

FERNANDO ABREU

**MANUAL DE
PROCESSO
PENAL**

3ª edição

Revista, atualizada e ampliada

2025



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

33

Teoria Geral dos Recursos

33.1 COMO O ASSUNTO É ABORDADO EM PROVAS E CONCURSOS

O tema “recursos e recursos em espécie” é um dos mais cobrados nos concursos de Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública e Delegado de Polícia, em todas as suas etapas.

A normatização objetiva exigida nas provas de múltipla escolha é acompanhada da jurisprudência, bem como da carga doutrinária que introduz o assunto. É crucial que o leitor compreenda a lógica recursal e sua respectiva falta de lógica em alguns pontos, razão pela qual o tema é tão querido pelas bancas examinadoras em todas as fases dos certames.

O estudo dos recursos parte da premissa doutrinária relacionada aos seus princípios, compreensão dos pressupostos de admissibilidade e efeitos recursais, temas imprescindíveis para adequada compreensão do assunto.

O estudo, especialmente de revisão, deve ser realizado sobre os aspectos doutrinários e jurisprudenciais, sendo imprescindível, contudo, a compressão básica da norma.

33.2 INTRODUÇÃO E CONCEITO

Os recursos são os meios de impugnação de decisões judiciais, colocados à disposição das partes por meio de lei, que devem ser manejados antes da formação da coisa julgada e no curso no processo no qual foi proferida a decisão.

Os recursos não se confundem com ações autônomas de impugnação, como o *habeas corpus*, e revisão criminal, pois não deflagram uma nova relação jurídica, mas tão somente dão continuidade a uma anteriormente existente.

Não obstante, não se pode negar que, apesar de não instaurar uma nova relação processual, os recursos submetem-se a um regramento próprio, devendo, à semelhança da ação penal, observar condições/requisitos que nos permitem concluir pela deflagração de uma nova instância, igualmente subordinada quanto à admissão dos recursos, conforme veremos no estudo dos pressupostos de admissibilidade recursal.

33.3 CLASSIFICAÇÃO

Os recursos podem ser classificados de acordo com sua **extensão, fundamentação e objeto**.

Quando à **extensão, os recursos podem ser totais ou parciais**, a depender da delimitação do objeto a ser apreciado pelo tribunal. Assim, será total o recurso que impugna toda a decisão e parcial aquele que tão somente questiona parte dela, a exemplo do recurso apenas contra a pena fixada.

No que toca ao **fundamento, os recursos podem ser de fundamentação livre ou vinculada**. São de fundamentação livre aqueles nos quais o legislador não impôs limite à matéria a ser enfrentada, a exemplo da apelação. Por outro lado, são de fundamentação vinculadas os recursos sobre os quais paira uma limitação de ordem legal para a matéria ser levantada, a exemplo dos recursos especiais e extraordinários, que não admitem o enfrentamento de questões fáticas, mas tão somente as jurídicas, que devem, em especial, serem previstas como admissíveis de julgamento pela instância revisora, a exemplo de um recurso especial que impugna da decisão do tribunal que deu à lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Por fim, no que concerne ao **objeto, os recursos serão ordinários ou extraordinários**, na medida em que o limite fixado para a matéria posta em apreciação pelo tribunal envolve toda a matéria ou apenas a matéria jurídica. Admitindo o recurso o revolvimento de questões fáticas ou jurídicas, o recurso será ordinário. Por sua vez, permitindo somente a análise de questões jurídicas, o recurso será concebido como extraordinário.

33.4 FUNDAMENTO – DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Os recursos fundam-se no princípio do duplo grau de jurisdição, de matriz constitucional, apesar de não expresso no corpo do texto da Constituição, motivo pelo qual é concebido como um princípio constitucional não implícito.

Registre-se que o duplo grau de jurisdição foi expressamente previsto no Pacto de São José da Costa Rica, Dec. 678/92, Item 8.2, *h*, que assinala à toda pessoa acusada o direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Dessa forma, por terem os tratados de direitos humanos *status* constitucional, não se pode negar que a garantia do duplo grau tenha seu fundamento extraído da Constituição Federal.

Há, ainda, um fundamento político no princípio do duplo grau de jurisdição, haja vista que os recursos revelam uma espécie de controle sobre a atividade judicial.

Trata-se, portanto, da garantia¹ conferida às partes processuais de poderem recorrer das decisões proferidas por juízes ou tribunais. Não obstante, o ordenamento pátrio prevê diversas situações de decisões irrecorríveis, como nos casos de denegação da suspensão do processo por questão prejudicial (art. 93, §2º, CPP), da admissão ou inadmissão do

1. Segundo o STF, o duplo grau não configura garantia prevista na CF. O duplo grau de jurisdição não configura garantia prevista na Constituição da República, traduzindo escolha política do legislador, consoante diversos precedentes desta Corte: HC 140213 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/06/2017; RE 976178 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2016; RHC 79785, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2000, DJ 22-11-2002 PP-00057 EMENT VOL-02092-02 PP-00280 RTJ VOL-00183-03 PP-0101. AP 470, DJe 14.10.20.

assistente de acusação (art. 273, CPP), da improcedência das exceções de incompetência, litispendência, coisa julgada e ilegitimidade de parte, por interpretação sistemática do art. 581, III, CPP, e ainda das decisões sobre a inexistência de repercussão geral dos temas constitucionais abordados em sede de recurso extraordinário no STJ, irrecorribéis nos termos do art. 102, § 3º, CF, art. 1.035, *caput*, do CPC, e art. 326 do Regimento Interno do STF.

No que toca aos acusados com foro por prerrogativa de função, não há previsão para o duplo grau de jurisdição, concebido como a possibilidade de reexame integral da sentença de primeiro grau por órgão distinto e hierarquicamente superior do Poder Judiciário.

