

A PROIBIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCESSO PENAL – O RÉU JULGADO INOCENTE, PELO TRIBUNAL, EM RECURSO APRESENTADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AGRAVAR A PENA, CARACTERIZA REFORMATIO IN PEJUS PARA O ESTADO?

Ricardo Canan*

SUMÁRIO: 01. Introdução. 02. O Princípio da proibição da *reformatio in pejus*. 03. O princípio do estado de inocência. 04. O princípio da Legalidade. 05. O princípio da verdade real. 06. Os princípios do contraditório e da ampla defesa. 07. Conclusões. 08. Referências bibliográficas.

RESUMO: O processo penal como instrumento utilizado para julgar os acusados pelo cometimento de crime deve, sempre, buscar proteger o réu. Os princípios que são adotados pelo Direito Brasileiro traduzem esta ideologia. Mas os tribunais, às vezes, se limitam ao processo e deixam de lado importantes princípios e garantias fundamentais. Isto ocorre com a questão da *reformatio in pejus* para a acusação, que já tem sido admitida em detrimento destas garantias.

ABSTRACT: The penal process how implement used to judge the accused for the comitment of the crime must, always, want's to protect the defendant. The principles that are adopted for the Brasilian Law translate this ideology. But the tribunals, sometimes, limit themselves to the process and set aside important principles and fundamental guarantees. This happens with the *reformatio in pejus* to the accusation question, that already is admitted in detriment of this guarantees.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal, Réu, Recurso, Pena, Efeito, Princípio, Processos, Grau de Jurisdição.

KEY-WORDS: Process Penal, Defendant, Resource, Grieves, Effect, Beginning, Processes, Degree of Jurisdiction.

* Acadêmico do 4.º Ano de Direito da Unipar – Campus Toledo.

1. Introdução

No direito processual brasileiro, tanto civil como penal, tem-se como inequívoca a vigência do princípio da proibição da *reformatio in pejus*. Todavia parte da doutrina invoca algumas situações fáticas em que restaria, apesar da proibição legal, efetivada a reforma para pior da situação da parte.

Para tirar algumas conclusões de tais situações e, também, para explicar o porquê da existência da proibição da *reformatio in pejus*, busca-se solução nos princípios gerais que norteiam o processo penal.

2. O princípio da proibição da *reformatio in pejus*

A proibição da *reformatio in pejus* tem por objetivo evitar que o tribunal destinatário do recurso possa decidir de modo a piorar a situação do recorrente.

Desde o início, já se pode constatar que a proibição somente é aplicável quando existe a interposição de um recurso, isto devido ao efeito devolutivo que se opera com a interposição de todo e qualquer recurso. Tal efeito tem em si o mandamento do *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, o juiz destinatário do recurso só pode julgar o que o recorrente tiver requerido nas suas razões.

O pedido de nova decisão, como o pedido realizado na petição inicial, diz Nelson Nery Junior: (...) *fixa os limites e o âmbito de devolutividade de todo e qualquer recurso ('tantum devolutum quantum appellatum')*. *Daí a razão pela qual o efeito devolutivo pressupõe sempre o ato de impugnação – a interposição do recurso (...)*¹.

O órgão *ad quem*, em decorrência do efeito devolutivo, somente poderá apreciar o mérito do recurso quando o

¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 368.

recorrente especifica quais as razões pelas quais pretende ver a decisão do órgão *a quo* reformada, anulada ou nulificada, e realizando o pedido fundamentado de nova decisão.

Ressalte-se que tal pedido de nova decisão não pode ser genérico, pois deve delimitar qual será o âmbito de devolutividade, isto é, o que, especificamente, o tribunal deverá apreciar no processo.

Dito isto, voltando para a proibição da *reformatio in pejus*, deve-se ressaltar que esta se caracteriza, principalmente, pela reforma de uma decisão, piorando a situação de uma das partes, quando nada daquilo foi requerido no recurso.

Já o dizia Vincenzo Manzini, em 1949, quando da edição de seu Trattado de Diritto Processuale Penale Italiano:

Sobre la apelación del imputado, o de su defensor, y cuando no haya apelado en vía principal o incidental el ministerio público o se haya declarado inadmisibile la apelación de este último, 'no puede el juez infligir una pena más grave en especie o cantidad' ni revocar beneficios', salvo la facultad, dentro de los límites fijados por los motivos de apelación, de dar al delito una definición incluso más grave (sin aumentar la pena), com tal que no supere de la competencia del juez de primer grado.²

Assim, se a parte adversa também interpõe recurso, guerreando o mérito, não há que falar em *reformatio in pejus*, se o tribunal acolher qualquer dos recursos interpostos. Também não haverá reforma para pior se o tribunal, só havendo um recurso interposto, lhe dá provimento e decide contra o recorrido. Ou, ainda, quando o tribunal reconhece matéria de ordem pública³, mesmo

² MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. vol. V. pp. 139-140.

