

14/04/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 89.544-1 RIO GRANDE DO NORTE

RELATOR : **MIN. CEZAR PELUSO**
PACIENTE(S) : FRANCISCO LINDOLÁCIO DE AQUINO
IMPETRANTE(S) : FRANCISCA AIRES DE LIMA LEITE
COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de FRANCISCO LINDOLÁCIO DE AQUINO, contra decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao **AI-AgR nº 674.646**, por entender que o princípio da *reformatio in peius* indireta não tem aplicação nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri.

Dado como incurso nos delitos capitulados no art. 121, § 2º, incisos I e IV, cc. o art. 29, ambos do Código Penal, o paciente foi absolvido pelo primeiro Conselho de Sentença, que acolheu a tese de legítima defesa.

Interposta apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte deu-lhe provimento, para submeter o paciente a novo julgamento, porque a decisão dos jurados teria sido manifestamente contrária à prova dos autos (**Apelação Criminal nº 97.001562-3**).

No segundo julgamento, embora reconhecida a legítima defesa, entendeu o Conselho de Sentença que o paciente lhe teria excedido os

limites dolosamente, motivo pelo qual o condenou à pena de 06 (seis) anos de reclusão, por cumprir em regime semi-aberto (fls. 64-66).

A defesa, então, interpôs recurso de apelação, sob argumento de que contradição na formulação dos quesitos teria maculado o decreto condenatório de vício insanável, oportunidade em que requereu decretação de nulidade absoluta do julgamento.

O Tribunal de Justiça deu provimento à apelação para cassar o julgamento (fls. 93-102).

Submetido a terceiro julgamento perante o Tribunal do Júri, o paciente foi condenado à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado (fls. 112).

Contra essa decisão, a defesa interpôs novo recurso de apelação, desprovido. Interpôs, então, recurso especial, que teve seguimento negado pelo Presidente do Tribunal de Justiça.

Interposto agravo de instrumento, dele não conheceu o Ministro Relator, em decisão mantida em agravo regimental, de cujo acórdão consta a seguinte ementa:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. CERTIDÕES DE INTIMAÇÃO. PEÇAS DE TRASLADO OBRIGATÓRIO. AUSÊNCIA.

A certidão de intimação do acórdão recorrido, do acórdão proferido em sede de embargos de declaração e da decisão agravada constituem peças de traslado obrigatório, de forma que a sua ausência enseja o não-conhecimento do agravo de instrumento.

Consoante iterativa jurisprudência, para que se atenda ao disposto no art. 544, § 1º, do CPC, entende-se, por acórdão, o inteiro teor das

decisões colegiadas proferidas quer no julgamento do recurso, quer aquelas que lhe integram, por meio de embargos declaratórios.

Em crimes de competência do Tribunal do Júri, pode ser proferida, em novo julgamento, decisão que agrave a situação do réu, tendo em vista a soberania dos veredictos.

Agravo regimental a que se nega provimento” (fls. 157) (grifei).

Opostos embargos de declaração, foram acolhidos tão somente para sanar erro material:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO AGRAVADA. CERTIDÃO DE PUBLICAÇÃO. PRESENÇA.

Tendo o acórdão embargado se manifestado acerca do pedido de concessão de ordem de habeas corpus, não há omissão a ser sanada.

Constatado o traslado da certidão de publicação da decisão agravada, é possível o acolhimento dos embargos de declaração, para a correção de erro material.

Embargos de Declaração parcialmente acolhidos” (fls. 164) (grifei).

Alega o impetrante, agora, que *“a decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que, tendo em vista a soberania dos veredictos, reconhece que, em crimes de competência do Tribunal do Júri, pode ser proferida, em novo julgamento, decisão que agrave a situação do réu, viola frontalmente o princípio constitucional da ampla defesa e o princípio de processo penal da ‘ne reformatio in pejus’”* (fls. 07).