O STF², no julgamento RHC 79.785/00, ao enfrentar a temática sob a luz do art. 8, item 2, *h*, do Pacto de São José da Costa Rica, decidiu que, pela inexistência de previsão de recursos ordinários próprios, não poderia a norma infraconstitucional instituí-los no ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, no julgamento da AP 470, o STF admitiu o cabimento dos embargos infringentes contra decisão não unânime do Plenário que julgar procedente a ação penal, **desde que haja pelo menos 4 (quatro) votos divergentes e vencidos pela absolvição**, nos termos do art. 333, I, do RISTF³. No julgamento, os Ministros entenderam que os embargos infringentes atenderiam à exigência do reexame previsto no Pacto de São José da Costa Rica.

Em síntese, de acordo com a compreensão do STF, apesar do duplo grau de jurisdição não configurar garantia prevista na Constituição da República, traduzindo-se em escolha política do legislador, havendo previsão no Regimento Interno do Tribunal a previsão

2. Tribunal Pleno, DJ 22.11.02. Para corresponder à eficácia instrumental que lhe costuma ser atribuída, o duplo grau de jurisdição há de ser concebido, à moda clássica, com seus dois caracteres específicos: a possibilidade de um reexame integral da sentença de primeiro grau e que esse reexame seja confiado à órgão diverso do que a proferiu e de hierarquia superior na ordem judiciária. Com esse sentido próprio - sem concessões que o desnaturem - não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal. A situação não se alterou, com a incorporação ao Direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), na qual, efetivamente, o art. 8º, 2, *h*, consagrou, como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição, em sua acepção mais própria: o direito de "toda pessoa acusada de delito", durante o processo, "de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior". (...) (...) Em relação ao ordenamento pátrio, de qualquer sorte, para dar a eficácia pretendida à cláusula do Pacto de São José, de garantia do duplo grau de jurisdição, não bastaria sequer lhe conceder o poder de aditar a Constituição, acrescentando-lhe limitação oponível à lei como é a tendência do relator: mais que isso, seria necessário emprestar à norma convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir. III. Competência originária dos Tribunais e duplo grau de jurisdição. 1. Toda vez que a Constituição prescreveu para determinada causa a competência originária de um Tribunal, de duas uma: ou também previu recurso ordinário de sua decisão (CF, arts. 102, II, a; 105, II, a e b; 121, § 4º, III, IV e V) ou, não o tendo estabelecido, é que o proibiu. 2. Em tais hipóteses, o recurso ordinário contra decisões de Tribunal, que ela mesma não criou, a Constituição não admite que o institua o direito infraconstitucional, seja lei ordinária seja convenção internacional: é que, afora os casos da Justiça do Trabalho - que não estão em causa - e da Justiça Militar - na qual o STM não se superpõe a outros Tribunais -, assim como as do Supremo Tribunal, com relação a todos os demais Tribunais e Juízos do País, também as competências recursais dos outros Tribunais Superiores - o STJ e o TSE - estão enumeradas taxativamente na Constituição, e só a emenda constitucional poderia ampliar. 3. À falta de órgãos jurisdicionais ad qua, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.

3. AP 470 AgR - vigésimo sexto, Tribunal Pleno. DJe 17.02.14.

de embargos infringentes, haverá o atendimento aos ditames do Pacto de São José da Costa, no sentido de se preservar o reexame da decisão.

33.5 PRINCÍPIOS REGENTES

33.5.1 Princípio da taxatividade

De acordo com o princípio da taxatividade, deve-se analisar se a decisão é passível de recurso e, sendo recorrível a decisão, o efetivo recurso previsto em lei para impugná-la. A taxatividade se expressa, portanto, no rol de recursos previstos e nas hipóteses de cabimento.

Apesar da concepção que se extrai do termo taxatividade, é perfeitamente possível a interpretação extensiva ou analógica para o enquadramento de situações não previstas expressamente em lei, mas que, nitidamente, o legislador não afastou a possibilidade de recurso.

33.5.2 Princípio da unirrecorribilidade das decisões

Como consequência da unirrecorribilidade, a cada decisão corresponde um único recurso, isto é, por força do princípio da unicidade ou singularidade, uma decisão, como regra, não pode ser impugnada por mais de um recurso, conforme se depura da lógica do art. 593, §4º do CPP, que assinala a vedação de interposição de recurso em sentido estrito se da decisão couber apelação, a exemplo de uma sentença que condena o acusado (apelação, art. 593, I) e impõe o sursis (recurso em sentido estrito, art. 581, IX). No exemplo, um único recurso será interposto, a apelação, por ser mais ampla que o RSE.

Tratando-se de decisões de natureza objetivamente complexas, isto é, cujos temas enfrentados clamem a apreciação por Tribunais Superiores distintos, a exemplo uma parte da decisão violar a Lei Federal, e outra afrontar a Constituição Federal, haverá a necessidade de ataque à decisão por dois recursos distintos, REsp e REExt, respectivamente.

Outra exceção ao princípio pode ser verificada na oposição de embargos infringentes e de nulidade contra a parte não unânime de decisão proferida pelos Tribunais de Justiça ou TRFs no julgamento de apelações, RSEs e agravos em execução (art. 609, parágrafo único, CPP), cuja matéria de direito não relacionada à nulidade deverá ser atacada por REsp ou REExt, a depender de sua natureza.

33.5.3 Princípio da fungibilidade

O princípio da fungibilidade foi previsto no art. 579, *caput*, CPP, e dispõe que salvo a hipótese de má-fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro. Segundo o parágrafo único do dispositivo, se o juiz, desde logo, reconhecer a impropriedade do recurso interposto pela parte, mandará processá-lo de acordo com o rito do recurso cabível.

A fungibilidade materializa-se, portanto, pela utilização de um recurso por outro em substituição, desde que essa não promova substancial alteração da lógica processual, respeite o prazo adequado para o recurso efetivamente interposto e não decorra de erro grosseiro da parte.

O princípio consagra o afastamento do formalismo em excesso e, por consectário lógico, igualmente afasta, para nós, a necessidade de observância do prazo recursal previsto para o recurso original, sob pena de quebra da lógica da própria fungibilidade recursal. De fato, havendo divergência quanto ao recurso a ser interposto, circunstância que afasta a má-fé prevista no *caput* do art. 579, não haveria razões para se exigir do recorrente a interposição do recurso, ainda que não adequado, no prazo de outro.

