



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL E A VEDAÇÃO  
DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

Livia Maria Pádua Rodrigues

Rio de Janeiro  
2016

LIVIA MARIA PÁDUA RODRIGUES

A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL E A VEDAÇÃO  
DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2016

## A INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO NO PROCESSO PENAL E A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA

Livia Maria Pádua Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada.

**Resumo** - a essência do trabalho é abordar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da aplicação do princípio da proibição da *reformatio in pejus* indireta em caso de incompetência absoluta do juízo, examinando-se os aspectos gerais de tal princípio, a natureza e os efeitos decorrentes da sentença proferida por juízo absolutamente incompetente, bem como a sua relação com o princípio constitucional do juiz natural. Busca-se verificar qual a relevância das controvérsias existentes e apontar qual o entendimento melhor representa uma leitura do tema à luz dos direitos fundamentais da liberdade e da ampla defesa.

**Palavras-chave** - Direito Processual Penal. Juízo incompetente. *Reformatio in pejus* indireta.

**Sumário** - Introdução. 1. A aplicabilidade da vedação da *reformatio in pejus* indireta no direito processual penal brasileiro. 2. A natureza da decisão proferida por juízo absolutamente incompetente: se ato nulo ou inexistente. 3. O princípio do juiz natural e a vedação da *reformatio in pejus* indireta decorrente da incompetência absoluta do juízo. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo científico versa sobre a incidência do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta no caso de incompetência absoluta do juízo criminal. Procura-se analisar a possibilidade de o juiz natural, diante de recurso exclusivo da defesa, ficar limitado a uma pena já fixada por um juízo absolutamente incompetente.

O princípio da vedação da *reformatio in pejus* ganhou destaque na ordem jurídica brasileira com a sua positivação no artigo 617 do Código de Processo Penal de 1941. Presente no estudo da teoria geral dos recursos, o referido princípio passou a representar uma garantia do réu, consubstanciada no fato de que a situação deste não poderá ser piorada quando houver recurso exclusivo da defesa.

Diante da importância do tema, parcela da doutrina e da jurisprudência passou a dar interpretação extensiva ao referido princípio, a fim de admitir a proibição da *reformatio in pejus* indireta, segundo a qual é vedado que após a anulação da sentença por recurso exclusivo da defesa outra sentença mais gravosa venha a ser proferida.

No entanto, em razão da ausência de norma expressa sobre o tema, a vedação da *reformatio in pejus* indireta não passou imune às críticas. Ocorre que a questão se tornou mais

tormentosa quando se passou a cogitar da aplicação do referido princípio na hipótese de nulidade da sentença em decorrência de incompetência absoluta do juízo penal, o que gera insegurança no tocante às garantias do acusado.

O tema ainda representa controvérsia, sendo de relevante importância, uma vez que atinge um número acentuado de réus e, principalmente, envolve um dos valores máximos da Constituição: a liberdade humana.

Para melhor compreensão, objetiva-se verificar qual o posicionamento doutrinário e jurisprudencial prepondera no tocante à aplicação ou não do princípio da *reformatio in pejus* indireta na hipótese de incompetência absoluta do juízo no processo penal, e os seus desdobramentos.

Busca-se tratar, no primeiro capítulo, da controvérsia quanto à admissibilidade do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta no processo penal brasileiro, diante da ausência de norma expressa sobre o tema.

Já no segundo capítulo, o objetivo é apontar os entendimentos existentes em relação à natureza da decisão proferida por juízo incompetente, se ato inexistente ou ato nulo, e as consequências advindas de tal diferenciação.

O terceiro capítulo destina-se a abordar a discussão referente à violação ou não do princípio do juiz natural ao se reconhecer os limites decorrentes da aplicação da proibição da *reformatio in pejus* indireta diante de sentença proferida por juízo absolutamente incompetente.