³ As matérias de ordem pública podem ser conhecidas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, devendo sê-lo feito *ex officio*. Exemplos: Artigo

havendo um só recurso interposto, pois está autorizado a julgar em desfavor do recorrente.

Desta forma, não se pode falar em *reformatio in pejus*, enquanto está operando o efeito devolutivo do recurso, pois onde há efeito devolutivo e, desta forma, há requerimento de alguma das partes ou matéria de ordem pública, não se concebe a existência da reforma para pior.

Nem mesmo a matéria que poderia ser conhecida de ofício pelo tribunal, como nos caso das nulidades absolutas, o recurso do réu não pode servir de veículo para o reconhecimento da nulidade, caso a defesa saia prejudicada.⁴

Caracterizada, assim, a *reformatio in pejus* como algo que opera além do efeito devolutivo dos recursos, deve-se ter em mente que a desvantagem trazida pela reforma para pior deve situar-se no plano prático, coisa que não ocorre caso o tribunal apenas modifique a fundamentação da decisão, mas mantenha-se dentro do âmbito do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Para o direito processual, especificamente o processo penal, vige a proibição da *reformatio in pejus* de forma rigorosa, trazida pelo artigo 617 do Código de Processo Penal. Nada que acarrete prejuízo para o réu pode ser efetuado processual ou materialmente, posto o vigente princípio da presunção da inocência, decorrente do artigo 5.º, LVII, da Constituição Federal:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à

267, § 3.º do Código de Processo Civil e artigos 497, IX; 61; 43, II, todos do Código de Processo Penal.

⁴ É o que ficou assentado pela Súmula 160 do STF: *É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso de acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.*

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Têm entendido os tribunais que, mesmo quando o Ministério Público interpõe recurso da sentença, buscando o agravamento da pena, poderá órgão *ad quem*, mesmo não havendo recurso da defesa, diminuir o montante da condenação ou até mesmo julgar o réu inocente. Tal entendimento, sem sombra de dúvida acarreta, para o réu, *reformatio in melius*. Mas e para o Ministério Público e, em consequência, para o Estado, não estaria caracterizada a *reformatio in pejus*?

Nelson Nery Junior, em interessante ótica sobre a questão, coloca:

E a ‘reformatio in melius’? Seria admissível conforme nosso direito processual civil? Da mesma forma, ofenderia o princípio dispositivo a reforma para melhor, valendo essa regra, inclusive, para o direito processual penal. Dizemos isto porque a questão tem sido agitada no âmbito do TACrimSP, que, à vista de recurso exclusivo do Ministério Público pleiteando agravamento da pena do réu, tem-no, não raras vezes, improvido e reduzido a pena imposta ao réu, ou, ainda, o absolvido. Seria até ocioso dizer que esse procedimento não encontra nenhum respaldo legal, ou, por outra, se acha vedado pela proibição da ‘reformatio in pejus’. Se houver reforma para melhor com relação ao réu, ‘ipso facto’ haverá reforma para pior relativamente ao recorrente (MP)⁵.

⁵ NERY JUNIOR, op. cit., p. 159.

Vejam, o entendimento da 1.^a Câmara do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, Tribunal referido por Nelson Nery Junior no transcrito trecho de sua obra:

RECURSO CRIME – Apelação – Interposição pela acusação objetivando a agravação da pena imposta ao réu – Absolvição deste, entretanto, decretada – ‘Reformatio in melius’ – Recurso, para tanto provido – Declaração de voto – Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal.

A vedação legal é da ‘reformatio in pejus’, sendo raciocínio lógico que não se veda a reforma da decisão para melhorar a situação do réu, embora não tenha dela recorrido, considerando-se que a apelação criminal devolve toda a matéria decidida à instância superior⁶.

Esta, sem dúvida, é a questão a ser debatida, no âmbito do processo penal.

Os tribunais, para esposar tal entendimento, pautam-se nos princípios norteadores do processo penal. Assim, por consequência, sem entender estes princípios não será possível qualquer conclusão significativa.

3. O princípio do estado de inocência

Previsto pela Constituição Federal, em seu artigo 5.º, LVII, o princípio do estado de inocência nada mais representa que o coroamento do *due process of law*. É um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre.

⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Criminal. Recurso Crime. Apelação n.º 156.165. Relator: Álvaro de Menezes. 16 de fevereiro de 1978. *Revista dos Tribunais*, v. 514, p. 357, ago. 1978.

Seria um fardo pesado para o cidadão ver-se colhido por uma situação em que fosse tido liminarmente como culpado cabendo-lhe, se o conseguisse, fazer demonstração de sua inocência.

Todavia, como ressaltam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, tal princípio não pode impedir o poder investigatório do Estado:

De fato, embora alguém só possa ser tido por culpado ao cabo de um processo com este propósito, o fato é que, para que o poder investigatório do Estado se exerça, é necessário que ela recaia mais acentuadamente sobre certas pessoas, vale dizer: sobre aquelas que vão mostrando seu envolvimento com o fato apurado.

Daí surge uma suspeição que obviamente não pode ser ilidida por medida judicial requerida pelo suspeito, com fundamento na sua presunção de inocência. Esta não pode portanto impedir que o Poder Público cumpra sua tarefa, qual seja: a de investigar, desvendar o ocorrido, identificar o culpado e formalizar esta acusação⁷.

Esclarecedor é o magistério de José Frederico Marques, quando nos coloca que o Estado deve, sempre, presumir a inocência do acusado, até que fique comprovado o contrário, sob pena de se tornar ineficaz a pretensão punitiva Estatal:

O Estado não pode tornar efetiva sua pretensão de punir, sem que acuse ou transfira essa tarefa ao particular. E acusar é deduzir a pretensão punitiva em juízo, o que significa que a tutela jurisdicional, que se consubstancia no processo penal, tem de ser, sempre, 'a priori'. A privação da liberdade, em consequência de ilícito penal, somente será legítima

⁷ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição federal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. vol. 2. Arts. 5.º a 17. pp. 277 a 278.

quando precedida de acusação julgada em procedimento onde a defesa plena não seja comprometida. Se isso não ocorrer, o 'status libertatis' estará sendo atingido sem o 'devido processo legal', o que torna írrita e contra 'jus' a ação punitiva do Estado⁸.

Decorre, ainda, deste princípio, que não pode haver qualquer inversão acerca do ônus da prova. Se o Estado é competente para formalizar a denúncia, também deverá sê-lo para promover as provas necessárias, assegurados o contraditório e a ampla defesa. A impossibilidade de inversão do ônus da prova é, sem dúvida, uma das maiores manifestações da presunção de inocência. Daí surge, também, que se a verdade não ficar perfeitamente assentada, decorrendo dúvida, o caminho será a absolvição. Só se pode condenar com base em provas que anulem a presunção de inocência, é o famoso *in dubio pro reo*.

Este princípio, como todos os outros princípios jurídicos, incide em qualquer grau de jurisdição e, talvez aí se tenha a maior justificativa para a absolvição do réu, mesmo que somente exista recurso do Ministério Público para o agravamento da pena.

De fato, existem decisões que entendem que o tribunal tem competência para reconhecer a inocência do réu, caso venha a entender que esta ficou comprovada, mesmo tendo o dito réu sido condenado em primeiro grau e não tenha apresentado recurso. Isto porque os artigos 617 e 626, parágrafo único, do Código de Processo Penal, vedam expressamente a *reformatio in pejus* mas não proíbem a *reformatio in melius*. Este argumento leva-nos, necessariamente, ao encontro de outro princípio processual.

4. O princípio da legalidade

⁸ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Editora Bookseller, 1997. vol. I. p. 84.

O princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico.

A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito que procura cingir os comportamentos, quer individual, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista. Neste há lugar para o arbítrio. Com o primado da lei, no entanto, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei que se presume ser a expressão da vontade coletiva.

Mauricio Antonio Ribeiro Lopes ressalta a importância do princípio da legalidade:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de 'ultima ratio' que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo⁹.

Desta forma, deve o Judiciário velar pela ampla aplicação do princípio da legalidade. Mais ainda no Direito Penal, onde, inclusive, a cominação da pena diz respeito à liberdade e a direitos do condenado. É o entendimento da 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça:

SENTENÇA – PENA – MAJORANTE APLICADA SEM BASE LEGAL – IMPOSSIBILIDADE –

⁹ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 76.

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – O princípio da legalidade, viga mestra do Direito Penal, impõe precisos basilamentos em matéria de aplicação de pena, não admitindo interpretações analógicas ou ampliativas. Se não existe nos fundamentos da sentença nem no seu dispositivo qualquer menção ou referência à presença de crime continuado, não é admissível a aplicação da majorante prevista no art. 71, do Código Penal¹⁰.