À guisa de exemplo, no tocante ao recurso cabível contra a não homologação da colaboração premiada, diante da ausência de previsão, foram produzidos diversos entendimentos na doutrina. FELIPPETTO e ROCHA (2017)⁴ sustentam a interposição de apelação, na forma do art. 593, II do CPP; PACELLI⁵ (2021), por sua vez, aduz tratar-se de hipótese de recurso em sentido estrito (art. 581, I, por analogia), por rejeição de iniciativa postulatória da acusação. Há vozes ainda pela possibilidade de reconhecimento da correção parcial e aplicação do art. 28 do CPP, por analogia.

O STJ, enfrentando a matéria no julgamento do REsp 1834215, 6ª Turma, DJe 12.11.20, entendeu que **a apelação residual é o recurso adequado para impugnação da decisão homologatória** por entender que o “ato judicial: a) não ocasiona uma situação de inversão tumultuária do processo, a atrair o uso da correção parcial e b) tem força definitiva, uma vez que impede o negócio jurídico processual, com prejuízo às partes interessadas. Ademais, o cabimento do recurso em sentido estrito está taxativamente previsto no art. 581 do CPP e seus incisos não tratam de hipótese concreta que se assemelha àquela prevista no art. 4º, § 8º, da Lei n. 12.850/2013”.

Admitiu, contudo, ante a existência de dúvida objetiva quanto ao instrumento adequado para combater o provimento jurisdicional, que não constitui erro grosseiro o emprego da correção parcial, principalmente quando esse instrumento foi aceito em situações outras pelo Tribunal. Desde que interposta no prazo de cinco dias, afastando eventual intempestividade, o STJ entendeu por possível a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

Conforme se extrai da decisão, o STJ, na linha da doutrina majoritária, estampou a necessidade de observância do prazo do recurso original, sob pena de intempestividade, seguindo a trilha dos precedentes anteriores, conforme se verifica do julgamento do AgRg nos EDcl no AResp 2021684/SP, proferido em sede de embargos de declaração como agravo regimental:

O STJ compreende que, “embora seja possível se conhecer de embargos de declaração como agravo regimental - quando evidente o seu caráter infringente -, a aplicação do princípio da fungibilidade pressupõe a tempestividade dos embargos, que, nos termos do art. 619 do CPP, devem ser opostos no prazo de 2 (dois) dias”. Precedente da Corte Especial⁶.

Nesse sentido, ao exigir o cumprimento do prazo previsto para o recurso efetivamente interposto – embargos de declaração –, parece-nos desprovida de sentido a exigência

4. FELIPPETTO, Rogério. ROCHA, Luísa Carolina Vasconcelos Chagas. **Colaboração Premiada: contornos segundo o sistema acusatório**. Belo Horizonte: 2017. Ed. D'Plácido.

5. *op.cit.*

6. DJe 27.06.22.

de interposição do recurso no prazo original daquele que seria o adequado⁷ ou, de fato, não haveria, por essência, aplicação do princípio da fungibilidade, mas tão somente a desconsideração do *nomem iuris* atribuído à peça.

Não obstante, o STJ, no julgamento do Tema Repetitivo 1219 (DJe 13.09.24), fixou a seguinte tese:

É adequada a aplicação do princípio da fungibilidade recursal aos casos em que, embora cabível recurso em sentido estrito, a parte impugna a decisão mediante apelação ou vice-versa, desde que observados a tempestividade e os demais pressupostos de admissibilidade do recurso cabível, na forma do art. 579, caput e parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Parte da doutrina ainda faz menção ao **princípio da convolação**, que permite o recebimento um recurso como *Habeas Corpus*, por não satisfazer os pressupostos de admissibilidade recursal. Não se trata, a espécie, de fungibilidade recursal, porquanto o remédio constitucional não é recurso. Não se trata, por conseguinte, de princípio afeto à matéria recursal, haja vista sua aplicação somente às ações autônomas de impugnação.

33.5.4 Princípio da dialeticidade

Pelo princípio da dialeticidade, o recurso deve ser discursivo e argumentativo, como forma de se permitir o conhecimento pelo tribunal dos limites da impugnação e assegurar à parte contrária o contraditório, na medida em que a petição de interposição do recurso deve apontar o porquê do recurso e as razões recursais os seus fundamentos. Deve-se observar, portanto, a mesma estrutura dialética vigente em primeiro grau, em estrita observância ao contraditório, essência do princípio da dialeticidade.

BADARÓ⁸ (2021, p. 946), destaca que:

O art. 589, *caput*, prevê que o recurso em sentido estrito será encaminhado do Tribunal, com ou sem apresentação das contrarrazões recursais. De forma semelhante, o art. 601, *caput*, prevê que a apelação poderá subir aos Tribunais sem as razões e contrarrazões. Tais dispositivos violam a regra da dialeticidade dos recursos, impedindo o efetivo exercício do contraditório. Sem as razões ou contrarrazões, o Tribunal não terá como saber os fundamentos da impugnação (no caso das razões) ou os contra-argumentos que corroboram a sentença.

Como forma de se evitar a violação integral da regra no caso de apelação, o art. 600, §4º do CPP, dispõe que se o apelante declarar, na petição ou no termo, ao interpor a apelação, que deseja arrazoar na superior instância, serão os autos remetidos ao tribunal *ad quem* onde será aberta vista às partes, observados os prazos legais, notificadas as partes pela publicação oficial.

O princípio restou implicitamente consagrado pelo STF por meio da Súmula 707:

“Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.

Por outro lado, não obstante a essência da Súmula, o STF possui decisões conflitantes, ora no sentido de que “a ausência de razões de apelação e de contrarrazões à apelação do Ministério Público não é causa de nulidade por cerceamento de defesa, se o defensor

7. No mesmo sentido, Gustavo Badaró, *op. cit.*, 2021, p. 944-945.

8. *op. cit.*

constituído pelo réu foi devidamente intimado para apresentá-las⁹, ora no sentido de que a ausência de apresentação de razões pela defesa implica violação à defesa técnica, com a consequente nulidade do feito¹⁰.