Requer, liminarmente, seja expedido salvo conduto a fim de que o paciente permaneça em liberdade até o julgamento final do writ. No mérito, pleiteia a concessão da ordem para determinar a *“ilegalidade da fixação da pena do terceiro julgamento acima da pena fixada pelo Juiz Presidente do Conselho de Sentença do segundo julgamento e, em decorrência, fixando-se a*

pena imposta ao paciente em 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto” (fls. 16).

Antes de apreciar o pedido de medida liminar, determinei vista dos autos à PGR (fls. 174).

A Procuradoria Geral da República manifesta-se pelo indeferimento da ordem (fls. 176-181).

É o relatório.

V O I O

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - (Relator): 1. O caso suscita a conspícua questão sobre a incidência, ou não, da proibição da *reformatio in peius indireta* nos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, quando reconhecida circunstância relevante não imputada ao réu no julgamento anterior.

Indaga, ao propósito, o impetrante: *“Decretada a nulidade do julgamento proferido pelo Conselho de Sentença, pode a nova sentença condenatória infringir (sic) ao acusado pena superior àquela imposta no julgamento anterior, sem ferir o princípio que proíbe o agravamento da pena nos casos de recurso exclusivo da defesa (ne reformatio in pejus)?”*

E aduz que a resposta *“há de ser negativa”* (fls. 07).

2. Tem razão.

O ora paciente, pronunciado como incurso nos delitos capitulados no art. 121, § 2º, incs. I e IV, cc. art. 29, ambos do Código Penal, foi absolvido pelo Conselho de Sentença, que acolheu a tese de legítima defesa.

À apelação do Ministério Público, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte deu-lhe provimento, para submeter o paciente a novo julgamento (**Apelação Criminal nº 97.001562-3**).

No segundo, posto reconhecida a legítima defesa, entendeu o Conselho de Sentença que o paciente lhe teria, dolosamente, excedido os limites, donde o condenou, por homicídio simples (art. 121, *caput*, do CP), à

pena de 06 (seis) anos de reclusão, por cumprir em regime semi-aberto (fls. 64-66).

Em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal de Justiça cassou a decisão desse segundo julgamento (fls. 93-102).

Submetido, então, a terceiro julgamento perante o Tribunal do Júri, foi o paciente condenado, por homicídio qualificado (inc. IV do § 2º do art. 121 do CP), à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado (fls. 112).

O terceiro Conselho de Sentença deu pela qualificadora prevista no inc. IV do § 2º do art. 121 do CP, ou seja, que o réu teria atuado de maneira a impossibilitar a defesa da vítima. Mas a proibição de **reforma para pior**, inspirada no art. 617 do Código de Processo Penal, não comporta exceção alguma que a convalide ou legitime, ainda quando **indireta**, tal como se caracterizou no caso.

Se, de um lado, a Constituição da República, no art. 5º, inc. XXXVIII, letra 'c', proclama a instituição do júri e a soberania de seus veredictos, de outro assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inc. LV do art. 5º).

Ambas essas garantias, que constituem cláusulas elementares do princípio constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), devem interpretadas sob a luz do critério da chamada *concordância prática*, que, como se sabe, consiste “*numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens*

*constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum”.*¹

Noutras palavras, onde, nos passos metodológicos da exegese, se desenhe ou apareça contradição ou colisão de normas, não se pode, à base de precipitada “ponderação de bens” ou de “abstrata ponderação de valores”, interpretar e aplicar nenhuma delas à custa do pleno sacrifício da outra ou outras.²

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 princípio da *concordância*, como adverte **CANOTILHO**:

“Este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial, o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros.

O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos *fundamentaris* (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionalmente protegidos). Subjacente a este princípio está a idéia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens”.³

¹ **MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet.** *Curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

² **HESSE, Konrad.** *Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha,* tradução da 20ª ed. alemã, de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: S.A. Fabris, 1998, p. 66.

³ **CANOTILHO, J. J. Gomes.** *Direito constitucional e teoria da constituição.* 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1150.

E, como corolário do contraditório e da ampla defesa, o Código de Processo Penal contempla, dentre outros, o princípio da personalidade dos recursos (parte final do art. 617), que obsta à *reformatio in peius*.

