), **Apelação Crime Nº 70007089022** (17/12/2003), **Apelação Crime Nº 70001770940** (22/02/2001).

## CONCLUSÃO

Mais do que mera análise jurídico-processual a “reformatio in pejus” reclama verdadeiro estudo constitucional das normas processuais penais. É o que ultimamente convencionou-se chamar de devido processo penal. A vedação da reforma para pior como meio indispensável à manutenção da ampla defesa e da igualdade substancial é o resultado natural deste método de raciocínio. Ao menos foi a conclusão que se buscou sustentar, considerando tudo que foi exposto no presente trabalho.

Nessa senda, fosse a “reformatio in pejus” admitida estar-se-ia impondo risco ou embaraço em tal grau no manejo dos recursos cabíveis que por fim acabaria por obstar o próprio direito ao reexame e ao duplo grau de jurisdição, transformando o recurso em potencial instrumento de acusação. Assim, a vedação da “reformatio in pejus” além de derivar de cláusulas gerais do direito processual (princípio da ação ou da demanda) decorre como expressão dos consectários do devido processo legal. Esta regra, exatamente por decorrer de força constitucional, deve ser sopesada e considerada em todas as hipóteses, inclusive, nas decisões submetidas ao crivo do Júri, protegidas sob o pálio da soberania dos veredictos.

Não há princípios e regras absolutos, mormente quando se tratam de postulados constitucionais, portanto, ambos os preceitos devem ser equalizados e submetidos a um método de resolução. Para tanto, basta sujeitar a “non reformatio in pejus” e a soberania das decisões do Júri à proposta de ponderação dos princípios ou a uma interpretação contextualizada do Tribunal do Júri. Partindo-se da premissa que a instituição do Júri tem por objetivo tutelar o “ius libertatis” ou o devido processo legal e de que a soberania nada mais é do que um meio de proteger e dar efetividade ao Tribunal do Júri chega-se a um resultado lógico. A soberania dos veredictos ao tutelar o Júri está indiretamente e em última razão protegendo o próprio “ius libertatis” e o devido processo legal, portanto, em suposto conflito deve se dar prevalência a esses fins maiores da instituição.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Florêncio de. Comentários ao Código de Processo Penal, Rio de Janeiro. Forense. Vol V.

ALEXY, Robert. Constitucionalismo Discursivo. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006 6ª Ed.

BADARÓ, Direito Processual Penal, tomo II, Campus Jurídico, 1ª Edição. 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. Ed. Celso Bastos, 2002.

BONFIM, Edilson Mongenot. Júri: do inquérito ao plenário. 3. ed. São Paulo; Saraiva, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal Anotada, Saraiva, São Paulo, 4ª ed.,

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Saraiva. 2010. 16º ed.

CERONI, Carlos Roberto Barros. *Revisão criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

CONSTANTINO, Lúcio Santoro. Recursos Criminais, Sucedâneos Recursais Criminais e Ações Impugnativas Autônomas Criminais, 2ª Edição. Livraria do Advogado. Porto Alegre.

DELMANTO, Roberto Júnior. As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração. Renovar, Rio de Janeiro. 1998.

EMPIS JR, Frederick G. Historical Introduction to Anglo-American Law. Columbia, MD, USA: West Group Publishing, 1990.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, Código de Processo Penal Brasileiro. Rio, edição histórica, Vol. IV.

FEITOZA, Denilson. Direito Processual Penal. Impetus, 5ª edição.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. RT. 2009..

FRANCO. Ary Azevedo. O Júri e a Constituição de 1946. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

GOMES, Luiz Flávio. Jornal Carta Forense, segunda-feira, 4 de janeiro de 2010

\_\_\_\_\_. Tribunal do júri e a proibição da "reformatio in peius" indireta. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 29 de abril de 2009.

GRECO, Vicente Filho. Manual de Processo Penal. Saraiva, 8ª edição. 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antônio Scarence, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As Nulidades no Processo Penal. 7º Edição. São Paulo. RT, 2001.

GUSMÃO, Sady Cardoso de. Código de Processo Penal. Ed Livraria Jacintho, 1942

JESUS, Damásio E. de Código de Processo Penal Anotado. Saraiva. 2010. ed: 24ª

LEAL, Saulo Brum. JÚRI POPULAR, Livraria do Advogado , 4ª edição, revista, ampliada e atualizada.

MACHADO, Marlon Wander. Os Recursos no Processo Penal e a Reformatio in Pejus. 3ª Edição. WVC.

MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. RT. 2006.

MARQUES, José Frederico. A Instituição do Júri. Saraiva. 1963. vol. I.

\_\_\_\_\_. Elementos de Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MARREY, Adriano, Franco. Alberto Silva, Stoco. Rui. *Teoria e pratica do júri*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

MEZONO, Marcelo Colombeli. *Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia*. Site do Curso de Direito da UFSM. Santa Maria-RS. Disponível em<<http://www.ufsm.br/direito/artigos/processo-penal/juri.htm>>.

MIRABETE, Julio Fabbrini . Código de processo Penal. Atlas. 7º edição. São Paulo:. 2000.

\_\_\_\_\_, Julio Fabbrini. Processo Penal. Atlas. 4º ed.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1967. RT. 1968.

MORAES, Alexandre de, Direitos Humanos e Fundamentais. 6 ed. 2009

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional. Atlas. 2007. Ed, 22ª.

MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 2ª Edição. Atlas. 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Curso Completo de Processo Penal, Saraiva, 1991,

NORONHA E. Magalhães. Curso de Direito Processual Penal. Saraiva. 25ª edição.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. RT, 2008, 8ª edição

\_\_\_\_\_, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. RT, 2008

PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. Lumen Juris. 10ª edição. 2008

PITOMBO, Sérgio. Teoria dos Recursos. Artigo acessado no sítio [www.sergio.pitombo.com.br](http://www.sergio.pitombo.com.br)

PORTO, Hermínio Alberto Marques, Júri. 5ª ed.

RABELO, Galvão ([http://www.metajus.com.br/textos\\_nacionais/texto-nacional27.html](http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/texto-nacional27.html))

RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Lumen Juris, 11ª edição.

SANTOS, Elaine Borges Ribeiro. Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, v. 17, n. 7, jul. 2005.

SCARENCE FERNANDES, Antonio. Processo Penal Constitucional, RT, 4ª edição, 2009.

TORNAGHI, Hélio. Instituições de processo penal. v.3. Saraiva. 1978 p. 48

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de processo penal comentado, tomo 2. Saraiva, 13ª edição.

\_\_\_\_\_. Manual de Processo Penal, Saraiva, 4ª edição, 2002,

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro. RT. 3ª ed. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal do Júri - Estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. RT, 1999.

WHITACKER, Firmino. Jury. SP, TYP. ESPÍNDOLA, SIQUEIRA & COMP.– Rua Direita 10- A, 1904.