Firmando nossa compreensão, uma vez interposto o recurso, a apresentação das razões recursais e contrarrazões recursais é obrigatória, vez que, tratando-se de recurso interposto pelo Ministério Público, dele não poderá desistir e o direito de defesa técnica é imperativo, ainda que por defensor nomeado para tanto. Tratando-se, por outro lado, de recurso interposto pela defesa, as razões recursais devem ser apresentadas não somente para permitir ao tribunal o conhecimento do porquê da impugnação, mas também para assegurar o efetivo contraditório pelo Ministério Público, o qual, igualmente, estará obrigado a apresentar as contrarrazões recursais, sob pena de se considerar a omissão como tentativa de abandono da ação penal, procedimento não permitido pelo sistema processual penal.

Em se tratando de ação penal de iniciativa privada, a solução nos parece outra, haja vista que a não apresentação das razões recursais equivale, para nós, à desistência do recurso.

Registre-se que o princípio somente terá aplicação nos recursos que possuem o condão de modificar o conteúdo da decisão, não sendo aplicável, por exemplo, aos embargos declaratórios que objetivam tão somente o clareamento de pontos obscuros, ambiguidade, contradição ou saneamento de omissão, cuja decisão não implique modificação do conteúdo material do julgamento, isto é, que não possuam caráter infringente.

33.5.5 Princípio da disponibilidade

O ato de recorrer é voluntário, isto é, a parte não possui o dever de interpor o recurso. No caso da defesa, uma vez interposto o recurso, é perfeitamente possível sua desistência, desde que assinalada tanto pelo defensor como pelo acusado, haja vista que ambos possuem legitimidade para interposição do recurso e pode ocorrer conflito entre as vontades, devendo prevalecer a vontade daquele que deseja recorrer ou manter o recurso conforme se infere da essência da Súmula 705 do STF:

A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta.

Por outro lado, tratando-se de recurso interposto pelo Ministério Público, conforme o comando do art. 576 do CPP: **O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto**. Em síntese, o *parquet* não é obrigado a interpor recurso. Contudo, uma vez interposto, desse não poderá desistir em razão da indisponibilidade da ação penal (art. 42, CPP). No mesmo sentido, pelo menos em tese, não poderá o Ministério Público restringir o recurso quando da apresentação das razões recursais caso o recurso tenha impugnado toda a decisão¹¹.

Situação interessante ocorre quando o membro do Ministério Público interpõe o recurso e, durante o trâmite desse, ainda em primeira instância, deixa a comarca por

9. HC 91.251/RJ, DJe 16.08.07.

10. HC 88.409/SP, DJe 25.06.09.

11. Vide tópico do efeito devolutivo.

razões de remoção ou promoção, sendo sucedido por outro promotor de justiça que, intimado para apresentar as razões recursais, discorda do entendimento do colega anterior por sequer compreender o motivo do recurso à vista da decisão.

Como se sabe, o *parquet* é uno, de forma que as razões deverão ser apresentadas de qualquer forma, ante a impossibilidade de desistência do recurso. Nesses casos, diante do princípio da independência funcional, entendemos que a melhor solução passa pelo registro da questão nos autos com o conseqüente pedido de provocação do Procurador-Geral de Justiça, por analogia ao art. 28 do CPP, para que oferte as razões ou designe outro membro da instituição para apresentá-las.

33.5.6 Princípio da complementariedade

Parte dos recursos previstos no CPP prevê a apresentação das razões recursais em prazo distinto da interposição do recurso. Em termos práticos, os recursos mais comuns no processo penal, apelação e recurso em sentido estrito, adotam tal modelo. Com a interposição do recurso, a parte exerce seu direito recursal e simultaneamente delimita o objeto do recurso, devendo as razões a serem apresentadas observar estritamente o escopo da petição de interposição, haja vista a ocorrência da preclusão consumativa.

Contudo, é possível que a parte contrária venha a opor embargos de declaração com efeito infringente contra a decisão já impugnada e tais embargos, no mérito, sejam acolhidos, modificando o conteúdo da decisão. Nesses casos, por força do princípio da complementariedade, admite-se que a parte que anteriormente havia apresentado seu recurso venha a complementar as razões de recurso já apresentadas, diante da ocorrência de uma nova sucumbência derivada do julgamento dos embargos, sendo que tal complementação estará limitada ao conteúdo da decisão dos embargos.

Nesse sentido é o teor do art. 1.024, §4º, CPC, aplicável por subsidiariedade ao processo penal, que prevê que “caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração”. Destacamos, contudo, que o prazo de quinze dias, previsto no CPC, deve ser ajustado ao prazo das razões recursais no processo penal (oito dias para apelação, art. 600, e dois dias para RSE, art. 588, *caput*).

33.5.7 Princípio da variabilidade

O princípio da variabilidade assinala que o recorrente pode variar de recurso, isto é, pode interpor novo recurso em substituição a outro anteriormente interposto, desde que o faça dentro do prazo legal. À título exemplificativo, antes da reforma processual de 2008, havia a previsão do “protesto por novo júri”, nos casos de condenação à pena superior a vinte anos de reclusão. O princípio era utilizado para fundamentar a substituição da apelação interposta, que demandava fundamento, pelo protesto por novo júri, condicionado, tão somente, ao *quantum* de pena fixado.

A doutrina sustenta que o princípio não encontra amparo no processo penal em razão de sua incompatibilidade com a preclusão consumativa pelo exercício anterior do direito de recorrer.

33.5.8 Princípio da substitutividade do recurso

Aos estudarmos os princípios da unirrecorribilidade, complementariedade e variabilidade, assinalamos que de cada decisão só pode ser interposto um único recurso como regra, que havendo alteração do conteúdo da decisão por embargos declaratórios com caráter infringente, a parte poderá complementar suas razões recursais, e que a parte não poderá variar o recurso apresentado, interpondo outro em substituição.