A pesquisa pretendida é de natureza qualitativa, descritiva, porque busca mapear os principais posicionamentos acerca do tema, bem como bibliográfica, pois usa lei, doutrina e jurisprudência como fontes de pesquisa.

## 1. A APLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Na sistemática recursal do processo penal, conforme ensina Aury Lopes Júnior<sup>1</sup>, a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, que significa que ao tribunal é devolvido o

---

<sup>1</sup>LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.215.

conhecimento da matéria objeto do recurso, sofre mitigação pelo princípio da vedação da *reformatio in pejus*, previsto expressamente no artigo 617 do Código de Processo Penal<sup>2</sup>.

A vedação da *reformatio in pejus* consiste no fato de que o tribunal não poderá agravar a situação do réu quando houver recurso exclusivo da defesa, seja sob o aspecto quantitativo, qualitativo ou mesmo para corrigir erro material. Tal princípio é um consectário da ampla defesa e tem por base a ideia de incentivar o recurso do réu, sem que este se sinta temeroso em obter uma pena mais gravosa ao recorrer.

Diante da importância do tema, a jurisprudência passou a conceder uma interpretação extensiva ao referido princípio, a fim de este alcançar os casos em que houver anulação da sentença em razão de recurso exclusivo do réu. É o que passou a se chamar de *reformatio in pejus* indireta.

O princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta, colorário, portanto, da *reformatio in pejus*, incide na atuação do juiz *a quo*, que, ao proferir uma nova decisão, no lugar da anulada pelo tribunal, ficará limitado ao máximo da pena fixada na primeira sentença, sem que possa piorar a situação do acusado. Não há previsão expressa no Código de Processo Penal<sup>3</sup> quanto a tal princípio, o que fez com que surgisse controvérsia na doutrina acerca da necessidade de sua observância pelo aplicador do direito.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes<sup>4</sup>, a aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta não parece ser a posição tecnicamente correta, haja vista a falta de texto expresso. Para que se configure a *reformatio in pejus* basta que haja a diferença para pior entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, de modo que a adoção da proibição da *reformatio in pejus* indireta pode levar a resultados aberrantes, como impedir que o verdadeiro julgador, diante de uma decisão anulada, proferida, por exemplo, por um juiz incompetente ou suspeito, solucione a controvérsia legalmente e com justiça.

Do mesmo modo, Paulo Rangel<sup>5</sup> é contrário à vedação da *reformatio in pejus* indireta, apontando quatro razões pelas quais não admite a aplicação do instituto. Primeiro

---

<sup>2</sup>BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>3</sup>O Projeto de Lei do Senado n. 156, de 2009, que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal, buscando suprimir a omissão do atual Código de Processo Penal, prevê, de maneira expressa, a regra da *reformatio in pejus* indireta na parte geral da teoria dos recursos: "Art. 471. No recurso da defesa, é proibido ao tribunal agravar a situação jurídica do acusado. §1º Declarada a nulidade da decisão recorrida, a situação jurídica do acusado não poderá ser agravada no novo julgamento."

<sup>4</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.43.

<sup>5</sup>RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 967.

porque há ausência de texto expresso proibindo o juiz de dar uma sentença com *quantum* superior à que foi dada no primeiro julgamento, uma vez que a proibição do artigo 617 do CPP é a reforma para pior pelo tribunal, e não pelo juízo *a quo*. Assim, o que não é proibido é permitido, aplicando-se o princípio da legalidade. Segundo porque há diferença entre a decisão recorrida (anulada) e a decisão proferida no recurso, de modo que não se pode agravar aquilo que a ordem jurídica não mais confere validade. Terceiro porque se estaria dando força a uma decisão que desapareceu em detrimento de uma que é proferida em harmonia com a ordem jurídica. Ou seja, seria o inválido sobrepondo-se ao válido, o que constitui, segundo o autor, uma verdadeira aberração. Quarto porque o recurso é voluntário, o que faz com que o réu carregue o ônus do seu recurso com os resultados que lhe são previsíveis e possíveis: provimento, improvimento ou não conhecimento.