Da análise de tal princípio, deve-se levar em consideração que na lei adjetiva apenas se pode fazer aquilo que a lei permite, isto é, somente se autoriza a realização de atos previstos no ordenamento jurídico, devendo o magistrado e as partes prenderem-se ao legalmente disposto. Elucida a questão José Frederico Marques:

As leis que regulam o processo na Justiça Penal, e, conseqüentemente, os atos que o integram agrupam-se em torno de institutos e relações jurídicas, formado-se assim um sistema normativo coerente e lógico, como ocorre nas demais ciências do Direito. Disciplina de caráter dogmático, como toda ciência jurídica, o Direito Processual Penal tem por fulcro o 'jus positum', isto é, o preceito regularmente instituído para se impor obrigatoriamente à obediência de todos¹¹.

Para finalizar a questão, transcrevemos ensinamento de Roberto de Ruggiero:

Regras diversas e distintas dominam no entanto nos dois campos do processo civil e do penal, as quais se distinguem porque, posto que todas as normas processuais, como pertencentes ao direito público,

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n.º 5.026-0. Relator: Ministro Vicente Leal. Diário da Justiça da União de 12 de fevereiro de 1996.

¹¹ MARQUES, op. cit., p. 31.

*sejam obrigatórias e inderrogáveis, esta inderrogabilidade é absoluta e universal no direito processual penal e o é apenas como regra geral no civil, onde não faltam preceitos, que sendo ditados mais no interesse dos particulares que no de uma necessidade ou utilidade pública, admitem a possibilidade de renúncia ou derrogação.*¹²

Tendo isso em mente, devemos lembrar que o Código de Processo Penal, em seus artigos 617 e 626, parágrafo único, proíbe a *reformatio in pejus* mas não autoriza expressamente a *reformatio in melius*, ou seja, ao julgar inocente o réu, quando somente existe recurso do Ministério Público para agravar a pena imposta pelo juízo *a quo*, o tribunal que profere tal decisório em tese estaria ferindo o princípio da legalidade.

Desta forma, devemos analisar cuidadosamente o inciso II do artigo 5.º, da Constituição Federal: *II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*

Confrontando a letra de tal artigo com a norma processual penal cogente, isto é, onde somente se pode agir dentro daquilo que está especificado em lei, temos regra proibitiva, onde julgar de forma diferente do disposto na própria lei processual penal fere o que está assegurado pelo princípio da legalidade.

Tal característica deste princípio, tendo-se em conta a norma adjetiva, implica na negação prática da reserva legal, fazendo com que a própria norma processual penal venha a sobrepor-se ao princípio em análise, quando ambos estiverem em confronto.

¹² RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Editora Bookseller, 1999. vol. I. Introdução e Parte Geral – Direito das Pessoas. p. 105.

Todavia, é temerário ficar adstrito a um princípio, quando tantos outros podem vir a desdizê-lo. Necessário harmonizá-los. Vejamos o que diz o princípio da verdade real.

5. O princípio da verdade real

Do princípio da verdade real decorre que o *jus puniendi* somente deve ser exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa, numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes.

No processo penal há motivos peremptórios para sair da órbita de uma verdade subjetivamente limitada e dar à investigação a maior amplitude e a maior profundidade possíveis. A natureza pública do interesse repressivo exclui limites artificiais que se baseiam em atos ou omissões das partes. A força incontrastável desse interesse consagra a necessidade de um sistema que assegure o império da verdade, mesmo contra a vontade das partes.

Com o princípio da verdade real, ficam excluídos os limites artificiais da verdade formal, tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos, objeto da ação penal.

Todavia, é de se ressaltar a crítica feita por Fernando Capez: *Por óbvio, é inegável que mesmo nos sistemas em que vigora a livre investigação das provas, a verdade alcançada será sempre formal, porquanto 'o que não está nos autos, não está no mundo'*.¹³

Tal crítica revela característica encontrada no processo brasileiro, principalmente no processo civil, mas que também

¹³ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. p. 22.

ocorre no processo penal, qual seja, aquilo que não se encontra apurado e provado nos autos não é tido como verdadeiro, ou mesmo existente no mundo real.

Para a parte a quem se imputa uma conduta típica à incidência do princípio da verdade real é garantia de julgamento restrito aos elementos probatórios produzidos no processo. Já, para o Estado, o princípio da verdade real significa exigência de provar os termos da denúncia, ou seja, é ônus do qual a Justiça Pública deve se desincumbir para que possa provar que o réu é responsável pela conduta delituosa a ele imputada.

