

NON REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA COMO CAUSA DE MUTAÇÃO PRESCRICIONAL PENAL: HISTÓRICO DO INSTITUTO NO STF E SUA INFLUÊNCIA NA CONTAGEM DO LAPSO DA CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE

Antonio José Mattos do Amaral¹

Diego Prezzi Santos²

Resumo: O artigo tem por objetivo analisar se é aceita a vedação à *Reformatio in pejus* indireta como causa de influência mutação prescricional no tocante à pena máxima, tema pouco tratado pela doutrina nacional, carente, também, de monografias e artigos. Para tanto, iniciou-se fazendo análise da origem deste instituto no país e de sua aceitação atual em legislações estrangeiras. Após tal verificação, a pesquisa irá avançar para um esclarecer o conceito do instituto, bem como suas modalidades direta e indireta com gênese jurisprudencial deste segundo prisma da *Non reformatio*. A aceitação deste instituto na

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Faculdade Arthur Thomas (FAAT). Professor de Graduação a Universidade Estadual de Londrina (UEL). Professor de Graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Graduado e Pós-Graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado Criminal.

² Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina e na Faculdade Arthur Thomas (FAAT). Professor de Graduação no Instituto Catuaí de Ensino Superior (ICES). Pós-graduado em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Advogado Criminal.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foi buscada e, por longa prospecção de julgados e retornando aos primeiros julgamentos da Corte Constitucional brasileira, concluiu-se que o STF reconhece o princípio da *Non reformatio* em suas duas formas. No entanto, se notou resistência à prescrição com base no argumento de que é uma espécie atípica de prescrição virtual. No capítulo derradeiro, pretende-se observar tal argumento sob a égide processual com finalidade de esclarecer a possibilidade de reconhecimento da combinação do princípio da vedação à *Reformatio in pejus* indireta e da prescrição quando houver anulação de *Decisum* por recurso exclusivo da defesa, o que vulnera marco interruptivo prescricional e permite uma contagem mais ampla do lapso, além de definir pena máximo diversa da prevista em lei. Pretende-se, no tópico derradeiro, desmistificar o receio de reconhecer a conjugação de *Non reformatio in pejus* indireta com prescrição criminal e separá-la, devidamente, da prescrição virtual para demonstrar a viabilidade técnica de aplicação.

Palavras-Chave: Processo Penal; *Non reformatio in pejus* indireta; nulidade processual; prescrição criminal.

NON REFORMATIO PEIUS INDIRECT RESULTING IN A CHANGING OF CRIMINAL PRESCRIPTION: CONSOLIDATION OF THE INSTITUTE IN BRAZILIAN SUPREME COURT AND ITS INFLUENCE ON COUNT LAPSE STATUTE

Abstract: The article aims to examine whether the seal is accepted in the *Reformatio peius* in Brazilian law and its influence indirectly in criminal prescription. So, we started doing analysis of the origin of this institute in the country and its present acceptance in foreign laws. After such verification, the search will move to a clear concept of the institute, as well as

their direct and indirect ways in jurisprudential genesis of this second prism of Non reformatio. The acceptance of this institute in the jurisprudence of the Supreme Court was sought and, on long prospecting tried and returning to the first trials of the Brazilian Constitutional Court, it was concluded that the Supreme Court recognizes the principle of Non reformatio in its two forms. However, it was noted resistance prescription based on that is a virtual atypical kind of limitation argument. In the final chapter, we intend to observe this argument under the aegis with procedural order to clarify the possibility of recognizing the combination of the principle of prohibition to Reformatio in indirect pejus and prescription when canceling feature decisum by the defense, which undermines landmark interrupting limitation and allows a broader counting the lapse, and set different maximum penalty provided for in the law. It is intended, in the last topic, demystify the fear of recognizing the combination of Non reformatio in indirect criminal pejus with prescription and separate it, appropriately, the virtual requirement to demonstrate the technical feasibility of implementation.

Keywords: Criminal Procedure - Non reformatio in pejus indirect - invalidity proceedings - criminal prescription.

INTRODUÇÃO



presente artigo científico tem como finalidade analisar os efeitos da vedação à *Reformatio in pejus* indireta na contagem prescricional e a possibilidade de reconhecimento da causa extintiva da punibilidade.

A temática – apesar de existente em alguns tribunais nacionais – é pouquíssimo vista em monografias e congressos, não tendo o destaque científico merecido, tanto é que, de inú-

meras obras consultadas, raras abordam superficialmente o tema, o que justifica seu aprofundamento teórico e interesse máximo.

Para esta pesquisa fora feita verificação não só nos tribunais brasileiros, mas também nas obras de direito processual penal, nacional e estrangeiras, para extração de dados, interpretações e conceitos. Após uma organização dos dados, fora realizado exame para observar as variáveis dos órgãos jurisdicionais, particularmente, o Supremo Tribunal Federal no que tange à *Non Reformatio in pejus* indireta.

Inicialmente, lançar-se-á ao texto um capítulo sobre a vedação à reforma para pior, em sua espécie direta e indireta, com o esclarecimento conceitual e seu alcance. No tópico seguinte, haverá exposição do resultado da coleta de decisões dos tribunais e, particularmente, do STF.

Na sequencia, será abordada a prescrição criminal como forma de extinção da punibilidade estatal e, sob o aspecto da pessoa, da desnecessidade de se manter processo que não tem mais possibilidade de condenação.

Já o capítulo posterior versará sobre a incidência da *Non reformatio in pejus* indireta e sua influência na contagem de prazos prescricionais.

Em derradeiro, viável se apresentará a conclusão de que a nos casos em que há reconhecimento de nulidades de decisões por recurso exclusivo da defesa, como não é possível agravar a situação do acusado, já se deve(ria) fazer a contagem e reconhecer a incidência da prescrição criminal, sob pena de se caracterizar lesão à direitos.

2 HISTÓRICO LEGISLATIVO NACIONAL E ESTRANGEIRO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*

A *Reformatio in pejus* tem o significado de reforma para pior, o que é proibido pela legislação nacional desde a Consti-

tuição Federal de 1891³, sendo esta seu primeiro tratamento legal no país, não havendo qualquer previsão no Código de Processo Criminal de 1832⁴.

Tal Documento Constitucional apontava a possibilidade do Supremo Tribunal Federal revisar processos encerrados a qualquer tempo e, nestes casos, conforme o teor do §2º do art. 81, não seria possível agravar as penas da sentença revista.

Veja-se:

Art 81 - Os processos findos, em matéria crime, poderão ser revistos a qualquer tempo, em benefício dos condenados, pelo Supremo Tribunal Federal, para reformar ou confirmar a sentença.

§ 1º - A lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República.

§ 2º - Na revisão não podem ser agravadas as penas da sentença revista.