No entanto, o entendimento atual da maior parte da doutrina é no sentido de aplicação da *reformatio in pejus* indireta<sup>6</sup>, ou seja, o juiz está impedido de proferir uma sentença com condenação mais severa à anteriormente anulada, sob pena de restringir, de forma indireta, o direito de ampla defesa do acusado. Isso porque, do contrário, seria melhor para este não recorrer, uma vez que teria uma pena menor, ainda que fixada por sentença nula. Nesse sentido, de acordo com Guilherme de Souza Nucci<sup>7</sup>:

[...] caso o réu seja condenado a 5 anos de reclusão, mas obtenha a defesa a anulação dessa decisão, quando o magistrado - ainda que seja outro - venha a proferir outra sentença, está adstrito a uma condenação máxima de 5 anos. Se pudesse elevar a pena, ao proferir nova decisão, estaria havendo uma autêntica reforma da parte que recorreu. Em tese, seria melhor ter mantido a sentença, ainda que padecendo de nulidade, pois a pena seria menor. Parece-nos justa, portanto, essa posição, que é dominante na jurisprudência atual.

Há ainda quem sustente, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima<sup>8</sup>, que se "extrai a vedação da *reformatio in pejus* indireta do disposto no art. 626, *caput*, e parágrafo único, do CPP." Consequentemente, se tal dispositivo proíbe a agravação da pena em caso de revisão criminal, mesmo que a sentença tenha sido anulada, a mesma interpretação deve ser aplicada aos recursos em geral.

Em relação à orientação jurisprudencial, no início não se reconhecia a limitação da sentença nula sobre a que viesse a ser proferida. Contudo, o posicionamento mudou com o

---

<sup>6</sup>Entendem pela vedação da *reformatio in pejus* indireta no processo penal brasileiro: LOPES JR., op.cit., p. 1211; CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 778.

<sup>7</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.220.

<sup>8</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 1.625.

juízo do Recurso em *Habeas Corpus* n. 48.998<sup>9</sup>, no qual o Supremo Tribunal Federal passou a entender pela impossibilidade de a nova sentença aplicar pena mais severa do que a fixada na decisão anulada, sob pena de configuração da *reformatio in pejus* indireta, proibida pelos artigos 3º, 617 e 626, parágrafo único, todos do Código de Processo Penal. Assim, a jurisprudência hoje, tanto do Supremo Tribunal Federal<sup>10</sup> quanto do Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>, encontra-se no sentido de que uma vez anulada a sentença condenatória em recurso exclusivo da defesa, não poderá ser proferida nova decisão que seja mais grave do que a anterior.

## 2. A NATUREZA DA DECISÃO PROFERIDA POR JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE: SE ATO NULO OU INEXISTENTE

Debate-se na doutrina e na jurisprudência se no caso de sentença anulada pelo tribunal em razão do reconhecimento de incompetência absoluta do juízo, em recurso exclusivo da defesa, ficaria o juízo competente limitado à pena fixada anteriormente. Conforme ensina Renato Brasileiro de Lima<sup>12</sup>, é possível citar, como exemplo, um crime militar de furto indevidamente processado e julgado pela Justiça Federal de 1ª instância, em que foi proferida sentença condenatória à pena de um ano de reclusão. Com o recurso exclusivo da defesa, argumentando a nulidade absoluta da sentença em razão da incompetência absoluta do Juízo Federal para o processamento e julgamento de crimes militares, é reconhecida a incompetência do Tribunal Regional Federal, sendo então os autos remetidos à Justiça Militar. Nesse caso, o questionamento que surge é se a Justiça Militar estaria vinculada ao *quantum* da pena fixado pelo juízo incompetente, em virtude do princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Nesse contexto, a discussão quanto à natureza da decisão proferida pelo juízo absolutamente incompetente, se ato nulo ou inexistente, torna-se relevante, uma vez que é um dos fundamentos que justificam o entendimento adotado quanto à aplicação ou não da