Quando se fala na busca da verdade real se está falando da busca que deve ser feita, tanto pelo Ministério Público, quanto pelo próprio juiz, ao determinar *ex officio* a produção de determinada prova para, acima de provar que o réu é culpado, apurar qual a verdade dos fatos narrados na denúncia.

Desta forma a garantia do *in dubio pro reo* também vigora aqui, pois sem a existência de prova inequívoca do cometimento de determinada conduta, descrita num tipo penal, não se pode querer chegar à condenação de um acusado.

A busca pela verdade também é realizada em grau de recurso e, assim, se o órgão *ad quem* entender que o réu é inocente, mesmo que somente o Ministério Público tenha recorrido, até para o fim de tão só aumentar a pena imposta na sentença de primeiro grau, tal inocência deve ser declarada ou, ainda, pode também o tribunal, com base na mesma justificativa, entender que a pena aplicada é superior àquela que deveria sê-lo e comutá-la.

Vejamos o que entende a 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

NARCOTRAFICÂNCIA – SENTENÇA
CONDENATÓRIA RECORRIDA – Existência de
declaração nos autos dando conta da mercancia por
parte da agente. Prova emprestada. Documento sem

valor probante absoluto, porquanto não foi produzido sob o crivo do contraditório. Fato, entretanto, relevante a ponto de que seja necessário ao Tribunal determinar a volta dos autos à origem, com o fito de ser procedida à inquirição desta pessoa. Homenagem aos princípios da verdade real e da ampla defesa. Inteligência do art. 616 do CPP. Conversão do julgamento em diligência¹⁴.

Todavia, não se estaria, nesta atitude, prejudicando o Ministério Público e conseqüentemente a Justiça Pública, submetendo-os a uma reforma para pior na sua situação jurídica?

Vejamos outro julgado, desta vez da 4.^a Câmara do Tribunal de Alçada do Paraná:

ROUBO – CONSUMAÇÃO E TENTATIVA – DISTINÇÃO – Configura-se o roubo consumado, não tentado, quando o agente, mediante violência ou grave ameaça a pessoa, retira o bem subtraído da esfera de vigilância e observação da vítima, ainda que por alguns instantes. 2. Reformatio in melitus. Recurso exclusivo da acusação objetivando o reconhecimento do crime consumado, não tentado. Erro na aplicação da majoração da pena decorrente do roubo qualificado. Possibilidade de correção. Inadmissível majorar a pena no máximo permitido, ocorrendo a qualificadora do roubo, estabelecida pelo art. 157, § 2º, I, do CP, se nada autoriza o acréscimo além do mínimo legal, sendo possível a correção, mesmo em sede de apelação exclusiva do Ministério Público, com a aplicação do princípio da reformatio in melius, não vedada pela lei processual, desde que o art. 617 do CPP somente não admite a reformatio in pejus, não sendo justa a prevalência, em prejuízo do réu, da pena

¹⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação n.º 33.684. Relator: Jorge Mussi. Diário da Justiça de Santa Catarina de 10 de novembro de 1995.

*exacerbadamente fixada, não podendo o Tribunal permanecer inerte, constatado o erro*¹⁵.

Pois bem: vislumbra-se, no caso acima, que houve erro do juízo *a quo*, manifestando-se o Tribunal pela comutação da pena originalmente aplicada. Todavia, também não estaria agindo de forma errada o Tribunal que, ao invés de anular a sentença e remeter os autos ao juiz de primeiro grau para que este proferisse nova decisão, adentra no mérito e julga além do efeito devolutivo e também ferindo o princípio da legalidade?

Ocorre que nos dois casos apontados optou o órgão julgador por socorrer-se no princípio da verdade real. Buscando elementos para ver a possibilidade de atendimento do apelo do Ministério Público chegou o tribunal à conclusão de que, no primeiro caso, o crime não ficou provado, por isso determinando a produção de prova mesmo em âmbito recursal e, no segundo caso, entendeu o tribunal que a pena aplicada fora muito alta. Ressalte-se que nos dois casos houve apenas recurso apresentado pelo Ministério Público para agravar a pena e, nos dois casos houve diminuição da pena ou determinação de produção de prova para melhor convencimento do juízo, tudo em obediência e acatamento claros ao princípio da verdade real.

E o Ministério Público, não foi, nos casos apresentados, prejudicado pela decisão do órgão *ad quem*? Não houve a *reformatio in pejus*, proibida por lei?