§ 3º - As disposições do presente artigo são extensivas aos processos militares.

Importante notar que o *Status* constitucional visto em 1891 fez que muitos estados, como o Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Distrito Federal e Minas Gerais – por suas Constituições Estaduais – apresentassem artigos citando a vedação à reforma para agravar a situação dos acusados⁵.

Registra-se que as primeiras manifestações estavam atreladas a casos de revisões de processos já sentenciados, passando a abarcar situações de vedação à piora em caso de julgamentos não transitados em julgado, sendo esta a primeira ampliação dos efeitos da *Non reformatio in pejus*.

Anos depois, em 1941, o Código de Processo Penal, em seu art. 617, definiu a impossibilidade de o réu que apela ex-

³ BRASIL. *Constituição Federal*. 1891.

⁴ BRASIL. *Código de Processo Criminal*. 1832.

⁵ SCHEREDER, Karla da Costa Sampaio. *A reformatio in pejus indireta no protesto por novo júri*. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/reformatio_in_pejus.doc> Acesso em: 05 jan. 2014.

clusivamente ter sua situação alterada para um quadro mais agudo:

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

Este dispositivo, como se nota, já ampliou a vedação e a direcionou para qualquer tribunal e não apenas para o STF, também evitou vincular a proibição com sentença consolidadas materialmente.

Tal mudança representou maior segurança jurídica ao processada e demonstrou a solidez de trata com a teoria processual, à época influenciada por Francesco Rocco.

Inclusive, verifica-se no Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal que a vedação se mantém, tendo seu

Art. 459. 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.

§2º No recurso exclusivo da acusação, poderá o tribunal conhecer de matéria que, de qualquer modo, favoreça o acusado.

Na legislação nacional, é de se observar que enquanto na Constituição Federal de 1891 a previsão acerca do tema falava em recurso de “revisão” e o atual código fala em “apelação”, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Penal usa o vocábulo “recurso”, deixando clara sua amplitude.

Concernente origem do instituto, crê-se, conforme ensinamento de Marlon Wander Machado, que a *Non reformatio in pejus* fora vista a primeira vez no Conselho de Estado francês de 12 de novembro de 1806⁶, sendo, posteriormente, segundo Sady Cardoso de Gusmão⁷, outras legislações europeias aderi-

⁶ MACHADO, Marlon Wander. *Os recursos no processo penal e a Reformatio in pejus*. 3 ed. São Paulo: WVC Editora, 2011.

⁷ GUSMÃO, Sady Cardoso de. *Recursos cíveis e criminaes: estudo sobre a reformatio in pejus e in mellius ultra petita*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio Rodrigues,

ram ao posicionamento, exceto a legislação italiana que apenas aderiu à vedação em 1913.

Consoante direito comparado, atualmente, em Portugal enxerga-se no art. 409 do Código de Processo Penal a seguinte disposição:

1 - Interposto recurso de decisão final somente pelo arguido, pelo Ministério Público, no exclusivo interesse daquele, ou pelo arguido e pelo Ministério Público no exclusivo interesse do primeiro, o tribunal superior não pode modificar, na sua espécie ou medida, as sanções constantes da decisão recorrida, em prejuízo de qualquer dos arguidos, ainda que não recorrentes.

2 - A proibição estabelecida no número anterior não se aplica à agravação da quantia fixada para cada dia de multa, se a situação económica e financeira do arguido tiver entretanto melhorado de forma sensível

Ressalva-se, contudo, o parágrafo 2º que permite a reforma para pior se, em caso de fixação de dias multa, exista melhora na situação econômica do acusado. Neste caso, desde que a melhora na situação seja substancial, poderá ser majorada consoante quantidade de dias-multas.

A Constituição Federal Espanhola de 1978 apresenta dispositivo que aborda a vedação à reforma para pior:

Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presunta-

mente delictivos.

O Código de Processo Penal Italiano⁸ faz previsão semelhante no art. 597, 3:

Art. 597 (Cognizione del giudice di appello) - 1. L'appello attribuisce al giudice di secondo grado la cognizione del procedimento limitatamente ai punti della decisione ai quali si riferiscono i motivi proposti. [...]

3. Quando appellante è il solo imputato, il giudice non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici, salva la facoltà, entro i limiti indicati nel comma 1, di dare al fatto una definizione giuridica più grave, purché non venga superata la competenza del giudice di primo grado.

A Constituição Colombiana⁹ também faz previsão expressa em seu art. 31:

Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.

O Código de Processo Penal Argentino¹⁰ faz disposição clara no art. 445 de que se apenas existe contestação do acusado ou de alguém em favor deste, a resolução conferida pelo Tribunal não poderá alterar nada em seu detrimento:

Competencia del tribunal de alzada

Art. 445. - El recurso atribuirá al tribunal de alzada el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio.

Los recursos interpuestos por el ministerio fiscal permitirán modificar o revocar la resolución aun a favor del imputado.

Cuando hubiere sido recurrida solamente por el imputado o a su favor, la resolución no podrá ser modificada en su perjuicio.

⁸ ITALIA. *Codice Procedure Penale*. 1988.

⁹ COLOMBIA. *Constitucion de Colombia*. 1991.

¹⁰ ARGENTINA. *Código Procesal Penal República Argentina*. 1991.

O Código de Processo Penal do Paraguai¹¹ tem previsão no dia 457 da *Non reformatio in pejus*:

Art. 457. REFORMA EN PERJUICIO. Cuando la resolución sólo haya sido impugnada por el imputado o su defensor, no podrá ser modificada en su perjuicio.

O México, em seu Código Federal de Procedimientos Penales¹², tem apontamento no mesmo sentido, isto é, proibi-se a modificação para piorar:

Artículo 385.- Si solamente hubiere apelado el procesado o su defensor, no se podrá aumentar La sanción impuesta en la sentencia recurrida.

O Chile, no entanto, contém previsão em seu Código de Processo Penal¹³ que permite a reforma desfavorável das decisões judiciais, como se nota no art. 528:

Art. 528 (563). Aun cuando la apelación haya sido deducida por el procesado, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante. Puede también ordenar que se instruya nuevo proceso contra el procesado en el caso contemplado en el artículo 507.

Aponta-se o Diploma Processual Penal chileno a exceção à regra na América Latina, pois confere tratamento diverso a matéria, rompendo com uma ideia de garantismo que se estabeleceu na América Latina.

Vê-se que, advindo da Europa, as legislações passaram a internalizar a vedação e a solidificar compreensão de que não se pode prejudicar o recorrente e, com isso, obstar o Devido Processo Legal.

3 DEFINIÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS E ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À SUA ACEITAÇÃO

Conforme preconiza Suárez Sánchez¹⁴, o Devido Proces-

¹¹ PARAGUAI. Código Procesal Penale. 1991.