<sup>9</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC n. 48.998/RS. Relator: Ministro Bilac Pinto. Relator para acórdão: Ministro Thompson Flores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

<sup>10</sup>Id. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.869/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>11</sup>Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 193.717/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

<sup>12</sup>LIMA, op. cit., p. 1.625.

vedação da *reformatio in pejus* indireta, de forma a vincular ou não o juiz natural à pena fixada na decisão anulada. Isso porque, de acordo com Eugênio Pacelli<sup>13</sup>, do ato inexistente não resultam efeitos, ao contrário do que acontece com o ato nulo, no qual, mesmo que em regra não se admita a produção de efeitos que lhe são próprios, é possível, em atenção à previsão normativa, atribuir a ele determinadas consequências jurídicas.

Há na doutrina quem defenda que a decisão proferida por juízo absolutamente incompetente tem natureza de ato inexistente, ou seja, não produz efeito algum. Nesse caso, o juiz competente é livre para proferir nova sentença, sem que fique limitado à pena fixada anteriormente. Isso é, a decisão anteriormente proferida, por sequer ter existido, não poderá ser considerada como parâmetro para definir o limite da pena na nova decisão a ser prolatada, não incidindo assim a vedação da *reformatio in pejus* indireta. Nesse sentido é a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes<sup>14</sup>, como se infere do exposto abaixo:

De nossa parte, curvando-se à interpretação da jurisprudência contra a denominada '*reformatio in pejus* indireta' - que não é tecnicamente a melhor, mas que obedece ao princípio do favor rei - entendemos que só a sentença nula pode ser considerada como fixando limites à nova pena; mas não a sentença juridicamente inexistente (como o é a do juiz constitucionalmente incompetente) que, por ser um não ato, uma não sentença, não pode produzir qualquer efeito, sendo inapta a balizar o pronunciamento do juiz constitucionalmente competente.

De acordo com esses autores<sup>15</sup>, o órgão jurisdicional constitucionalmente competente, isso é, aquele investido do poder de julgar, representa um pressuposto processual de existência da relação processual, de modo que quando falta ao juiz competência constitucionalmente fixada, a hipótese é de inexistência da relação processual e da sentença, diante da falta do juiz natural.

Já segundo Tourinho Filho<sup>16</sup>, para a relação processual poder existir ela pressupõe um órgão investido de jurisdição, o pedido e as partes, sendo que a ausência de qualquer desses pressupostos causará a inexistência da relação processual, ou, então, esta ficará tão desfigurada a ponto de equivaler à própria inexistência. É nessa última hipótese que se enquadra a incompetência absoluta. Para o referido autor, no caso de juiz absolutamente incompetente, embora entenda que não se possa negar que a relação processual surgiu, já que

---

<sup>13</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p.120.

<sup>14</sup>GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, op. cit., p.262.

<sup>15</sup>Ibid., p.44.

<sup>16</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 35 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2013, p.31-32.



os pressupostos processuais de existência são condições para a constituição de uma relação processual, esta estará tão desfigurada que é o mesmo que se não tivesse surgido. Ou seja, existe materialmente, mas não configura uma existência jurídica.

Sob tal ótica, a de que no caso de incompetência absoluta a decisão funcionará como um ato inexistente, não fixando limites à nova pena, é o posicionamento de Tourinho Filho<sup>17</sup>:

[...] se a nulidade ocorrer em decorrência de incompetência absoluta, a decisão funcionará como ato inexistente e, então, o Juiz competente terá inteira liberdade na dosimetria da pena, mesmo porque a primeira decisão foi proferida por um órgão desvestido do poder de julgar. Se assim é na incompetência *ratione materiae*, com muito mais razão na *ratione personae*.