Não obstante, há situações nas quais o recurso originariamente interposto não mais atende ao seu escopo, de sorte que, não sendo apresentado outro, esse perderá o objeto. Imagine a situação na qual o acusado é pronunciado por homicídio simples, porquanto o magistrado entendeu que a qualificadora imputada pelo Ministério Público era manifestamente improcedente. Diante da decisão, o *parquet* interpõe, adequadamente, o recurso em sentido estrito com fundamento no art. 581, IV, do CPP.

Paralelamente, a defesa opõe embargos declaratórios com efeito infringente, para que o magistrado aprecie a alegação de ilicitude da prova e, reconhecendo essa, impronuncie o acusado. O magistrado, ao apreciar os embargos, reconhece a omissão e a ilicitude da prova, impronunciado o acusado por ausência de indícios suficientes de autoria, porquanto a prova remanescente tinha origem exclusiva no inquérito policial.

Conforme vimos anteriormente, o recurso adequado para atacar a impronúncia é a apelação (art. 416, CPP) e não o recurso em sentido estrito, inicialmente interposto pelo *parquet* contra o decote da qualificadora. Por força do princípio da unirrecorribilidade, não se trata, portanto, de mera aplicação do princípio da complementariedade, haja vista que o complemento pressupõe a integração de algo válido e potencialmente eficaz. A nova decisão, proferida por força dos embargos, somente poder ser atacada por apelação, dotada de abrangência maior que o RSE quando, da decisão, os fundamentos do recurso forem distintos a ensejar dois recursos diferentes (RSE e apelação).

In casu, a prolação de nova decisão, impronúncia do réu, substitui a anterior, de forma que o recurso de apelação devolverá a matéria na íntegra ao tribunal, que poderá reformar a decisão, pronunciando o acusado, inclusive com a qualificadora decotada, caso o *parquet* expressamente o requeira.

O ponto de análise envolve o limite da atuação do tribunal e a devolutividade do recurso de apelação. Em interpretação simples, podemos assinalar que a nova decisão, de impronúncia, substitui a anterior, de pronúncia com decote de qualificadora, devolvendo a matéria – pronúncia e seus consectários – na íntegra para o tribunal, de forma que esse estaria livre para proferir sua decisão de acordo com a imputação.

A pedra de toque envolve a impossibilidade de *reformatio in pejus* pelo tribunal, nos casos de recurso exclusivo da acusação. Nesse sentido, poderíamos cogitar sobre a **ultra-atividade da decisão original** – pronúncia com decote de qualificadora –, caso o *parquet*, no recurso de apelação interposto contra a novel impronúncia, não traga os

fundamentos do RSE anteriormente interposto, cujo objeto, como recurso próprio, se esvaiu pela impronúncia, isto é, não questione a questão da qualificadora.

A questão envolve duas premissas jurídicas quanto às decisões proferidas pelo juiz natural: ao proferir sua decisão original, entendeu por não configurada a qualificadora; ao impronunciar, não afastou a baliza anterior referente ao decote da qualificadora, mas tão somente a tornou prejudicada pela decisão mais ampla e benéfica.

O reconhecimento da qualificadora pelo tribunal, em sede de recurso exclusivo da acusação, depende, em nossa compreensão, de impugnação pelo Ministério Público quanto à matéria, sob pena de *reformatio in pejus*, porquanto, apesar de afastada a decisão original pela impronúncia, conferir ao tribunal a devolutividade ampla, em prejuízo do réu, nesse caso, implicaria o julgamento primário de questão fática anteriormente decidida pelo juízo natural, cujo afastamento posterior somente ocorreu por prejudicialidade.

Nesse sentido, podemos trabalhar o conceito de substitutividade do recurso de apelação em relação ao recurso em sentido estrito quanto esse se tornar prejudicado pela prolação de nova decisão que modifique a natureza da decisão e, conseqüentemente, do próprio recurso. Isso porque, em razão da impossibilidade de *reformatio in pejus*, caso não exista impugnação ministerial quanto à premissa anteriormente assentada na decisão, ainda que substituída, estar-se-ia conferindo ao tribunal uma devolutividade ampla em prejuízo do próprio acusado, isto é, poderá ser submetido a um julgamento pelo crime de homicídio qualificado tão somente porque, em embargos declaratórios, conseguiu alcançar a impronúncia, sendo que, se não tivesse alcançado seu intento por meio dos embargos, o tribunal teria sido chamado a decidir, em grau recursal, pela procedência ou não da qualificadora, afastada pelo juízo de primeiro grau.

33.5.9 Princípio da colegialidade

O princípio da colegialidade extrai seu fundamento do duplo grau de jurisdição, no sentido de que as decisões de primeira instância devem ser reanalisadas por órgão colegiado.

Seu fundamento no processo penal pode ser extraído o art. 609, *caput*, e parágrafo único, CPP, que preveem que o julgamento dos recursos¹², apelações e embargos serão realizados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, admitindo a possibilidade de decisão não unânime, o que pressupõe a colegialidade.

O destaque é importante porque o art. 932, incisos IV e V, do CPC, admite que o relator, nos processos cíveis, de forma singular, possa dar ou negar provimento ao recurso quando houver contrariedade da decisão impugnada ou do próprio recurso a: a) súmula do STF, do STJ ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo STF ou pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Assim, com lastro no art. 609 do CPP, prevalece o entendimento pela inaplicabilidade do art. 932, IV e V do CPC aos julgamentos dos recursos de apelação, recurso em sentido estrito e agravo em execução.

12. A previsão genérica deve ser lida como recurso em sentido estrito e agravo em execução, vez que enuncia rol, não sendo esclarecido por aposto explicativo na seqüência.