¹² MÉXICO. *Código Federal de Procedimientos Penales*.

¹³ PARAGUAI. Código Procesal Penale.

¹⁴ SUÁREZ SANCHÉZ, Alberto. *El Debido Proceso Penal*. 2 ed. Bogotá: Universidad de Colombia, 2001, p. 43.

so é aquele que conjuga inúmeros princípios e direitos fundamentais, dentro muitos, a proibição da *Reformatio in pejus*.

Este princípio consiste na vedação à reforma prejudicial àquele processado que recorre exclusivamente, obstando a possibilidade de agravação da sua pena quando não há manifestação acusatória com tal intento¹⁵.

E a vedação ao agravamento da situação em recurso exclusivo da defesa tem inúmeros fundamentos sólidos, com destaque para dois. O primeiro deles é advindo do próprio sistema processual penal.

James Goldschmidt¹⁶ ensina que todo recurso tem como fundamento um gravame à parte e a decisão de debater este “perjuicio” é livre e garantia. Com isso, a ausência de manifestação recursal de umas das partes implica, necessariamente, a fixação dos efeitos da devolutividade recursal e, por conseguinte, transito em julgado de certa parte do *Decisum*.

Com isso, na lição de Vincenzo Manzini¹⁷, “la apelación del imputado, o de su defensor, y cuando no haya apelado em via principal o incidental el ministerio público o se haya declarado inadmisibile la apelación de este último, ‘no puede el juez infligir uma pena más grave em especie o cantidad’ ni revocar beneficios”.

A questão orbita sobre o fato de que “o tribunal fica preso ao que lhe foi pedido, não se permitindo decisão ultra ou extra petitum. Esta proibida, assim, a *reformatio in pejus*: recorrendo o réu, não é possível haver reforma da sentença para agravar a situação; recorrendo a acusação em caráter limitado, não pode o Tribunal dar provimento em maior extensão contra

¹⁵ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 436.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del código procesal civil alemán, incluido como apéndice por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 399.

¹⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. V. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino A. Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 139/144.

o apelado”¹⁸.

José Frederico Marques aponta que o óbice da reforma para pior é decorrente dos limites do efeito devolutivo da apelação, ao apontar que “O art. 617 do Código de Processo Penal proíbe a *reformatio in pejus*. Há, assim, no Direito pátrio, o que os autores franceses denominem limite ao efeito devolutivo da apelação por motivo de *qualité de l’appelant*. Desde que o apelo provenha tão-somente do réu, não lhe pode ser agravada a pena, como diz o citado art. 617. Nem havia necessidade de menção expressa sobre a inadmissibilidade da *reformatio in pejus*, pois que o princípio constitucional da plenitude da defesa impede sópor si que a lei ordinária adote regra que acolhesse semelhante agravação da pena contra o réu [...]”¹⁹.

Assim, eventual omissão do Ministério Público cerca o efeito devolutivo, criando barreiras a ele e impedindo que, sem provocação, o órgão jurisdicional se manifeste agravando a situação material do acusado.

Sérgio Pitombo, inclusive, aponta que a apelação no direito processual penal é limitada pelo princípio do *Tantum devolutum quantum appellatum* e, em decorrência disso, a *reformatio in pejus* é atrelada à devolução (e seus efeitos) nos recursos:

A apelação, no processo penal, confere ao Tribunal o conhecimento da matéria atacada e, também, da que se permite conhecer de ofício. É a regra: *tantum devolutum quantum appellatum* – vai ao grau superior todo o quanto se apelou – (art. 574, *caput*, c/c art. 599, do Cód. de Proc. Penal). A proibição da *reformatio in pejus* diz com o aludido efeito devolutivo dos recursos. Hoje, reforçado por outra regra, – dita da personalidade, ou da pessoalidade do recurso – segundo a qual o recorrente não há de ter piorada sua situação material e processual, se incorrente recurso da outra parte (art. 617, do

¹⁸ MIRABETTE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 682.

¹⁹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol. IV. Campinas: Millenium, 2003, p. 317.

Cód. de Proc. Penal). Conceitua-se a *reformatio in pejus*, então, como a reforma, modificação ou nulidade da sentença penal condenatória, em sentido mais gravoso, para o acusado, sendo ele o único recorrente. É o que se impede.²⁰

E, por sua vez, o *Tantum devolutum quantum appellatum* é vinculado ao princípio da pessoalidade dos recursos, elemento de vulto extremo quanto se avalia o instituto da vedação (ou *Non*) *reformatio in pejus* no direito processual, posto que garante apenas à parte interessada em recorrer (embuída de interesse recursal em qualquer nível) a possibilidade de ser beneficiada²¹.

Um segundo argumento é importante para reconhecer é oriunda de uma análise da proteção constitucional dos direitos fundamentais e garantias.

Isso porque a ampla defesa e o contraditório – contidos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal – permitem o uso de todo e qualquer meio processual na busca pela proteção de seu interesse, incluindo, então, a busca de decisão favorável advindo de outro órgão.

O duplo grau de jurisdição “assegura o direito ao reexame das decisões por um órgão jurisdicional diverso daquele que as proferiu”²², sendo, também, uma expressão do direito que tem o processado de lutar por sua inocência e liberdade.

Numa hipótese de não ser possível usar o direito à revisão, haveria cerceamento do exercício defensivo e, por consequência, o trânsito em julgado da sentença sem que os “meios e recursos inerentes” fossem verdadeiramente materializados.

Haveria, efetivamente, desestímulo ao recurso do processado que, em situação desfavorável, deveria temer por prejuízos maiores e mais gravosos.

²⁰ PITOMBO, Sergio. *Proibição da Reformatio in pejus*. Disponível em www.sergiopitombo.nom.br. Acesso em 01/06/2011.

²¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tom. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 255-256.

²² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tom. I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 25.

Vistos estes dois planos de argumentos, é de se notar a importância técnica da aceitação da *Non reformatio in pejus* no sistema recursal, não se limitando apenas a apelações – como pode induzir o texto do Código de Processo Penal em seu art. 617.

Como ensina Eugênio de Oliveira Pacelli, todas as modalidades recursais são abarcadas pela restrição de agravamento, não apenas o recurso de apelação.²³

4 DA DISTINÇÃO ENTRE A *NON REFORMATIO IN PEJUS* DIRETA E INDIRETA

Elucida Aury Lopes Jr., uma outra modalidade de *Reformatio in pejus*, a indireta, assim denominada pelo fato da piora não ser causada pelo Tribunal em julgamento de recurso, mas em novo julgamento após a anulação do primeiro:

Também está vedada a *reformatio in pejus* indireta, dissimulada, como pode ocorrer no seguinte caso: o juiz condena o réu a uma pena de 4 anos de reclusão por determinado delito. Em grau recursal, o tribunal, acolhendo a apelação da defesa, anula a sentença por ter-se baseado em prova ilícita, determinando o desentramento e repetição do ato. Na nova sentença, o réu é condenado a uma pena de 5 anos de reclusão. Trata-se de uma *reformatio in pejus* indireta, que conduzirá a nova nulidade da sentença. É indireta porque a piora na situação do réu não foi causada, diretamente pelo tribunal, julgando o recurso. Mas, sem dúvida, o tratamento mais grave foi efeito do acolhimento do recurso da defesa²⁴.