Há julgados<sup>18</sup> também no mesmo sentido de que as decisões prolatadas por juízo incompetente são atos inexistentes, dos quais não resulta efeito algum, não se reconhecendo em tais casos o princípio da vedação da *reformatio in pejus* indireta.

Para outra parte da doutrina a competência absoluta é um pressuposto processual de validade, de forma que a sentença proferida por juízo absolutamente incompetente configura um ato nulo, e não inexistente, podendo vincular assim a nova decisão a ser proferida. Nesse sentido, segundo Guilherme de Souza Nucci<sup>19</sup>, "como pressuposto de validade, pode-se mencionar a inexistência de suspeição do magistrado (artigo 254, CPP), bem como a sua competência para decidir a causa, além da ausência de litispendência e coisa julgada".

Do mesmo modo, Eugênio Pacelli<sup>20</sup> entende que o vício decorrente de órgão jurisdicional constitucionalmente incompetente é causa de nulidade absoluta, e não de inexistência do processo, sendo que pressuposto de existência do processo é tão somente o órgão investido de jurisdição. Isso porque a função jurisdicional é una, de forma que a repartição de competências se presta tão somente à adequada operacionalidade da jurisdição. Por isso, quando a jurisdição é provocada é o Estado quem atua por meio de órgão investido dela, de modo que recusar existência à atividade estatal desenvolvida, mesmo que por juiz incompetente, é o mesmo que negar a existência da própria jurisdição enquanto Poder Público.

O entendimento que atualmente prevalece na jurisprudência<sup>21</sup> é justamente esse; isso

---

<sup>17</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. rev. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 446-447.

<sup>18</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 56.154/PB. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>19</sup>NUCCI, op.cit., p. 849.

<sup>20</sup>OLIVEIRA, op. cit., p. 120-121.

<sup>21</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Superior Tribunal de Justiça.

é, no sentido de que o juiz competente não está livre para sentenciar, devendo levar em consideração a pena fixada na decisão anulada, em atenção ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta. Isso porque a decisão proferida por juízo incompetente não é ato inexistente, mas sim ato nulo, uma vez que proferido por juiz regularmente investido de jurisdição. Sendo assim, o ato existe e gera efeitos até que seja desconstituído por pronunciamento judicial.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 20.337, de relatoria da Ministra Laurita Vaz<sup>22</sup>, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, por unanimidade, nos termos do voto da relatora, que o juiz absolutamente incompetente para julgar determinada demanda, até que haja a declaração de sua incompetência, não prola uma sentença inexistente, mas sim nula, que dependerá de decisão judicial para ser desconstituída. E no caso dessa declaração de nulidade da sentença ser obtida em razão de recurso exclusivo da defesa, não há como o juiz competente impor ao acusado uma sentença mais gravosa do que a anulada anteriormente, sob pena de configuração de *reformatio in pejus* indireta.

### 3. O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL E A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* INDIRETA DECORRENTE DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

O princípio do juiz natural é uma garantia constitucional assegurada àqueles sujeitos ao processo penal e está previsto no artigo 5º, incisos LXXXVII e LIII, da CRFB/88<sup>23</sup>. Segundo as lições de Renato Brasileiro de Lima<sup>24</sup>, tal princípio deve ser entendido como o direito que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processá-lo em caso de uma conduta definida como criminosa. Isso é, juiz natural é aquele constituído antes do fato delituoso, a ser julgado por meio de regras taxativas de competência previstas pela lei, e que visa assegurar que as partes sejam julgadas por um juiz imparcial e independente, impedindo o julgamento da causa por juiz ou tribunal cuja competência não esteja, previamente ao cometimento do fato delituoso, definida na Constituição Federal.

Assim, surge o questionamento quanto à possibilidade ou não da vedação da

---

HC n. 23.352/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>22</sup>Id. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 20.337/PB. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

<sup>23</sup>Id. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2016.

<sup>24</sup>LIMA, op. cit., p. 69.