Isso, que é truísmo jurídico, significa que: “a) o recurso só pode beneficiar à parte que o interpôs, não aproveitando à parte que não recorreu; e, via de consequência, que b) quem recorreu não pode ter sua situação agravada, se não houve recurso da parte contrária”.⁴

Trata-se, aí, da proibição taxativa da *reformatio in peius* **direta**, segundo a qual o recorrente não pode ver, no julgamento do recurso que interpõe – ou, como paciente, em habeas corpus que se lhe impetire - agravada sua situação jurídica, material ou processual, quando não haja recurso da parte contrária.

SÉRGIO PITOMBO lecionava a respeito:

“O estudo da inibição da *reformatio in peius* principia pela atenção as regras da ampla defesa do acusado; da interdição de pronunciamento *ultra* e *extra petita*; e da prevalência do *favor rei* ou *libertatis*.

A garantia constitucional da ampla defesa diz com o direito de saber dos prazos recursais; da ciência de seu início; requisitos e do andamento da apelação. Conceder-lhe, ainda, os limites, ou a devolutividade, sempre arredando a surpresa. Importa, também, a bilateralidade da audiência, durante o procedimento recursal. Já a contraditoriedade acha-se, à evidência, ínsita no apelo e seus incidentes. Em nenhuma fase, ou instante do procedimento, pouco importando o grau de jurisdição, o acusado deve ver-se tratado como estranho, na causa. Direito, por fim, a que eventual prova emergente no correr do procedimento recursal, desponte, legitimamente, obtida ou produzida.

(...)

O Tribunal Superior, em princípio, não deve decidir *ultra* ou *extra petita*. Não há de julgar nem a mais, nem fora do pedido. Encontra-se, portanto, balizado; obstada a decisão contra o próprio apelante. Sempre se poderia argumentar que tal idéia impede o procedimento espontâneo do juiz, em razão do *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*”.

⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães, FERNANDES, Antônio Scarance. *Recurso no processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

E rematava:

“A jurisprudência incumbiu-se, na mesma linha, de impedir a denominada *reformatio in pejus indireta*. Assim, anulada a decisão condenatória, mediante recurso, tão só, do argüido, o Juiz que proferir nova sentença achar-se-á jungido ao máximo da pena, imposta na sentença inválida. Importa assentar: a sentença nula passa a ter força e efeito sobre a nova e válida. Desútil reclamar da lógica, em face do *favor rei*”.⁵

A *reformatio in pejus indireta*, conquanto hospedada por certa jurisprudência, guarda identidade estrutural com a **direta** e, não por outra razão, ligação nevrálgica com as normas constantes dos arts. 617 e 626 do Código de Processo Penal. Inconcebível, daí, admitir-se que, anulado o processo ou a sentença no julgamento de recurso tendente a só beneficiar o réu, a nova decisão da mesma causa ou questão possa agravar-lhe a situação jurídica. Não há, em termos jurídicos, diferença alguma considerável entre a conformação, o mecanismo e as conseqüências de ambas as hipóteses.

É velha e aturada a jurisprudência da Corte, no sentido de que o juiz que venha a proferir nova decisão, em substituição à cassada no âmbito de recurso exclusivo da defesa, está limitado e adstrito ao máximo da pena imposta na sentença anterior, não podendo de modo algum piorar a situação jurídico-material do réu, sob pena de incorrer em inadmissível *reformatio in pejus indireta*.⁶

A racionalidade dessa orientação ajusta-se de todo a este caso, onde se deu para a acusação, à falta de recurso seu, o trânsito em julgado da sentença no segundo julgamento, a qual condenou o paciente a seis anos de reclusão, enquanto limite que, no rejuízo, eventual pena não

⁵ Disponível em http://www.sergio.pitombo.nom.br/files/word/in_pejus.doc.

⁶ Cfr., por todos, RE nº 87.394, Rel. p/ ac. Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, RTJ 88/1018-1030.

poderia nunca ultrapassar sem evidente degradação da condição jurídica do condenado.