Tal impossibilidade, todavia, não tem sido verificada no âmbito dos Tribunais Superiores. Não obstante as críticas doutrinárias à Súmula 568 do STJ¹³, porquanto a previsão relacionada ao “entendimento dominante” teria sido superada – *overruling* –, nos termos do artigo 489, §1º, VI, do CPC, o STJ tem reiteradamente decidido pela possibilidade de julgamento pelo relator

Não viola o princípio da colegialidade a decisão monocrática do relator calcada em jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a possibilidade de submissão do julgado ao exame do órgão colegiado, mediante a interposição de agravo regimental. Precedentes AgRg no HC 609.051/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 08.02.21. A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34, inciso XX, do Regimento Interno desta Corte em entendimento consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua Súmula. AgRg no RHC 166760 / RS, 5ª turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 08.08.22.

33.5.10 Princípio da voluntariedade – recurso de ofício

Em razão da adoção do sistema acusatório, a interposição de um recurso depende da manifestação de vontade da parte, porquanto se pressupõe o interesse de agir como condição para interposição do recurso. É o que se extrai do art. 574, *caput*, primeira parte, do CPP, que expressamente consigna que os recursos serão voluntários.

O art. 574 do CPP, segunda parte, prevê, como exceção à voluntariedade, as hipóteses dos chamados “recursos de ofício”, “interpostos”, de ofício, pelo próprio juiz. Não obstante as críticas doutrinárias, por violação ao sistema acusatório, o “recurso de ofício”, na realidade, reexame obrigatório como condição de eficácia e validade da decisão, foi reconhecido como constitucional pelo STF que, no julgamento do HC 75.417-1, entendeu que não é incompatível com o art. 129, I, da CF, o art. 574 do CPP¹⁴. Assim, não havendo a confirmação pelo tribunal, há o impedimento de formação do trânsito em julgado da decisão¹⁵ caso a matéria não tenha sido impugnada por recurso voluntário, pois esse supre a omissão quanto ao cumprimento da norma, não havendo vício a ser sanado, pois a finalidade da norma estará alcançada com o reexame pelo tribunal.

Tratando-se de recurso parcial com relação à decisão, consoante destacamos, entendemos por satisfeito o requisito, haja vista que por ser a sede natural de validação da sentença e poder avocar o processo para que seja submetido ao duplo grau de jurisdição (art. 496, §1º, CPC *c/c* art. 3º, CPP), não haveria vício a ser sanado na hipótese do magistrado não “recorrer de ofício” da parte não impugnada da decisão, haja vista que o efeito devolutivo no caso será integral¹⁶, mesmo em recurso parcial. Nesses e demais casos de recurso de ofício, será perfeitamente possível que o tribunal, no exercício da prerrogativa decorrente da devolução plena da matéria, possa, inclusive, reconhecer

13. "O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema".

14. J. 12.08.97.

15. Nesse sentido está a Súmula 423 do STF: “não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege”.

16. Súmula 160 do STF: “é nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício”.

nulidade contra o réu não arguida no recurso da acusação, conforme se extrai do teor da Súmula 160 do STF: "É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da Acusação, **ressalvados os casos de recurso de ofício.**"

O reexame necessário não se subordina a prazo ou fundamentação, devendo o magistrado, ao proferir a decisão, "recorrer de ofício" para o tribunal. Caso não o faça, conforme assinalamos, não haverá a formação da coisa julgada, ainda que as partes não tenham recorrido da decisão, devendo o Presidente do Tribunal avocar o processo nos termos do art. 496, §1º do CPC, aplicável por subsidiariedade. Por obviedade, não se justifica o recurso de ofício quando a decisão for originária de órgão colegiado, somente se aplicando em decisões proferidas pelo juízo singular.

A legislação pátria prevê as seguintes hipóteses de remessa necessária:

a) Sentença que conceder habeas corpus (art. 574, I, CPP): a previsão, contestada por parte da doutrina pela possibilidade de recurso voluntário, somente se aplica às hipóteses de concessão do *habeas corpus* pelo juiz singular, não se aplicando aos casos de denegação ou concessão pelo tribunal.

b) Decisão que concede a reabilitação (art. 746, CPP): A reabilitação criminal é um instituto de natureza político-criminal que tem por finalidade a reinserção social do condenado, garantindo o sigilo de seus antecedentes criminais. Tem por efeito a suspensão condicional de certos efeitos secundários e específicos da condenação. O instituto não extingue a punibilidade do agente, vez que somente suspende alguns efeitos da condenação, tendo sido regulado nos artigos 93 a 95 do Código Penal. Concedida a reabilitação, deverá o juiz recorrer de ofício da decisão.

c) Absolvição de acusados por crimes contra a economia popular ou contra a saúde pública (art. 7º da Lei 1.521/51): a arcaica e desprovida de sentido previsão, estabelecida pela Lei 1.521/51, que previa inclusive o Júri para julgamento de determinados crimes contra a economia popular, ainda prevalece no ordenamento jurídico pátrio por ausência de revogação expressa, não se aplicando, todavia, aos crimes relacionados à Lei de Drogas, porquanto dotados de regulamentação específica pela Lei 11.343/06, que não prevê o reexame necessário. A parte final do art. 7º ainda prevê o recurso de ofício nos casos de arquivamento dos autos do respectivo inquérito policial. Com as alterações promovidas pela Lei 13.964/19, que modificaram a forma de arquivamento dos autos de inquérito policial, passando para o Ministério Público, isto é, afastando o tema do Judiciário, a previsão deixa de ter sentido, sendo tacitamente revogada.

d) sentença que conceder o mandado de segurança (14, §1º, da Lei 12.016/09): conforme previsão legal expressa na Lei de Mandado de Segurança (art. 14, §1º), concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

O art. 574, II, CPP, ainda prevê o recurso de ofício nos casos de absolvição sumária no procedimento do júri. Contudo, com a reforma processual de 2008 e o consequente tratamento integral da matéria conferido pelo Capítulo do Tribunal do Júri, o qual se quedou silente quanto ao recurso de ofício, a doutrina majoritária entende por sua revogação tácita pela Lei 11.689/08.

33.5.11 Princípio da *non reformatio in pejus*

☛ ATENÇÃO – ASSUNTO COBRADO NO MPPR – CONCURSO 2014

Discorra sobre o princípio da *reformatio in pejus* abrangendo a) conceituação, b) exemplo prático; c) aplicabilidade aos casos do Júri e d) exponha como ocorre a *reformatio in pejus indireta*.