*reformatio in pejus* indireta atentar contra o referido princípio, uma vez que limita o livre convencimento do juízo competente em razão de um pronunciamento nulo, proveniente de um juízo destituído de competência. Desse modo, indaga-se: uma regra decorrente de uma norma infraconstitucional, prevista no artigo 617 do CPP<sup>25</sup>, poderia prevalecer sobre um princípio de ordem constitucional, consubstanciado no artigo 5º, LIII, da CRFB/88<sup>26</sup>?

Na doutrina, há quem entenda que o juiz natural, que tem a competência decorrente da Constituição Federal, não pode ficar subordinado aos limites da pena fixada por uma decisão nula. Nesse sentido, de acordo com Paulo Rangel<sup>27</sup>, o juiz competente poderá proferir uma nova sentença em que a condenação ultrapasse a pena fixada no primeiro julgamento, uma vez que nesse caso todo o processo desaparece, não podendo jamais a decisão do juiz absolutamente incompetente limitar a atuação do juiz competente, juiz natural da causa, sob pena de se configurar um *contra sensu*, e, especialmente, porque novas provas, que não foram produzidas na primeira vez, poderiam ser trazidas para o processo.

No mesmo sentido são as lições de Julio Fabbrini Mirabete<sup>28</sup>:

Também não há proibição para o agravamento quando for declarado nulo o processo por incompetência absoluta do julgador, já que a decisão foi proferida por um órgão desvestido, naquele processo, do poder de julgar.

Eugênio Pacelli<sup>29</sup> tinha entendimento no mesmo sentido. O autor sustentava em edições mais antigas do seu livro que, em se tratando de incompetência absoluta, o princípio do juiz natural não deveria ser examinado somente como uma garantia do indivíduo perante o Estado, mas também como uma exigência e uma qualidade da jurisdição, do ponto de vista do interesse público na correta aplicação da lei penal. Não entendia razoável o juiz natural, cuja competência decorre da própria Constituição, ficar subordinado aos limites de pena estabelecidos em decisão nula, mesmo que tal nulidade somente tenha sido conhecida em razão de recurso da defesa. A subordinação à quantidade de pena imposta na primeira decisão atentaria contra a liberdade do convencimento e do livre exercício da tarefa judicante do juiz natural, não podendo se falar, assim, em vedação da *reformatio in pejus* indireta, sob pena de prevalecer regra legislativa de natureza ordinária sobre princípio de fonte constitucional.

---

<sup>25</sup>Vide nota 2.

<sup>26</sup>Vide nota 23.

<sup>27</sup>RANGEL, op. cit., p. 967.

<sup>28</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 684.

<sup>29</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 700.

No entanto, Eugênio Pacelli<sup>30</sup> mudou o seu entendimento nas edições mais recentes de seu livro e passou a sustentar a proibição da *reformatio in pejus* indireta em hipóteses de decisões condenatórias anuladas em razão de vício de incompetência absoluta. Isso porque tal regra tem como fundamento a liberdade recursal da defesa, de forma a não reduzir a sua pretensão de modificação da condenação, devendo prevalecer, assim, sobre o juiz natural.

Nesse sentido também ensina Renato Brasileiro de Lima<sup>31</sup>:

[...] prevalece o entendimento de que, seja na hipótese de recurso exclusivo da defesa em face de sentença condenatória, seja na hipótese de reconhecimento ex officio da incompetência absoluta, é inadmissível que se imponha pena mais grave ao acusado, ainda que o decreto condenatório seja anulado por incompetência absoluta do juízo, em observância ao princípio *ne reformatio in pejus*. Não se admite a imposição de efeitos mais gravosos ao acusado do que aqueles que subsistiriam com o trânsito em julgado caso não tivesse recorrido. Entender-se o contrário consubstancia violação frontal à proibição da *reformatio in pejus*.