Conforme esclarecimento de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes²⁵, esse outra vertente da vedação à reforma para agravar é

²³ PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 843.

²⁴ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, o. 436.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos

oriunda da jurisprudência nacional que alargou sua aplicação.

Detecta-se no julgamento RHC 48998²⁶, Relatado pelo ex-Ministro Thompson Flores, a primeira manifestação expressa da *Reformatio in pejus* indireta sendo proibida.

No caso julgado pelo STF na década de 70 e nos demais, a doutrina aponta a incidência da *Non reformatio in pejus* indireta no intuito de evitar agravamento da situação do processado após nulidade processual penal reconhecida por recurso da defesa.

Verifica-se, então, conforme apontamento de Heráclito Mossin, que há duas formas de vedação à tal instituto:

Desmembrada em duas situações, a *reformatio in pejus* se divide em direta e indireta. A direta ocorre no caso de ser piorada a pena mediante interposição do recurso apenas pela defesa. Em outras palavras, impede-se nova sentença mais desfavorável ao acusado quando em recurso somente por ele interposto. Nesse sentido, impende precípua o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. Já a *reformatio in pejus* indireta, por seu turno, resulta da piora da pena em novo julgamento, sendo este decorrente de anulação do julgamento anterior.²⁷

Percebe-se a que nesta segunda forma, a indireta, não há preocupação com a exacerbação em julgamento de recurso, mas em um novo julgamento advindo da anulação requerida e obtida pela defesa do julgamento primeiro.

Anota-se, ademais, que o reconhecimento da nulidade pode ser – para incidência da *Non reformatio in pejus* indireta – absoluta ou relativa, não tendo qualquer restrição, exceto, como sustenta Pacelli,²⁸ em caso de incompetência absoluta.

Tribunais, 2010, p. 39.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 48998, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. THOMPSON FLORES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1971

²⁷ SCHEREDER, Karla da Costa Sampaio. *A reformatio in pejus indireta no protesto por novo júri*.

²⁸ PACELLI, Eugênio de Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 843.

Ululante o fato de que, embora prevista constitucionalmente a soberania dos veredictos, a vedação à alteração para pior deve prevalecer em homenagem ao favor rei e à presunção de inocência.

Neste propósito, aponta-se a posição da doutrina:

Reformatio in pejus e soberania do Tribunal do Júri: a anulação do primeiro julgamento realizado pelo Tribunal do Júri impediria que, no segundo julgamento, houvesse a reformatio in pejus? Embora muitos sustentem que, em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, não exista essa vinculação, pensamos que o caminho a trilha é outro. Se o recurso for exclusivo da defesa, determinando a instância superior a anulação do primeiro julgamento, cremos que a pena, havendo condenação, não poderá ser fixada em quantidade superior à decisão anulada. É certo que os jurados são soberanos, mas não é menos certo afirmar que os princípios constitucionais devem harmonizar-se. Embora defendamos com veemência o respeito à soberania dos veredictos, é preciso considerar que a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, também é princípio constitucional. Retirar do acusado a segurança em recorrer, invocando a nulidade que entender conveniente, sem o temor de que nova decisão poderá piorar sua situação, não é garantir efetiva ampla defesa. Por tal razão, cremos mais correta a posição daqueles que defendem a impossibilidade da reformatio in pejus também nesse caso.²⁹

Contudo, se no novo Júri o Conselho de Sentença mantiver o entendimento anterior, não poderá o Juiz-Presidente agravar a pena. Aí, sim, se ele pudesse fazê-lo, haveria uma reformatio in pejus indireta³⁰.

É de se notar, desde logo, a importância do instituto e sua solidez técnica e importância para a prática processual penal com viés garantista.

5 CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DA REFORMATIO IN

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 977.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. 32 ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010, 491.

PEJUS

Essa vedação à reforma prejudicial ao réu fora analisada inúmeras vezes pelo Supremo Tribunal Federal e ganhando sustentação com o passar do tempo. Na primeira oportunidade lançada no repositório jurisprudencial sobre a *Non reformatio in pejus*, o Habeas Corpus 32.776, que fora decidido em 18 de novembro de 1953, sob a relatoria do então Ministro Nelson Hungria, pugnou pelo seguinte:

NÃO PODE QUEIXAR-SE DE REFORMATIO IN PEJUS O RÉU QUE PLEITEA, EM RECURSO, A DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME, PARA O EFEITO DE REDUÇÃO DA PENA, E A PENA REDUZIDA, ATENDIDO O SEU PEDIDO, EXCLUI O LIVRAMENTO CONDICIONAL QUE A PRIMITIVA PENA PERMITIA. (HC 32776, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/1953, ADJ DATA 13-06-1955 PP-01996 EMENT VOL-00173-03 PP-00962)³¹

No mesmo ano, no RE 23.989, relatado pelo ex-Ministro Afrânio Costa, fora, mais uma vez, firmada a compreensão da Corte Constitucional:

REFORMATIO IN PEJUS: PASSANDO EM JULGADO, PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DECISÃO DO JÚRI DESCLASSIFICANDO O CRIME PARA CULPOSO, NÃO PODE O RÉU SER SUBMETIDO A NOVO JÚRI, EM RECURSO POR ELE INTERPOSTO. (RE 23989, Relator(a): Min. AFRANIO COSTA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/11/1953, ADJ DATA 09-08-1954 PP-02471 EMENT VOL-00162-03 PP-00812)³²

Uma terceira manifestação de tal princípio no STF ocorreu em 1971 em julgamento de Recurso em *Habeas corpus* relatado pelo Ministro Bilac Pinto, mas que teve a relatoria de

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 32.776, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, Primeira Turma, julgado em 18/11/1953, ADJ DATA 13-06-1955 PP-01996 EMENT VOL-00173-03 PP-00962

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 23.989, Relator(a): Min. AFRANIO COSTA, Segunda Turma, julgado em 23/11/1953, ADJ DATA 09-08-1954 PP-02471 EMENT VOL-00162-03 PP-00812

Thompson Flores:

"HABEAS CORPUS". HOMICIDIO CULPOSO. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO APENAS DO RÉU E DO ASSISTENTE. PROVIMENTO DA PRIMEIRA, PARA ANULAR, PARCIALMENTE O PROCESSO. EFEITOS DESSE JULGADO. II - RENOVAÇÃO DO FEITO, ORIGINANDO ADITAMENTO DA DENUNCIA E PRONUNCIA POR HOMICIDIO DOLOSO. III - "HABEAS CORPUS" VISANDO INVALIDAR A SITUAÇÃO DO RÉU, AGRAVADA EM RECURSO PROVIDO POR SUA INICIATIVA. INIDONEIDADE DO WRIT QUANDO, PELA REVISÃO DAS PROVAS, POSTULA, PELO MENOS, DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. MOTIVAÇÃO. IV - "REFORMATIO IN PEJUS". O PRINCÍPIO QUE SE INSCULPE NO ART. 617, IN FINE, COMPLETA-SE COM O DO PARAGRAFO ÚNICO, DO ART. 626, AMBOS DO COD. PROC. PENAL. V - ASSISTENTE. NÃO PODE RECORRER DA DECISÃO CONDENATÓRIA, VISANDO AGRAVAR A CLASSIFICAÇÃO DO CRIME. RAZOES DA AFIRMAÇÃO. VI - CONSTITUI CONSTRANGIMENTO ILEGAL, REPARAVEL PELO "HABEAS CORPUS", O PROSSEGUIMENTO DE AÇÃO PENAL QUANDO JA EXTINTA A PUNIBILIDADE. VII - EXEGESE DOS ARTIGOS 271, 617, ÚLTIMA PARTE, 626, PARAGRAFO ÚNICO, 647 E 648, VII, DO COD. PROC. PENAL. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PROVIDO. (RHC 48998, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. THOMPSON FLORES, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1971, DJ 14-04-1972 EMENT VOL-00869-02 PP-00428)³³

Esta decisão, embora quase vinte anos após as primeiras, manteve o posicionamento anterior da Corte, pugnando pela vedação à reforma para piorar.

Importante destacar que fora a vez primeira que observou a implicação de *Non reformatio in pejus* indireta no STF e houve pleno reconhecimento de sua extensão para evitar o pre-

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 48998, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Relator p/ Acórdão THOMPSON FLORES, Segunda Turma, julgado em 29/11/1971, DJ 14-04-1972 EMENT VOL-00869-02 PP-00428

juízo à parte recorrente.

Verificou-se que, se fora anulado o julgamento primeiro em recurso exclusivo do condenado, não se pode em novo julgamento aplicar pena mais grave na sentença:

- HABEAS CORPUS. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. - A REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NÃO TEM APLICAÇÃO PARA LIMITAR A SOBERANIA DO TRIBUNAL DO JÚRI DECORRENTE DE PRECEITO CONSTITUCIONAL. NÃO PODE, POIS, A LEI ORDINÁRIA IMPOR-LHE LIMITAÇÕES QUE LHE RETIREM A LIBERDADE DE JULGAR A PROCEDENCIA OU A IMPROCEDENCIA DA ACUSAÇÃO, BEM COMO A OCORRENCIA, OU NÃO, DE CIRCUNSTANCIAS QUE AUMENTEM OU DIMINUAM A RESPONSABILIDADE DO RÉU, EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE VEREDICTO ANTERIOR POR DECISÃO DA JUSTIÇA TOGADA. ISSO IMPLICA DIZER QUE TEM O NOVO JÚRI, NOS LIMITES DA PRONUNCIA E DO LIBELO, A LIBERDADE DE RESPONDER DIFERENTEMENTE DO ANTERIOR AOS QUESITOS QUE LHE SÃO APRESENTADOS. - SE, POREM, O NOVO JÚRI, CORRIGIDA A DEFICIÊNCIA DE QUESITOS QUE PODERIA TER PREJUDICADO O RÉU (E, POR ISSO, O JULGAMENTO DO PRIMEIRO FOI ANULADO), VIER A RESPONDER DA MESMA FORMA POR QUE O PRIMEIRO RESPONDEU QUANTO AO CRIME E AS CIRCUNSTANCIAS INFLUENTES NA PENA, NÃO PODERA O JUIZ, POR CAUSA DO ENTENDIMENTO DE QUE É PROIBIDA A REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA E DA INEXISTÊNCIA, AI, DO ATRIBUTO DA SOBERANIA DO JÚRI, EXASPERAR A PENA, POR DOSA-LA DIFERENTEMENTE DO QUE, EM FACE DAS MESMAS RESPOSTAS, A DOSARA A SENTENÇA ANTERIOR. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. (RHC 66274, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/1988, DJ 26-08-1988 PP-21035 EMENT VOL-01512-02 PP-00308)

Nos anos subsequentes, o Supremo Tribunal Federal manteve a posição quanto à vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, sem qualquer tipo de mudança de compreensão acerca da matéria, como se nota no RHC 107381 de

2011.³⁴

Tal conjuntura demonstra a preocupação do Supremo Tribunal Federal com o respeito as regras processuais, notadamente aquelas vinculadas ao efeito devolutivo e à proteção daquele que recorrer, de forma a não fazer do recurso um criador de prejuízo material.

6 DA PRESCRIÇÃO CRIMINAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO CONTRA A JURISDIÇÃO DESNECESSÁRIA

Luiz Regis Prado, Erika Mendes de Carvalho e Gisele Mendes de Carvalho³⁵ afirmam que o não exercício do direito de punir enseja a perda do mesmo em decorrência de lapso de tempo transcorrido.

E é a prescrição criminal instituto de direito material que influi no direito processual penal por ser causa de extinção da punibilidade, conforme o art. 107, inc. IV do Código Penal, a qual encontra sua *Ratio* na relação entre tempo, gravidade do fato e segurança jurídica.

Importante neste sentido, cátedra de Rene Ariel Dotti, justificando que “Um dos elementos que compõem o due process of law é o prazo assinado para os atos do inquérito policial e da ação penal. Pode-se afirmar que o cidadão envolvido num procedimento criminal (suspeito, indiciado ou réu) tem o direito subjetivo de ver cumpridos os prazos impostos às autoridades que conduzem os feitos”.³⁶

Pelo fato de que a punibilidade não deve (nem pode) ser eterna, salvo nos casos de imprescritibilidade, o prazo prescri-

³⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RHC 107381, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 31/05/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-113 DIVULG 13-06-2011 PUBLIC 14-06-2011

³⁵ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Erika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes. *Comentários ao Código Penal*. 13 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 597.

³⁶ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. RT: São Paulo, 2010, p. 772.

cional é, simultaneamente, uma autolimitação do poder estatal, estimulando o trabalho célere quando as provas ainda podem ser encontradas³⁷, e uma garantia do cidadão de que processado será punido quando as finalidades da pena ainda tenham algum efeito sobre ele, evitando que, em decorrência do tempo, o delinquente não mais possa reconhecer os efeitos de seus atos e a necessidade de sua pena³⁸.