De acordo com a proibição da *reformatio in pejus*, reforma para pior, aquele que interpõe o recurso não pode ser prejudicado pelo julgamento do próprio recurso. Sob uma perspectiva ampla, o princípio deriva do **princípio da personalidade ou pessoalidade dos recursos**, que pressupõe que o recurso somente poderá beneficiar a parte que recorreu. O princípio é também conhecido por **efeito prodrômico da sentença**, por assinalar que em recurso exclusivo da defesa não se pode agravar a situação do acusado.

O princípio deriva do art. 617 do CPP, que impõe ao tribunal, câmara ou turma, o atendimento nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, agravar a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença. A vedação, entretanto, aplica-se somente nos casos de recurso interposto pelo acusado, porquanto, pelo menos em tese, é possível a *reformatio in mellius* para o acusado, fruto da *reformatio in pejus* para o Ministério Público como decorrência da celeridade processual e simplicidade das formas.

Conforme assinala BADARÓ¹⁷ (2021, p. 949), “uma vez possível a concessão de *habeas corpus ex officio*, seria um excesso de formalismo exigir que o Tribunal negasse provimento ao recurso, e concedesse *habeas corpus* de ofício, ou sugerir ao acusado a interposição de revisão criminal”. A possibilidade de *reformatio in mellius* tem sido aceita de forma predominante no STJ¹⁸:

1. Esta Corte firmou compreensão no sentido de que é admitida a *reformatio in mellius*, em sede de recurso exclusivo da acusação, sendo vedada somente a *reformatio in pejus*. 2. A concessão da ordem, de ofício, para absolver o Réu, não se deu por meio da análise do recurso constitucional, mas sim nos autos de recurso de apelação. Divergência jurisprudencial não comprovada. 3. Ademais, é permitido à instância revisora o exame integral da matéria discutida na demanda, face ao amplo efeito devolutivo conferido ao recurso de apelação em matéria penal. REsp 628971/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 12.04.10.

Apesar do art. 617 do CPP referir-se tão somente à pena, o princípio da *non reformatio in pejus* também deve ser aplicado aos chamados efeitos da condenação específicos, quando não impostos, expressamente, na sentença. Assim, ocorrida a omissão, não poderá o tribunal trazer à tona um efeito específico da condenação (art. 92, I a III, CP), em sede de recurso exclusivo da defesa, sob pena de agravar a situação do recorrente.

De igual modo, não é possível, ainda que o contexto final da decisão melhore a situação do acusado, que o tribunal reconheça causa de aumento de pena de ofício em recurso exclusivo da defesa. À guisa de exemplo, decotando uma circunstância qualificadora do crime de furto, trazendo-o para sua forma simples, não poderá, ainda que patente nos autos, reconhecer a causa de aumento pelo repouso noturno de ofício, porquanto a situação caracteriza um agravamento na situação do recorrente, ainda que, ao final, a pena fixada seja inferior à originalmente imposta.

Não se admite ainda, sob a luz do princípio da *non reformatio in pejus*, que o tribunal converta em diligência o julgamento de apelação do acusado para determinar a instauração de incidente de insanidade mental (art. 149, CPP), sob pena de violação à Súmula 525 do STF: “A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido”.

17. *op.cit.*

18. Em sentido contrário: REsp 72745/SP, DJ 22.04.97.

Vale destacar, todavia, que não há *reformatio in pejus* na sentença penal condenatória que, ao manter a pena definitiva anteriormente fixada, não agrava a pena aplicada na sentença anulada nem piora a situação do acusado, vez que o juízo de primeiro grau não está circunscrito ao reexame dos motivos da sentença anulada, detendo competência para reexaminar a causa à luz da nova instrução criminal e do art. 59 e seguintes do Código Penal, podendo, para manter a mesma pena da sentença penal anulada, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão anulada tenha relevado¹⁹.

33.5.11.1 *Reformatio in pejus indireta*

Questão mais intrincada envolve a chamada *reformatio in pejus* indireta, que decorre da anulação de decisão anterior como consequência de recurso exclusivo da defesa. Tal situação pode ocorrer, por exemplo, no acolhimento de nulidades processuais que implicam anulação da decisão que havia condenado o acusado à pena de dois anos de reclusão e, no novo julgamento, após a correção dos vícios, o acusado vir a ser condenado a uma pena superior a dois anos, em flagrante prejuízo advindo, exclusivamente, do julgamento favorável de um recurso por ele interposto. Chama-se indireta, portanto, porque o julgamento do recurso, em si, traz-lhe benefícios (anulação), mas o resultado final impõe-lhe prejuízos.

A impossibilidade da *reformatio in pejus* indireta extrai seu fundamento, segundo parte da doutrina, do art. 626, parágrafo único, do CPP, que ao regular a revisão criminal, assinala que, de qualquer maneira, não poderá ser agravada a pena imposta pela decisão revista. De fato, não haveria razões para se impedir o agravamento na revisão criminal, exclusiva da defesa, e não se impedir nos recursos interpostos pela defesa. Em lógica simples, se presente o risco de agravamento de ofício, talvez o acusado não exercesse o constitucional direito ao recurso. Logo, não pode ser prejudicado tão somente por ter exercido um direito.

A complexidade do tema apresenta-se em dois pontos específicos: a) julgamentos pelo Tribunal do Júri; b) julgamentos realizados por juízo absolutamente incompetente.

33.5.11.1.1 *Reformatio in pejus indireta nos julgamentos pelo Tribunal do Júri*

No que tange aos julgamentos pelo tribunal popular, duas situações distintas podem ocorrer. A primeira pode ser verificada quando, anulado o primeiro julgamento, os jurados, no segundo julgamento, proferem o julgamento nos mesmos termos, isto é, acolhem, por exemplo, a tese defensiva de exclusão da qualificadora, condenando o acusado por homicídio simples. Nesse particular, a solução apresenta-se sem maior complexidade, haja vista que o magistrado, ao fixar a pena, deverá respeitar o máximo de pena fixado no julgamento anterior, sob pena de *reformatio in pejus* indireta.