Nos Tribunais Superiores a questão já foi enfrentada. Há precedentes<sup>32</sup> de acordo com a primeira posição, no sentido de que no caso de a sentença condenatória ter sido anulada em razão de recurso da defesa por vício da incompetência absoluta, por ser tratar a hipótese de nulidade absoluta, que em razão da gravidade do vício nela contido pode ser reconhecida a qualquer tempo, até mesmo de ofício, poderia haver o agravamento da situação do réu na nova decisão proferida pelo juízo competente. Isso é, não seria cabível a regra da *reformatio in pejus* indireta, uma vez que as decisões porventura tomadas jamais poderiam vincular a decisão do juízo competente, ante o princípio do juiz natural.

No entanto, tem prevalecido na jurisprudência dos Tribunais Superiores<sup>33</sup> o entendimento de que, mesmo nos casos de anulação do processo em virtude de incompetência absoluta, deve ser aplicado o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, de forma que o juiz natural não poderá fixar pena superior à estabelecida anteriormente pelo juízo incompetente.

Nesse sentido, conforme entendido pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 114.729<sup>34</sup>, de relatoria do Ministro Jorge Mussi,

<sup>30</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 910.

<sup>31</sup>LIMA, op. cit., p. 332.

<sup>32</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 54.254/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.673/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

<sup>33</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 105.384/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016. No mesmo sentido: Id. Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.907/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

<sup>34</sup>Id. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

no caso de se admitir que em recurso exclusivo da defesa o processo seja anulado, e em nova decisão seja possível fixar pena maior ao réu, ainda que a anulação tenha sido por incompetência absoluta, haveria nesse caso uma limitação ao direito à ampla defesa do acusado, uma vez que provocaria nele uma enorme dúvida quanto à possibilidade de se voltar ou não contra a decisão, pois ao invés de conseguir melhorar a sua situação ou, ao menos, mantê-la, poderia sofrer consequências mais gravosas e severas do que as que resultariam do trânsito em julgado de sua condenação.

Ademais, nos termos do voto do relator, o princípio do juiz natural, previsto como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXXVII, da CRFB/88<sup>35</sup>, é instituído em favor daquele que é processado, não sendo, portanto, concebível que uma garantia estabelecida em favor do réu seja contra ele invocada, a fim de possibilitar o agravamento de sua situação em processo no qual apenas ele recorreu.

## CONCLUSÃO

Diante da previsão contida no artigo 617 do CPP, não há como se negar aplicação ao princípio da vedação da *reformatio in pejus* no processo penal, de modo que o tribunal não poderá agravar a pena do réu, sob qualquer aspecto, quando somente este houver recorrido da sentença. E nesse ponto a aplicação de tal princípio não comporta dúvidas no âmbito da jurisprudência e da doutrina, representando uma verdadeira garantia assegurada ao réu.

Já o princípio da proibição da *reformatio in pejus* em sua vertente indireta não recebeu o mesmo tratamento pacífico por parte da doutrina. Isso é, há autores que entendem ser inaplicável tal princípio sob o argumento principal de ausência de previsão legal.

Contudo, partindo de uma interpretação à luz da Constituição Federal, não existem razões para se negar aplicação ao princípio em sua modalidade indireta, sob pena de violação ao pleno exercício da ampla defesa, direito assegurado constitucionalmente ao réu. A vedação da *reformatio in pejus* indireta, embora não prevista expressamente no Código de Processo Penal, não pode deixar de ser observada. Não cabe ao juiz competente proferir uma sentença com pena mais rigorosa do que a anteriormente fixada quando a anulação da sentença resultar de recurso exclusivo do réu. Do contrário, haveria uma verdadeira restrição ao direito de

---

<sup>35</sup> Vide nota 23.

ampla defesa do acusado, que teria sua situação melhorada caso não tivesse recorrido. Nesse sentido é o entendimento atual da maioria da doutrina e da jurisprudência.