Reportamo-nos novamente a Fernando Capez, que tece crítica a esta exceção do princípio da proibição da reforma para pior, em especial quanto ao princípio ao qual se está tecendo comentários: *Em segunda instância, no entanto, o princípio da verdade real só prevalece desde que a prova resultante não implique*

¹⁵ PARANÁ. Tribunal de Alçada. Apelação n.º 44.446-4. Relator: Maranhão de Loyola. Diário da Justiça do Paraná de 28 de novembro de 1991. *Revista dos Tribunais*, v. 675, p. 409, jan. 1992.

*em violação ao princípio da proibição da 'reformatio in pejus', quando houver recurso exclusivo da acusação.*¹⁶

A busca da verdade, sendo esta uma (única e verdadeira), deveria sempre caminhar na busca da realidade, daquilo que realmente aconteceu, beneficiando ou prejudicando o réu, pois somente esta verdade pode levar, caso o réu seja inocente, ao verdadeiro responsável pela lesão ao bem jurídico. Deve-se lembrar que não só o réu tem direito à proteção jurídica e de ver respeitados seus direitos individuais. A vítima, que foi ofendida em sua integridade física ou moral ou, ainda, em seu patrimônio, e o próprio Estado – representante da sociedade e de seus interesses – que não pode ficar inerte diante de uma violação a um bem jurídico tutelado, devem ter seus direitos (individuais e coletivos) respeitados e, este respeito, só se dará quando se chegar até a origem do fato, quando se chegar na verdade indiscutível (real) daquilo que aconteceu e qual o autor do delito.

6. Os princípios do contraditório e da ampla defesa

Insculpido na Constituição Federal, o princípio do contraditório vem de seu artigo 5.º, LV, que reza: *LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;*

Em todo processo do tipo acusatório, como o nosso, vigora o princípio do contraditório, segundo o qual o acusado, isto é, a pessoa contra quem se propôs a ação penal, goza do direito primário e absoluto de contraditar, contradizer, tudo quanto foi apresentado, contra ele, no processo. O réu tem o direito de conhecer a acusação que a ele foi imputada, para poder contrariá-la, bem assim todas as provas que contra ele serão produzidas, evitando, assim, possa ser condenado sem ter sido ouvido ou sem que tenha-lhe sido dado condições de contradizer as provas.

¹⁶ CAPEZ, op. cit., p. 230.

Tal princípio consubstancia-se, nos dizeres de Tourinho Filho: (...) *na velha parêmia: 'audiatur et altera pars' – a parte contrária deve também ser ouvida.*¹⁷

Assim, de acordo com este princípio, a defesa não pode sofrer restrições, mesmo porque o princípio supõe completa igualdade entre acusação e defesa. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita, como nos relata Julio Fabbrini Mirabete: (...) *a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para o conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da impugnação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e do direito.*¹⁸

Desta forma, a garantia do contraditório abrange a instrução *lato sensu*, incluindo todos os atos das partes que se destinam ao convencimento do magistrado, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, inclusive, as alegações e os arrazoados das partes.

Ao lado do princípio do contraditório, não se confundindo com o mesmo, existe o princípio da ampla defesa.

Por ampla defesa deve-se entender o asseguramento que é feito ao réu de condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade. Ao réu deve ser possibilitado todos os meios e recursos tendentes a que o mesmo defenda-se da imputação.

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. vol. 1. p. 49.

¹⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10.^a ed. São Paulo: Editora Jurídica Atlas. p. 43.

Neste sentido, afirmam Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

A ampla defesa só estará plenamente assegurada quando uma verdade tiver iguais possibilidades de convencimento do magistrado, quer seja ela alegada pelo autor, quer pelo réu.

Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda uma igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu.

Há que haver um esforço constante no sentido de superar as desigualdades formais em sacrifício da geração de uma igualdade real.¹⁹

A partir deste entendimento, de que a ampla defesa somente estará assegurada quando é oportunizada para as partes a produção de provas para ficar demonstrada a verdade alegada, voltamos à crítica feita por Fernando Capez, a qual nos referimos anteriormente, onde não há que se falar em verdade real ou formal, pois verdade somente existe uma. Todavia, repetimos, devido ao sistema processual pátrio, verdade é aquela que se encontra nos autos.

Assim, o contraditório e a ampla defesa caracterizam-se, principalmente no processo penal, como instrumentos para a busca da verdade real e, mais ainda, como garantias de que esta busca será realizada em qualquer tempo, em qualquer grau de jurisdição.