Vista sua relevância, aponta-se que há duas espécies de prescrição, incidindo, cada qual, em momentos distintos da persecução criminal.

Há a prescrição da pretensão punitiva, influi no direito de ação penal que o Estado, quando da ocorrência de um fato supostamente típico, ilícito e culpável detém. Esta modalidade ocorre antes da sentença “galgar foros de definitividade”³⁹ e leva em conta o limite máximo da pena abstrata cominada para cada caso.

Salienta-se que, como ensina Cesar Beccaria⁴⁰, um delito merece prazo prescricional conforme sua gravidade, sendo que aos casos mais graves, com penas máximas maiores, existe necessidade de prazos para extinção da punibilidade mais alargados, sob pena injustiça.

Em outro plano, a prescrição da pretensão executória pode ser acionada apenas depois do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, porquanto já se tem uma pena definida e é sobre ela que se calcula o prazo prescricional.

Consoante a primeira modalidade de prescrição, esta ainda pode ser retroativa, intercorrente ou virtual, institutos que se constituem em subespécies que alteram significativamente sua

³⁷ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 518.

³⁸ DELMANTO, Roberto. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 403.

³⁹ PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Erika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes. *Comentários ao Código Penal*. 13 ed. São Paulo: RT, 2014 p. 598.

⁴⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Germape, 2003, p. 34/36.

campo de aplicação.

Vê-se que a prescrição da ação penal retroativa é aquela que, após uma sentença de primeiro grau transitada em julgado para a acusação, analisa-se se entre os lapsos entre os marcos interruptivos já passados da prescrição penal fora atingido o prazo fatal. A contagem prescricional retroage, portanto.

Enquanto a prescrição intercorrente ou subsequente⁴¹ também depende da ocorrência de uma decisão judicial condenatório que se consolidou para a parte acusatória. No entanto, conta-se a prescrição da sentença em diante.

Os prazos da prescrição da pretensão punitiva e suas subespécies são regulados pelo art. 109 do Código Penal, bem como as demais disposições de regramento, e apenas são modificados em caso de idade menor de 21 anos no momento da prática delitiva ou idade de 70 anos no momento da sentença penal, circunstâncias em que a contagem vai à metade.

Uma outra forma de prescrição da pretensão punitiva é a prescrição virtual, antecipada ou em perspectiva.

Esta prescrição é hipotética como esclarece Nucci⁴² e parte da pena que naquele caso deve, com quase certeza, ser aplicada.

Veja-se que o magistrado vislumbra o caso concreto, considerando circunstâncias judiciais e outras causas, faz raciocínio acerca da pena que pode ser aplicada, segundo explicada de Dotti:

Esses aspectos justificam decisões singulares e colegiadas que admitem uma nova hipótese de prescrição. Não mais pela pena cominada para o crime ou aplicada na sentença, mas pela pena que, seria imposta em caso de condenação.⁴³

E o reconhecimento desta prescrição em perspectiva é,

⁴¹ DELMANTO, Roberto. *Código Penal Comentado*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 404.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo : RT, 2005. p. 536.

⁴³ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. RT: São Paulo, 2010, p. 773.

para parte da doutrina, importante porquanto “há fundadas razões de natureza jurídica e ordem prática para autorizar sua aplicação: a) o princípio do devido processo legal; b) o princípio da economia processual; c) a ilegalidade do constrangimento (violação dos prazos); d) princípio da razoabilidade”.⁴⁴

Á despeito de tal lição, o Superior Tribunal de Justiça criou a Súmula não vinculante 438 em 2010, proibindo o reconhecimento de tal modalidade, sob alegação de que não contaria com previsão legal e ataca a segurança jurídica haja vista que o magistrado que reconheceu a extinção do poder de punir pode ter sua decisão alterada em primeiro ou segundo grau.

Esta súmula do STJ fora arvorada em compreensão do Supremo Tribunal Federal – com se nota no HC 94.338/PR – de que há anos a jurisprudência não admite tal formato de prescrição for violar a Legalidade, posto que não existe, no capítulo próprio, qualquer previsão legal.

O entendimento dos Tribunais tem sido pela utilidade do Processo, evitando que haja estigmatização do cidadão por simples busca de lesão dos órgãos do Estado:

PENAL. EXTRAÇÃO MINERAL. CRIME AMBIENTAL. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. LEI N.º 8.176/91. USURPAÇÃO. MATERIALIDADE. AUTORIA. DOLO. COMPROVAÇÃO. 1. A persecução penal, como espécie do gênero das ações estatais, deve ser eficiente, eficaz e efetiva. De nada adianta impulsioná-la quando verificada, ab initio, a impossibilidade de sua futura e eventual execução. Percebida a inutilidade do eventual e incerto provimento condenatório, é de rigor seja declarada extinta a punibilidade do agente em face da prescrição em perspectiva da pretensão punitiva estatal. 2. Inviável seja negada a aplicação do instituto por desproporcional apelo ao formalismo. Tutelar o processo penal natimorto implica malferir os basilares princípios constitucionais do Estado democrático de direito em flagrante e injustificado prejuízo do cidadão. 3. Prática o delito previsto no artigo 2º da Lei n.º 8.176/91 aquele que extrai minérios

⁴⁴ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. RT: São Paulo, 2010, p. 774.

sem a devida autorização do órgão competente. (TRF4, ACR 2005.71.07.002910-8, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 08/04/2010)

Tal entendimento do TRF4 é visto também no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - ESTELIONATO E FALSO TESTEMUNHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE, TENDO EM VISTA A PRESCRIÇÃO RETROATIVA PELA PENA EM PERSPECTIVA - CABIMENTO. FALTA DE INTERESSE DO ESTADO NO "JUS PUNIENDI", POR CONTA DO RESULTADO CERTAMENTE INÓCUO - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 2ª C.Criminal - RSE 0294856-9 - Curitiba - Rel.: Des. Arquelau Araujo Ribas - Unânime - J. 31.05.2006)

Vista a situação da prescrição penal, aponta-se que em muitos casos, há vedação da aplicação da *Non reformatio in pejus* indireta sob alegação de ser confundida com a prescrição virtual, o que se analisará no tópico seguinte.

7 DA INCIDÊNCIA DA REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA NA AVALIAÇÃO DA PRESCRIÇÃO CRIMINAL E SEU DISTANCIAMENTO DA PRESCRIÇÃO VIRTUAL

Apesar de grande resistência dos Tribunais - que vinculam a *Non reformatio* quando aplicado em conjunto com a prescrição da pretensão punitiva com prescrição virtual – é de se reconhecer que o fundamento de cada instituto é bastante diverso, o que permite a aplicação do primeiro.