Nem se reedite a superada objeção da ineficácia dos atos nulos no âmbito processual-penal, sobretudo em relação aos efeitos da sentença nula. É que, por obra de princípios jurídicos superiores, sobretudo ligados à matriz da tutela da dignidade da pessoa humana no tratamento normativo das causas penais, a proibição da *reformatio* figura excepcional hipótese em que o ato nulo produz o singular mas compreensível efeito de limitar a pena que venha a ser aplicada em decisão superveniente.

É coisa que antiga doutrina já percebia, como se vê à postura, por exemplo, de **SADY CARDOSO DE GUSMÃO**, que notava:

“Estes argumentos não colhem, porque o princípio de que o que é nulo não produz qualquer efeito, já o dizíamos, não se compadece com a realidade, eis que a despeito da nulidade, o réu sofreu pena e Bulhões de Carvalho, escrevendo no *Arquivo Judiciário* sobre a nulidade e a inexistência, mostra que os atos nulos são suscetíveis de certos efeitos, inclusive os provisórios (*Arquivo Judiciário* 41, sup. p. 33)”.

E, adiante:

“Deste modo, chegamos a uma conclusão que nos parece absurda. Se à Corte Suprema, tribunal máximo do País, é vedado agravar a situação do condenado na revisão criminal, como ser reconhecida aos tribunais inferiores essa possibilidade, atingindo, assim, uma competência mais lata? O princípio de que o que é nulo não produz efeito é vago e contraditório com os fatos. Embora nulo seja o processo, o condenado, até a revisão, em razão dele, se acha cumprindo pena. Este é um efeito que nem a revisão apaga, por isso que os fatos reais da vida humana não podem ser considerados como inexistentes, sem que essa asserção importe em falsidade, em negar a existência das coisas”.⁷

⁷ *Apud* **MELLO, Dirceu de. In:** PORTO, Hermínio Alberto Marques, e DA SILVA, Marco Antônio Marques (coord.). *Processo penal e constituição federal*. São Paulo: Acadêmica, 1993, pp. 27-28.

Suposto consolidada nesta Corte, a proibição da *reformatio in peius indireta* tem sido aplicada restritivamente ao Tribunal do Júri, sob a explícita condição de o conselho de sentença reconhecer a existência dos mesmos fatos e circunstâncias admitidos no julgamento anterior:

“HABEAS CORPUS – TRIBUNAL DO JÚRI – REFORMATIO IN PEIUS INDIRETA – RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA – EXAPERAÇÃO DA PENA DETERMINADA PELO JUIZ-PRESIDENTE – INADMISSIBILIDADE – PEDIDO DEFERIDO. O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri, quando do segundo julgamento, realizado em função do provimento dado a 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. Em tal situação, aplica-se, ao Juiz-Presidente, a vedação imposta pelo art. 617 do CPP”.⁸

Tal restrição, sobre não encontrar amparo no ordenamento jurídico, aniquila, na prática, a ampla defesa, na medida em que, intimidando o condenado, lhe embaraça senão que inibe o manejo dos recursos. E subtrair ao condenado a segurança para recorrer, sem o temor de que nova decisão possa de algum modo piorar-lhe a situação resultante do juízo impugnado, viola o cerne do devido processo legal, não apenas porque tende a atrofiar o exercício de poderes inerentes ao processo da lei, mas também porque, nisso, cria o grave risco de induzir, contra exigências básicas de justiça que devem permear o mesmo processo, aceitação contrafeita de decisões gravosas ao *status libertatis* e, em tese, suscetíveis de modificação ou reforma.

Como se adverte, “*la oposición es el primer paso y límite futuro del recurso de apelación, y en consecuencia, deberá compartir el fundamento de la prohibición de la reformatio in peius, ya que como se refirió supra, los*

⁸ HC nº 73.367, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 29.06.2001.