A utilização de tais princípios implica em afirmar que a busca da verdade real, afirmada por autor ou réu, poderá ser analisada há qualquer tempo. E, assim sendo, voltamos ao caso da interposição do recurso pelo Ministério Público para aumentar a pena aplicada ao réu pelo juízo *a quo*.

¹⁹ BASTOS; MARTINS, op. cit., p. 267.

Com efeito, os princípios do contraditório e da ampla defesa podem ser invocados (e devem ser respeitados) em qualquer grau de jurisdição. E assim, mesmo que não haja interposição de recurso por parte do réu, pode o tribunal declarar, baseando-se no contraditório e na ampla defesa, no julgamento de recurso da acusação, irregularidade não alegada anteriormente. Vejamos o entendimento da 6.^a Turma do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS – QUADRILHA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL – ADITAMENTO À DENÚNCIA – Possibilidade, pois se trata de procedimento desmembrado de outro, em que houve condenação e pendem recursos excepcionais. Decreto de prisão preventiva bem fundamentado. Inexistência de violação do devido processo legal: não se pode falar em supressão de instância ou de subtração de julgamento pelo juiz natural pelo fato de o Tribunal de Justiça ter recebido o aditamento: os fatos delituosos são, no fundo, os mesmos (quadrilha para lesar a previdência social). Assim, justificado o julgamento pelo juízo prevalente (Tribunal de Justiça), e não pelo juiz monocrático. Ordem denegada.²⁰

Que se dizer, então, do princípio da proibição da *reformatio in pejus*? Mesmo entendendo-se que este, o contraditório e a ampla defesa, são princípios, qual deverá ser aplicado ao caso concreto?

Analisemos a questão de forma diferente daquela até agora suscitada: mesmo que só houvesse recurso do Ministério Público e que este só contivesse pedido de aumento de pena e, no tribunal, ocorresse redução da pena aplicada originariamente ao réu,

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus n.º 3.168-7. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Diário da Justiça da União de 24 de abril de 1995.

quem estaria sendo lesado? O Estado? Existiria qualquer indício de efetivo prejuízo material para o Ministério Público?

7. Conclusões

Ao se limitar, o intérprete, em rápida análise do efeito devolutivo dos recursos, na regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, qualquer decisão que julga fora dos limites esposados no recurso fere dita regra. Assim entende Fernando Capez: *Entendemos que não é possível, em recurso exclusivo da acusação, reformar-se a decisão em favor do réu, em face do princípio do 'tantum devolutum quantum appellatum'*.²¹

Significa que por este entendimento caso apenas a acusação tenha interposto recurso, procurando a majoração da pena aplicada, deve o órgão *ad quem* observar aquilo que foi requerido no recurso e, isto, não só em vista do limite do efeito devolutivo mas, também, pelo fato de que para a defesa operou-se a coisa julgada. Esta, ressalte-se, não admite revisão, é o procedimento jurisdicional que se tornou imutável. De fato, é o entendimento Fernando da Costa Tourinho Filho:

*Já agora, não mais podendo ser impugnada, seja pela preclusão dos prazos para a interposição dos recursos, seja porque se esgotaram os meios de impugnação, a sentença se torna imutável, inimpugnável, inalterável. Fala-se, então, em 'coisa julgada', significando tal expressão que o pronunciamento jurisdicional se tornou inalterável, adquiriu a qualidade de imutabilidade.*²²

Ocorre que, no entanto, ao considerar imutável a sentença, ao menos para a defesa que não apresentou recurso, estar-se-

²¹ CAPEZ, op. cit., p. 372.

²² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. vol. 4. p. 274.

ia celebrando a possibilidade de ser cometida uma injustiça, posto que o tribunal *ad quem* ficaria adstrito a manter uma condenação injusta ou, talvez, flagrantemente descabida, decorrente da incompetência do defensor ou do magistrado, tudo por cega obediência a um princípio eminentemente processual, ou seja, do *tantum devolutum quantum appellatum*.

Já, por outro lado, deve-se também pensar na segurança jurídica proporcionada pela regra. Isto porque, caso não fosse delimitado o âmbito de julgamento dos tribunais, devolvendo-se a este toda a matéria discutida no juízo *a quo*, o primeiro grau de jurisdição restaria sem função ou poder decisório, pois que todo o conteúdo lá discutido poderia ser revisto, resultando que a razão para existir o primeiro julgamento seria apenas abrir ensejo para recurso. A tal regra poderia ensejar o pensamento de que, como o tribunal irá rever toda a matéria, então que se processe a causa diretamente do tribunal.

De outra forma também de se registrar que a garantia gerada pela regra do *tantum devolutum quantum appellatum* também limita o âmbito de eficácia da decisão *ad quem*, coibindo o abuso de poder.