Anota-se que o instituto da *Reformatio in pejus* direta tem plena aplicação na prescrição criminal nos casos em que, após a sentença criminal (portanto, nos casos de retroativa ou subsequente) ser consolidada para a acusação. Nos casos em que a acusação não recorre, como já visto, a matéria relativa à elevação da pena não é devolvida ao juízo *Ad quem*, o qual ficara impedido de alterar para mais a dosimetria já que isso ensejaria julgamento *Extra petita*.

Vê-se o Supremo Tribunal Federal adota posição segundo a qual não se pode desconstituir as regras recursais para agravar a situação do acusado, estando referida compreensão já alinhavada em 1953 quando o então Ministro Nelson Hungria ditou que faz que não se pode fazer tabula rasa para “o recorrente que foi buscar lã e saiu ainda mais tosquiado”.⁴⁵

Da mesma forma, tem-se reconhecida a *Reformatio in pejus* indireta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não sendo alterada, desde ido de 1950, a compreensão acerca da validade e relevância do instituto.

Nota-se tal entendimento com decisão do então Ministro Cezar Peluso:

EMENTA: AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. Três julgamentos da mesma causa. Reconhecimento da legítima defesa, com excesso, no segundo julgamento. Condenação do réu à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto. Interposição de recurso exclusivo da defesa. Provimento para cassar a decisão anterior. Condenação do réu, por homicídio qualificado, à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, no terceiro julgamento. Aplicação de pena mais grave. Inadmissibilidade. *Reformatio in peius* indireta. Caracterização. Reconhecimento de outros fatos ou circunstâncias não ventilados no julgamento anterior. Irrelevância. Violação conseqüente do justo processo da lei (*due process of law*), nas cláusulas do contraditório e da ampla defesa. Proibição compatível com a regra constitucional da soberania relativa dos 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 do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância

⁴⁵ BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 24419, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/11/1953, ADJ DATA 08-07-1954 PP-07987 ADJ DATA 04-07-1955 PP-02213 EMENT VOL-00176-03 PP-00828

não ventilada no julgamento anterior. (HC 89544, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-01 PP-00197 RTJ VOL-00209-02 PP-00640 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 487-498 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 348-366 RSJADV dez., 2009, p. 46-51)

Visto isso, aponta-se que em ambos os casos de vedação à reforma para agravar a situação do acusados, é tecnicamente possível fazer que a prescrição criminal da pretensão punitiva nas modalidades subsequente ou retroativa sejam reconhecidas.

Conquanto seja circunstância relevante, há que se salientar que poucas obras de processo penal brasileira abordam o tema e, quando o fazem, não tocam neste efeito da decretação de nulidade processual e sua ação na prescrição penal.

E, apesar de debate restrito sobre o tema, nota-se necessidade premente de se difundir a conjunção dos institutos no sentido de se evitar o alongamento de um processo com futuro certo numa causa de extinção do poder de punir.

Veja-se que ao anular um processo já sentenciado por recurso exclusivo da defesa, há cerco à pena com impossibilidade de alteração. Torna-se definitiva à pena para acusação, única parte processual possivelmente interessada em seu aumento.

Não há, portanto, resistência em se conjugar a *Non reformatio in pejus* indireta com a prescrição criminal, não se podendo confundir este caso com a prescrição virtual que, segundo Súmula 438 do Superior Tribunal de Justiça, não pode ser reconhecida, pois “É inadmissível a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva com fundamento em pena hipotética, independentemente da existência ou sorte do processo penal”.

Nota-se que a prescrição virtual recebeu atenção do STJ por ser um risco à segurança jurídica decorrente da possibilidade do magistrado, de primeiro ou segundo grau, alterar a pena e, com isso, a prescrição virtual ser vulnerada.

Entretanto, há que se diferenciar as duas situações visto

que, na primeira, é caso de alteração na pena máxima possível não havendo possibilidade de alteração desta circunstância, já no segundo caso existe margem de alteração da pena.

A *Non reformatio* indireta afeta a pena máxima, trazendo-a ao patamar da condenação anterior que pode ser mais baixa que a pena máxima cominada pelo tipo penal em decorrência de circunstâncias judiciais e pessoais favoráveis. Ademais, é nítido que este instituto é afeto ao processo penal e recebe carga de imutabilidade pelo transitio em julgado parcial da causa. Há de se reconhecer que a *Non reformatio in pejus*, em qualquer modalidade, adquire *Status* constitucional e é reconhecida historicamente no Brasil.

Por sua vez, a prescrição virtual, além de não contar com previsão legal, trata de uma interpretação da possível penal do caso concreto que conta com efetiva hipótese de alteração.

Então, existindo trânsito em julgado parcial para acusação, aquela pena já aplicada no processo – por sentença ou acórdão – é resignificada para servir como pena mínima de calculo prescricional.

Num cenário no qual a condenação de 04 (quatro) anos é anulada por recurso exclusivo da defesa, a saber, em próximo julgamento não haverá pena superior. Logo, na ocasião da prolação novo *Decisum*, a *Non reformatio in pejus* indireta irá obstar qualquer pena acima dos 04 (quatro) anos.

Esta pena, com efeito, torna-se a pena máxima do caso concreto mesmo sem trânsito em julgado do caso para a defesa.

Passado o lapso prescricional deste *Quantum*, forçoso reconhecer a incidência da causa extintiva da punibilidade mesmo antes da definitividade da sentença, porquanto se pode estar analisando e, fazendo perdurar, processo com destino certo: a prescrição.

Interessante notar que a sentença anulada deixa de ser contabilizada como marco prescricional, como assevera Damá-

sio E. de Jesus⁴⁶:

A sentença condenatória anulada não impede a prescrição retroativa, uma vez que não constitui causa interruptiva ou impeditiva. De modo que, proferida outra em seu lugar, a data da publicação desta é que consistirá no termo *ad quem* do lapso extintivo

Portanto, resta o processo carente de marco de reinício de contagem prescricional quando há anulação da sentença, o que, por óbvio, amplia o prazo de prescrição criminal.

Veja-se que os marcos interruptivos contidos no art. 117 do Código Penal são o recebimento da denúncia ou queixa, a pronúncia para casos de júri, a sentença ou acórdão condenatória recorrível, a decisão confirmaria da pronúncia, início ou continuação do cumprimento da pena ou reincidência.

Assim, com a anulação da sentença condenatória resta no mundo jurídico apenas a data de interrupção anterior. Por exemplo: anulada a sentença condenatória, resta – num processo que não seja de crime doloso contra a vida – o recebimento da denúncia ou queixa.

E, caso seja atingido o lapso prescricional para aquela pena máxima possivelmente cominada, há que se reconhecer, sem receio, a prescrição criminal.