A questão se torna tormentosa, contudo, quando no novo julgamento os jurados reconhecem circunstância qualificadora não admitida no julgamento anterior, transformando o homicídio simples em qualificado.

19. STF: HC 113.512, 2ª Turma, DJe. 17.12.2013.

Analisando a questão, Renato Brasileiro entende que “anulada decisão do júri por conta de recurso exclusivo da defesa, os jurados que venham a atuar no segundo julgamento são absolutamente soberanos, podendo reconhecer qualificadoras, causas de aumento ou de diminuição de pena que não foram reconhecidas no primeiro julgamento. Em outras palavras, não se pode impedir que o júri decida como bem entender, inclusive reconhecendo qualificadoras antes afastadas, sob pena de se negar vigência à soberania dos veredictos”²⁰.

A indagação que deve ser formulada, portanto, envolve a possibilidade de limitação à chamada soberania dos vereditos. Debateremos o tema amplamente no Capítulo pertinente ao Tribunal do Júri, ao qual remetemos o leitor para maior compreensão, haja vista que, no momento, partiremos da premissa anteriormente fixada, de que a soberania dos vereditos, de fato, não é plena, ainda que paradoxal a conclusão sob a luz do verbete “soberania”.

Tratando-se de recurso exclusivo da defesa, não nos parece razoável se admitir a possibilidade de piora na situação do réu tão somente pelo argumento de que o júri é soberano em sua decisão. A soberania foi conferida aos jurados para dar voz à sociedade nos crimes dolosos contra a vida, devendo ser respeitada pelo Poder Judiciário. Contudo, parece-nos que a existência de um júri popular soberano não é hábil a afastar a soberania de outro júri popular, mesmo que anulada a decisão por força de exclusivo recurso da defesa, haja vista que a anulação só ocorreu porque a própria defesa exerceu seu direito ao recurso.

Admitir a possibilidade de piora na situação jurídica no novo julgamento, decorrente de anulação da primeira decisão por acolhimento de tese defensiva, significa impor ao acusado uma escolha que a Constituição não lhe impôs. A ideia, “você pode recorrer, mas se anular, poderá pegar uma pena maior”, não é condizente com o direito ao recurso, pois compele a defesa a correr um risco que não deveria existir. Se anulado o processo, é porque, em algum momento, o Estado falhou ao prestar a jurisdição. Logo, não pode, esse mesmo ente, beneficiar-se da própria omissão, ainda que por órgão independente, o Ministério Público, para lavar as mãos e justificar o agravamento da pena do réu com lastro na soberania dos vereditos.

O STF, enfrentando a questão em julgamento paradigmático, decidiu que:

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 consequente 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 veredictos. 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**

20. *op.cit.* p. 1750.

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. HC 89544, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 15.05.09. (grifamos).

Em julgamento, para nós também paradigmático, a 1ª Turma do STF reconheceu a possibilidade de aplicação da prescrição com lastro no julgamento anterior, anulado, tomando por premissa a impossibilidade de *reformatio in pejus* indireta:

O paciente foi condenado pela prática de crime de homicídio qualificado, por motivo que dificultou a defesa do ofendido (CP, art. 121, § 2º, inciso IV), na modalidade tentada (CP, art. 14, inciso II), tendo-se afastado a qualificadora do motivo fútil (CP, art. 121, § 2º, inciso II). Portanto, **em caso de nova condenação do paciente pelo Júri popular, ainda que reconhecida a presença de ambas as qualificadoras, a pena aplicada não pode superar a pena anteriormente cominada de 8 (oito) anos reclusão, sob pena de se configurar a *reformatio in pejus* indireta, a qual não é admitida pela Corte.** Fixada esta premissa, a prescrição, então, deve regular-se, na espécie, pela expressão em concreto da pena privativa de liberdade aplicada, qual seja, 8 (oito) anos de reclusão, cujo lapso prescricional é de 12 (doze) anos, com esteio no art. 109, inciso III, do Código Penal. HC 115428, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 23.08.13. (grifamos).

Assim, entendemos que a soberania dos vereditos não é apta a afrontar a impossibilidade de *reformatio in pejus* indireta. Isso não significa que os jurados não possam externar os seus votos segundo as teses apresentadas e reconhecer, por exemplo, uma qualificadora não reconhecida no primeiro julgamento. Entretanto, ao fixar a pena, o magistrado deverá limitá-la ao *quantum* anterior, dando vazão à aplicação do princípio da concordância prática. Sobre esse, vale trazer à colação trecho do voto do Ministro César Peluso no julgamento do HC 89.544/RN, acima indicado:

Ambas essas garantias, eu constituem cláusulas elementares do princípio constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), devem ser 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”.

33.5.11.1.2 *Reformatio in pejus indireta nos julgamentos realizados por juízo absolutamente incompetente*

Anulada a decisão por reconhecimento da incompetência absoluta, por força de julgamento de recurso exclusivo da defesa, doutrinariamente há divergência quanto à existência de limitação para que o juízo competente venha a aplicar pena superior à anteriormente fixada.

Parte da doutrina sustenta que a violação da garantia do juiz natural, por incompetência constitucional, em razão do grau do vício, dá causa à inexistência do processo, de forma que os efeitos do julgamento seriam inexistentes. Não nos parece, todavia, seja a melhor compreensão, porquanto a competência do magistrado é pressuposto de validade e não de existência do processo, isto é, ainda que viciada a decisão, será apta a produzir efeitos, diferentemente de uma decisão proferida por um magistrado aposentado, desprovido de jurisdição, cujo ato seria, de fato, juridicamente inexistente.

O STF, por seu turno, entende que a decisão proferida por juiz absolutamente incompetente não produz efeitos e, por conseguinte, não demarca nem vincula o juízo competente, de forma que no julgamento, poderá ser aplicada pena maior ao acusado.