A questão, vê-se, é por demais delicada, pois envolve a necessidade de ignorar um princípio para que se possa aplicar outros, buscando, podemos dizer, uma convivência harmoniosa.

Apesar, porém, de imperioso manter vigente e ativa a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*, deve-se atentar para os direitos individuais do homem, para os princípios do estado de inocência, da verdade real, do *in dubio pro reo*, do *favor rei*, do contraditório e da ampla defesa, todos conquistados em detrimento de milhares de vidas, no decorrer da história humana, e consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU), em 1948, e repetidos pela Constituição Federal de 1998, mesmo que para isso fique o julgador obrigado a ignorar o princípio da legalidade.

Em que pese a real e inequívoca *reformatio in pejus* que se opera, processualmente falando, para o Ministério Público, quando há a *reformatio in melius* para a parte, dano material ao Ministério Público não há. Ademais, caso houver flagrante inocência e tenha havido a condenação deve-se, sempre, proteger a pessoa do réu, a liberdade.

Por fim, temos que, sendo o Ministério Público um órgão do Estado, e sendo que o *jus puniendi* é privativo do Estado, de que interessaria para este a manutenção de uma sentença injusta? Bem ressalta Fernando da Costa Tourinho Filho: *É que o Estado, por intermédio do seu órgão oficial acusatório, que é o Ministério Público, não teria, como não tem, nenhum interesse na manutenção de uma sentença iníqua (...).*²³

O nosso Código de Processo Penal consagra, sem sombra de dúvida, a prevalência dos interesses da pessoa do acusado, o princípio do *favor rei* e, se esta foi realmente a intenção do legislador, nada obsta que possa, em detrimento do *tantum devolutum quantum appellatum*, seja realizada a *reformatio in melius*.

Desta forma, a questão colocada nos leva a concluir que realmente a adoção da *reformatio in melius* acarreta prejuízo processual para o Ministério Público e para o Estado, pois que aquele é membro deste. Todavia este prejuízo processual deve ser ignorado – pois inócuo materialmente –, em benefício da prevalência dos direitos individuais do homem, inclusive da garantia de que sempre deverão ser preservados os inocentes e a liberdade, e sempre haver a busca da verdade, una, garantindo ao réu a aplicação irrestrita do princípio do estado de inocência.

Resta registrar que a orientação do STF é pela impossibilidade da *reformatio in melius*, pois há coisa julgada para o réu, e que deve incidir na hipótese o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*.²⁴

²³ Id. *ibid.* p. 401.

²⁴ Alguns julgados do STF nesse sentido: RT 701/394; RT 596/327; RT 584/446; RT 650/269 e RT 631/336.

Todavia, em que pese o entendimento do STF, deve-se considerar que no trato da liberdade individual devem prevalecer os princípios que visam a favorecê-la e também os aplicáveis à busca daquilo que realmente aconteceu. Estes devem prevalecer, sem sombra de qualquer dúvida, em relação às regras de direito processual, insculpidas no ordenamento jurídico apenas para possibilitar a justa aplicação do direito material.

Neste sentido, bem coloca Ada Pellegrini Grinover:

Numa segunda linha de entendimento, que é a acolhida pela jurisprudência dominante, a situação do réu que não recorreu pode ser melhorada pelo recurso exclusivo da acusação. Militam em prol desse entendimento vários argumentos, desde o 'favor rei' ou 'favor libertatis' – que ditaram a regra do art. 617, 'in fine', CPP, apenas para beneficiar a defesa -, até princípios como o da simplicidade e da economia processual, pois o mesmo resultado poderia sempre ser obtido por intermédio do 'habeas corpus' ou da revisão criminal.²⁵

A aplicação da norma processual nunca pode restringir a possibilidade de que o réu tenha reconhecido seu direito material, tenha a ser favor a possibilidade de que a verdade predomine e a justiça seja feita, mesmo em detrimento de uma ou mais regras processuais que, repetimos, nada mais são que um norte para a aplicabilidade do direito material e dos princípios de direito.

²⁵ FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 46.

8. Referências bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição federal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. vol. 2. Arts. 5.º a 17.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.
- FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no processo penal*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípios políticos do direito penal*. 2 ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1999.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954. vol. V.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Editora Bookseller, 1997.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 10.ª ed. São Paulo: Editora Jurídica Atlas. p. 43.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Editora Bookseller, 1999. vol. I. Introdução e Parte Geral – **Direito das Pessoas**.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 18.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. vol. 1 e vol. 4.