Cabe destacar, entretanto, que a controvérsia parece estar próxima de chegar ao seu fim, tendo em vista que, se o Projeto de Lei n. 156, de 2009, que trata da reforma do Código de Processo Penal, for aprovado nos moldes da redação final do Parecer n. 1.636, de 2010, haverá previsão expressa na legislação processual penal acerca da aplicação da *ne reformatio in pejus*. Se for declarada a nulidade da decisão recorrida, a situação do réu não poderá ser agravada no novo julgamento a ser realizado.

Ultrapassado o entendimento minoritário no sentido de não aplicação da vedação da *reformatio in pejus* indireta no direito processual penal brasileiro, surge o questionamento quanto à possibilidade de sua aplicação em caso de incompetência absoluta do juiz. Nesse sentido, parte da doutrina defende que por ter o vício de incompetência absoluta natureza de ato inexistente, a sentença não produziria efeitos, de modo que a nova decisão a ser proferida pelo juiz natural não estaria vinculada aos limites fixados anteriormente.

No entanto, para a maior parte da doutrina e da jurisprudência, o vício de incompetência absoluta corresponde a um ato nulo, e não inexistente. Isso porque, nesses casos, o pressuposto processual de existência foi preenchido pelo juiz regularmente investido de jurisdição, mesmo que não competente. Sendo assim, o ato existe e é apto a produzir o efeito de vincular a nova decisão a ser proferida pelo juiz natural.

Portanto, deve o juiz competente ficar submetido ao *quantum* estabelecido na primeira sentença, em atenção ao princípio da *ne reformatio in pejus* indireta, mesmo que se trate de vício de incompetência absoluta.

Ocorre que mesmo diante da constatação de que se trata de ato nulo, e não inexistente, há quem sustente que a aplicação da proibição da *reformatio in pejus* indireta, por ser vício de incompetência constitucional, violaria o núcleo essencial do juiz natural, uma vez que este, que tem competência decorrente da própria Constituição Federal, não poderia ficar subordinado aos limites da pena fixada por uma decisão absolutamente nula.

No entanto, mesmo que o princípio da *ne reformatio in pejus* indireta não possua previsão constitucional expressa, diferente do que ocorre com o princípio do juiz natural, não é possível negar a sua aplicação, uma vez que faz parte do rol de direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal, especialmente relacionado ao direito à ampla defesa. Em razão de uma interpretação sistêmica do diploma constitucional, é possível chegar à conclusão de que a Carga Magna determina a prevalência do direito à liberdade sobre o juiz natural. O juiz natural deve ser entendido como uma garantia em favor do acusado, não

podendo ser suscitado em seu desfavor.

Assim, sob essa ótica, mesmo que se trate de vício de nulidade absoluta, uma eventual reapreciação da matéria não poderá ser prejudicial ao acusado, isso é, a sua liberdade, não havendo que se invocar uma garantia individual prevista na Constituição, estabelecida justamente em favor daquele submetido ao processo penal, para atuar em seu prejuízo.

Portanto, essa é a única solução compatível entre o princípio recursal do processo penal brasileiro e a ordem constitucional, pautada no direito fundamental à liberdade e no princípio da ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 03 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei do Senado nº 156, de 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&>>. Acesso em: 03 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 56.154/PB. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 23.352/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC n. 20.337/PB. Relator: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 54.254/SP. Relator: Ministro Gilson Dipp. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. HC n. 12.673/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 105.384/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 114.729/RJ. Relator: Ministro Jorge Mussi. Disponível em:< <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_.Superior Tribunal de Justiça. HC n. 193.717/SP. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. RHC n. 48.998/RS. Relator: Ministro Bilac Pinto. Relator para acórdão: Ministro Thompson Flores. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 02 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.869/RS. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. HC n. 75.907/RJ. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 22 jun. 2016.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*.14. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 910.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 15. ed. rev. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal*. 35 ed. rev. e atual. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2013.