*fundamentos de esta prohibición reposan en la necesidad de garantizar al imputado la libertad y la tranquilidad de recurrir, la que existirá cuando él sepa que el recurso que intenta nunca podrá perjudicarlo más que la propia sentencia (o resolución o requerimiento) recurrida, ya que si existiera el peligro de que la impugnación deducida en su favor pudiera terminar empeorando su situación, quizás prefiera sufrir la resolución injusta (a su entender) antes de correr el riesgo de que ésta se modifique en su perjuicio y con elle, echaríamos por tierra el derecho que le corresponde a todo imputado de lograr la revisión de las resoluciones dictadas en su contra”.*⁹

A regra constitucional da soberania dos veredictos em nada impede a incidência da vedação da *reformatio in peius* **indireta**, pois esta não lhe impõe àquela limitações de qualquer ordem, nem tampouco despoja os jurados da liberdade de julgar a pretensão punitiva, nos termos em que a formule a pronúncia.

“A solução indicada para harmonizar as duas disposições, de grande interesse para o sistema judiciário democrático, é não impedir que o júri decida como bem entender, incluindo, se quiser, a qualificadora antes afastada. Entretanto, no momento de aplicar a pena, terminado o processo, o juiz, lembrando que há impossibilidade de prejudicar o réu, em recurso que foi exclusivo da defesa, reduzirá a reprimenda até atingir o patamar primário”, pondera e discerne, com razão, **GUILHERME NUCCI**.¹⁰

⁹ **MARTINEZ, Félix Alejandro.** *Pensamiento penal y criminológico.* In: Revista de Derecho Penal Integrado. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 134.

¹⁰ **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Júri: princípios constitucionais.* São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 104.

O conselho de sentença decide sempre como lhe pareça; o juiz presidente do Tribunal do Júri, esse é que, ao fixar a pena, está obrigado a observar o máximo da reprimenda imposta ao réu no julgamento anterior.

Acerca da notória distinção das funções do juiz e dos jurados, sublinhava **FREDERICO MARQUES**:

“O júri e o juiz possuem atribuições funcionais distintas, mas não é na separação do direito e do fato que se dividirão as competências de um e de outro.

GARRAUD, que também repeliu a estranha cisão, soube, em face das leis francesas então em vigor, traçar com mão de mestre o campo de atribuições dos jurados e da magistratura togada, nos julgamentos do Tribunal do Júri. Como, desprezadas pequenas diferenças de pormenores, é aplicável ao direito pátrio, a discriminação por aquêlê penalista estabelecida, convém expô-la. Enquanto os jurados – diz o citado autor – apreciam a culpabilidade do acusado, não só em relação ao fato principal, mas ainda no que concerne às circunstâncias acessórias que o podem agravar ou atenuar, - os magistrados da “*cour d’assises*” decidem sôbre a aplicação da pena em face do veredicto.

Sobre estas bases se assentam as diferenças de funções; e sôbre essa discriminação funcional, baseia-se, por sua vez, a técnica do questionário.

Aliás, o nosso MORAES MELO, com apoio em BORSANI e CASORATI, já havia elucidado também o assunto, ao ensinar que o critério atualmente adotado consiste em “conferir-se ao Júri o conhecimento das questões que diretamente se ocuparem do crime e da responsabilidade criminal do acusado, sejam puramente de fato ou se achem envolvidas com questão de direito, afetando-se ao conhecimento e resolução do presidente do tribunal tôdas as outras questões de direito e de fato”.¹¹

Ou seja, é “necessário que se distinga, na sentença subjetivamente complexa do Tribunal do Júri, qual matéria é de competência dos Jurados – e, portanto, acobertada pela soberania – e qual matéria é de competência do juiz-presidente – despida, pois, do atributo da soberania. Como aos jurados cabe decidir sobre a existência do crime, incluindo qualificadora, e a autoria delitiva, somente com relação à decisão destas questões, a soberania

¹¹ **MARQUES, José Frederico.** *A instituição do júri.* v. 1. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 35.

*dos veredictos pode ser justificativa para a não-aplicação da vedação da reformatio in pejus. Por outro lado, como a fixação da pena, dentro dos limites mínimo e máximo cominados ao delito, é matéria afeta ao juiz-presidente, e não aos jurados, em tal aspecto, deve ser vedada a reformatio in pejus indireta”.*¹²

A soberania dos veredictos não autoriza **(i)** o conselho de sentença a decidir em dissonância com a lei material, nem, tampouco, **(ii)** o presidente do tribunal a ignorar a lei processual, que, no Código de Processo Penal, dispõe:

“**Art. 617.** O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

“**Art. 626.** Julgando procedente a revisão, o tribunal poderá alterar a classificação da infração, absolver o réu, modificar a pena ou anular o processo.

Parágrafo único. De qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista”.

A soberania do Júri não limita nem manietta o julgamento da revisão criminal. Como já insinuei, o princípio da soberania não é absoluto, pois o tribunal técnico pode até absolver réu condenado injustamente pelos jurados, por força do princípio da plenitude de defesa no júri (art. 5º, inc. XXXVIII, ‘a’, da CF).

Aliás, sob a perceptível semelhança ou identidade de alcance entre as normas processuais transcritas, faz muito viu a Corte que:

¹² **BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy.** *Direito processual penal.* t. II. São Paulo: Campus, 2007, p. 203.

“A razão é a mesma. A apelação só do réu e o pedido de revisão se equivalem, pois este é privativo do apenado. E se na apelação, como na revisão, a instância colegiada pode anular o processo, a ambas se impõe a sujeição da garantia atribuída ao réu, em jamais ter ele agravada a pena imposta”.¹³

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 de acusação, ante as vicissitudes do novo julgamento, em clara afronta ao postulado do *favor rei* ou *libertatis*, que descende, em linhagem direta, da norma constitucional da chamada presunção de inocência (art. 5º, LVII). Ou seja, sob pretexto e no âmbito de julgamento de recurso da defesa, operar-se-ia, em dano do réu, autêntica revisão da sentença *pro societate*, em favorecendo a acusação, que não recorreu.

*“Não há dúvida – diz-se com acerto, ao propósito - que a equidade e o ‘favor libertatis’ têm certa influência aqui, como elemento ou causa do sistema existente. Repugna agravar a situação do réu provendo-lhe o próprio recurso, porque sem este o réu não teria pior condição, mormente quando ao que recorreu de modo nulo, ao desistente, se reconheceria melhor situação”.*¹⁴

É mister insistir em que a soberania dos veredictos assegurada ao Tribunal do Júri não se reveste de caráter absoluto, como, aliás, qualquer outra garantia de índole constitucional.¹⁵ E não faltam hipóteses legais que lhe

¹³ RHC nº 48.998, Rel. Min. THOMPSON FLORES, RTJ 60/348.

¹⁴ GUSMÃO, Sady de, *Recursos cíveis e criminaes*. Rio de Janeiro: Jornal do Commercio Rodrigues & C., 1936, pp. 105-106.

¹⁵ A respeito, cf. RTJ 148/366, RTJ 173/805-810 e RTJ 190/139-143.

evidenciam e realçam tal relatividade, como o disposto no § 3º do art. 593 do CPP,¹⁶ nem julgados desta Corte que a reconhecem:

“JÚRI. APELAÇÃO DA DEFESA CONTRA TÓPICO DA CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO ‘TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM’. HIPÓTESE EM QUE DA CONDENAÇÃO, PELO JÚRI, APELOU UNICAMENTE A DEFESA. LIMITES OBJETIVOS DO APELO, QUE NÃO PODERIA PRODUZIR, COMO RESULTADO, A SUBMISSÃO DO RÉU A NOVO JÚRI, E SUA CONDENAÇÃO A PENA MAIS GRAVE. ‘HABEAS CORPUS’ CONCEDIDO, PARA QUE SE REAPRECIE NA ORIGEM, EM SEUS EXATOS TERMOS, A APELAÇÃO DO RÉU (HC nº 62.987, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, DJ de 14.11.1985).

“HABEAS CORPUS. JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. O paciente foi condenado por homicídio qualificado consumado e por homicídio tentado. Recorreu da decisão do Júri, tão-só, quanto à condenação pelo homicídio consumado. 3. Quanto à condenação por homicídio tentado, não houve apelação nem do Ministério Público, nem do réu, ora paciente. 4. O Tribunal anulou o julgamento amplamente, por vício formal, determinando que o réu fosse submetido a novo pronunciamento do Júri, também de referência ao omicídio tentado. 5. Alegação, no habeas corpus, de ‘*reformatio in pejus*’. 6. A apelação do réu ensejava à Corte julgadora anular o julgamento no que se referia à condenação por homicídio qualificado consumado. Ao determinar, entretanto, o Tribunal local a renovação integral do julgamento, pelo Júri, também quanto ao crime tentado, contra cuja condenação não houve apelação, ultrapassou os limites do recurso. 7. Na inicial o impetrante alega que houve ‘*reformatio in pejus*’, pois a decisão prejudica ao paciente. 8. Habeas Corpus deferido para, cassando em parte o acórdão referente à apelação criminal, afastar a determinação de o paciente ser submetido a novo julgamento pelo Júri, quanto ao homicídio tentado” (HC nº 73.641, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, DJ de 8.11.1996).

“Júri. Apelação. Limites. Coisa Julgada. ‘*Reformatio in pejus*’. Se o Ministério Público não se insurgiu contra a absolvição da paciente, quanto ao delito de homicídio, até porque ele próprio a pleiteara, em Plenário do Júri, e, se, ao pedir a anulação do julgamento, só levou em consideração o crime de destruição de cadáver, não podia o Tribunal ir mais longe, piorando a sorte da ré e inobservando, inclusive, a coisa julgada, resultante da absolvição. ‘HABEAS CORPUS’ deferido para anulação do acórdão nesse ponto. 2. Havendo, posteriormente, o juiz de

¹⁶ “Art. 593 (...). § 3º Se a apelação se fundar no n. III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação”.

1º grau declarado a extinção da punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, quanto ao delito de ocultação de cadáver, e transitando em julgado essa decisão, fica encerrado o processo (**HC nº 68.009**, Rel. Min. **SYDNEY SANCHES**, DJ de 5.4.1991).

“REFORMATIO IN PEJUS: PASSANDO EM JULGADO, PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DECISÃO DO JÚRI DESCLASSIFICANDO O CRIME PARA CULPOSO, NÃO PODE O RÉU SER SUBMETIDO A NOVO JÚRI, EM RECURSO POR ELE INTERPOSTO” (**RE nº 23.989**, Rel. Min. **AFRANIO COSTA**, DJ de 9.8.1954).

O alcance do predicado da soberania do júri, ensina **HERMÍNIO ALBERTO MARQUES PORTO**, pode resumir-se na *“impossibilidade de outro órgão jurisdicional modificar a decisão dos jurados, para absolver o réu condenado, ou condenar o réu absolvido pelo Tribunal do Júri”*.¹⁷

A Constituição da República, deveras, não outorgou, nem tinha boas razões para outorgar poder ilimitado ao Tribunal do Júri, que, respeitados os ditames daquela, deve em tudo obediência ao que a lei processual discipline ou restrinja. De toda pertinência, aqui, o magistério de **CAIO EDUARDO CANGUÇU DE ALMEIDA**:

“O conceito de ‘soberania’, por aqui, não se confunde com o sentido absoluto, total, rígido, intocável, de poder incontrastável do Direito Constitucional. E, bem por isso, o fato de se tratar de decisão do Júri, recoberta pelo manto da soberania do veredicto popular, não impede a incidência de regras e normas processuais próprias à edição de um julgamento correto, legal e justo. Pois que, afinal, também isso se reclama dos jurados, tal qual do Juiz togado.

[...]

Se o artigo 617, que está inserido, lembre-se, no capítulo relativo ao julgamento dos recursos em geral, inclusive daqueles concernentes a processos por infrações da competência do Tribunal do Júri, veda a *reformatio in pejus* **indireta**, segundo definitiva exegese que se lhe conferiu, por que dizer-se que isso se aplica, tão só, ao Juiz togado, não ao leigo? Será, por ventura, que tão somente em casos de delitos que não sejam

¹⁷ **PORTO, Hermínio Alberto Marques. Júri. v. I, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 41-42.**

daqueles contra a vida, é que haverá de representar ilegalidade a pena mais gravosa imposta por força de recurso exclusivo do réu. Será que apenas em casos de delitos que não sejam aqueles contra a vida, é que deve imperar, para o acusado, a tranqüilizadora certeza de que seu apelo não será, jamais, arma voltada contra si próprio? Não, é evidente. Pois, afinal, onde a lei não distingue, lícito não é ao intérprete fazê-lo. Máxime, em prejuízo do réu.”¹⁸

Ora, o terceiro conselho de sentença, no caso, não estava jungido à decisão anterior, que reconhecera excesso doloso à legítima defesa, de modo que lhe era lícito decidir como conviesse, adstrito, é óbvio, às provas dos autos. O juiz presidente é que, ao dosar a pena, teria por limite a fixada no julgamento anulado em razão e no âmbito do recurso exclusivo da defesa.

Não encontro nenhuma razão lógico-jurídica que, legitimando outra conclusão, preexclua estender a proibição da *reformatio in peius indireta*, sempre admitida na província das decisões singulares, aos julgamentos da competência do Tribunal do Júri, ainda quando consideradas circunstâncias decisivas que o não tenham sido em julgamento anterior.

A regra que o sustenta é, em substância, de natureza processual e, no específico quadro teórico desta causa, aparece, com caráter cogente, dirigida apenas ao juiz presidente do júri, que a deve reverenciar no momento do cálculo da pena, sem que isso importe limitação de nenhuma ordem à competência do conselho de sentença ou à soberania de seus veredictos.

Nesse sentido, argumenta **GUILHERME DE SOUZA NUCCI**:

“A anulação do primeiro julgamento realizado pelo Tribunal do Júri impediria que, no segundo julgamento, houvesse a *reformatio in peius*?”

¹⁸ **ALMEIDA, Caio Eduardo Canguçu de.** “A *reformatio in peius indireta* em face de decisões do tribunal do júri.” *In*: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, v. 130, mai-jun/1991, p. 17.

Embora muitos sustentem que, em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, não exista essa vinculação, pensamos que o caminho a trilhar é outro. Se o recurso for exclusivo da defesa, determinando a instância superior a anulação do primeiro julgamento, cremos que a pena, havendo condenação, não poderá ser fixada em quantia superior à decisão anulada. É certo que os jurados são soberanos, mas não é menos certo afirmar que os princípios constitucionais devem harmonizar-se. Embora defendamos com veemência o respeito à soberania dos veredictos, é preciso considerar que a ampla defesa, *com os recursos a ela inerentes*, também é princípio constitucional. Retirar do acusado a segurança para recorrer, invocando a nulidade que entender conveniente, sem o temor de que nova decisão poderá piorar sua situação, não é garantir ampla defesa. Por tal razão, cremos mais correta a posição daqueles que defendem a impossibilidade de *reformatio in pejus* também nesse caso”.¹⁹

E conclui o saudoso **FREDERICO MARQUES**: “A soberania dos veredictos não pode ser atingida, enquanto preceito para garantir a liberdade do réu. Mas, se ela é desrespeitada em nome dessa mesma liberdade, atentado algum se comete contra o texto constitucional”.²⁰

3. Do exposto, **concedo** a ordem, para fixar a pena do paciente nos exatos termos em que foi imposta no segundo julgamento, ou seja, em **6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto.**

¹⁹ **NUCCI, Guilherme de Souza.** *Código de processo penal comentado.* 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 913.

²⁰ *A Instituição do júri.* 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1963, vol. I, p. 54.