Em alguns casos, inclusive, os Tribunais já reconheceram o direito do acusado de ter a vedação para pior, mesmo indireta, sendo acionada para contagem prescricional:

Júri. Apelação. Limites. Coisa julgada. "Reformatio in pejus". 1. Se o Ministério Público não se insurgiu contra a absolvição da paciente, quanto ao delito de homicídio, até porque ele próprio a pleiteara, em Plenário do Júri, e, se, ao pedir a anulação do julgamento, só levou em consideração o crime de destruição de cadáver, não podia o Tribunal ir mais longe, piorando a sorte da re e inobservando, inclusive, a coisa julgada, resultante da absolvição. "Habeas Corpus" deferido para anulação do acórdão nesse ponto. 2. Havendo, posteriormente, o Juiz de 1. grau declarado a extinção da punibilidade,

⁴⁶ JESUS, Damásio de. *Prescrição Penal*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 164.

pela prescrição da pretensão punitiva, quanto ao delito de ocultação de cadáver, e transitando em julgado essa decisão, fica encerrado o processo. (HC 68009, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/1991, DJ 05-04-1991 PP-03660 EMENT VOL-01614-01 PP-00064)

"HABEAS CORPUS" - DEFESA PREVIA - DEFENSOR CONSTITUÍDO AUSENTE AO ATO DE INTERROGATORIO JUDICIAL - NECESSIDADE DE SUA NOTIFICAÇÃO PARA OFERECER-LA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE ESCOLHA DO DEFENSOR PELO RÉU - A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - DIREITO DO RÉU PRESO DE SER REQUISITADO E DE COMPARECER AO JUÍZO DEPRECADO PARA OS ATOS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL - POLEMICA DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DO TEMA - ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL - CONCESSÃO DO "WRIT" - CONSUMAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PUNITIVA DO ESTADO - VEDAÇÃO DA "REFORMATIO IN PEJUS" INDIRETA - DECLARAÇÃO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. - O DEFENSOR CONSTITUÍDO, QUANDO AUSENTE AO ATO DE INTERROGATORIO JUDICIAL DO RÉU, DEVERA SER NOTIFICADO PARA EFEITO DE APRESENTAÇÃO DA DEFESA PREVIA. ESSE ATO DE NOTIFICAÇÃO, QUE É INDECLINAVEL, IMPÕE-SE COMO NATURAL CONSECTARIO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A FALTA DESSA NOTIFICAÇÃO CONSTITUI NULIDADE ABSOLUTA, APTA A INFIRMAR A PROPRIA VALIDADE DO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. - O RÉU TEM O DIREITO DE ESCOLHER O SEU PRÓPRIO DEFENSOR. ESSA LIBERDADE DE ESCOLHA TRADUZ, NO PLANO DA "PERSECUTIO CRIMINIS" ESPECIFICA PROJEÇÃO DO POSTULADO DA AMPLITUDE DE DEFESA PROCLAMADO PELA CONSTITUIÇÃO. CUMPRE AO MAGISTRADO PROCESSANTE, EM NÃO SENDO POSSIVEL AO DEFENSOR CONSTITUÍDO ASSUMIR OU PROSSEGUIR NO PATROCINIO DA CAUSA PENAL, ORDENAR A INTIMAÇÃO DO RÉU PARA QUE ESTE, QUERENDO, ESCOLHA OUTRO ADVOGADO. ANTES DE REALIZADA

ESSA INTIMAÇÃO - OU ENQUANTO NÃO EXAURIDO O PRAZO NELA ASSINALADO - NÃO É LICITO AO JUIZ NOMEAR DEFENSOR DATIVO SEM EXPRESSA AQUIESCENCIA DO RÉU. - O ACUSADO - INOBTANTE PRESO E SUJEITO A CUSTODIA DO ESTADO - TEM O DIREITO DE COMPARECER, ASSISTIR E PRESENCIAR OS ATOS PROCESSUAIS, ESPECIALMENTE AQUELES REALIZADOS NA FASE INSTRUTORIA DO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. INCUMBE AO PODER PÚBLICO REQUISITAR O RÉU PRESO PARA PRESENCIAR, NO JUÍZO DEPRECADO, A INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHAS. ESSA REQUISICÃO DO ACUSADO PRESO, QUE OBJETIVA GARANTIR-LHE O COMPARECIMENTO A INSTRUÇÃO CRIMINAL, TRADUZ CONSEQUENCIA NECESSARIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE ASSEGURAM AOS REUS EM GERAL, "EM CARÁTER INDISPONIVEL", O DIREITO AO "DUE PROCESS OF LAW" E, POR VIA DE CONSEQUENCIA, AO CONTRADITORIO E A AMPLA DEFESA, COM TODOS OS MEIOS E RECURSOS A ESTA INERENTES. SÃO IRRELEVANTES, NESSE CONTEXTO, AS ALEGAÇÕES DO PODER PÚBLICO CONCERNENTES A DIFICULDADE OU INCONVENIENCIA DE PROCEDER A REMOÇÃO DE ACUSADOS PRESOS A OUTROS PONTOS DO ESTADO OU DO PAIS. ESSAS ALEGAÇÕES, DE MERA CONVENIENCIA ADMINISTRATIVA, NÃO TEM - E NEM PODEM TER - PRECEDENCIA SOBRE AS INAFASTAVEIS EXIGENCIAS DE CUMPRIMENTO E RESPEITO AO QUE DETERMINA A CONSTITUIÇÃO. POLEMICA DOUTRINARIA E JURISPRUDENCIAL EM TORNO DESSE TEMA. A POSIÇÃO (MAJORITARIA) DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OCORRENCIA DE NULIDADE MERAMENTE RELATIVA. RESSALVA DA POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR, PARA QUEM A VIOLAÇÃO DESSE DIREITO IMPLICA NULIDADE ABSOLUTA DO PROCESSO PENAL CONDENATÓRIO. A PRESENÇA DO ACUSADO E A SUA PARTICIPAÇÃO PESSOAL NOS ATOS PROCESSUAIS CONSTITUEM EXPRESSAO CONCRETA DO DIREITO DE DEFESA. PERSPECTIVA GLOBAL DA FUNÇÃO DEFENSIVA: A AUTODEFESA

DA PARTE E A DEFESA TÉCNICA DO ADVOGADO. - EM FACE DO DECURSO TEMPORAL JÁ VERIFICADO, E TENDO PRESENTE A IMPOSSIBILIDADE DE "REFORMATIO IN PEJUS" INDIRETA, POSTO QUE A DECISÃO PENAL CONDENATÓRIA, COM TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO, FOI INVALIDADA EM VIRTUDE DE INICIATIVA DO PRÓPRIO ACUSADO, E DE TER-SE COMO INCIDENTE E CONSUMADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, SEM A NECESSIDADE DE O RÉU, ORA PACIENTE, SER SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO. DOCTRINA E PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. (HC 67755, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/1990, DJ 11-09-1992 PP-14714 EMENT VOL-01675-02 PP-00323 RTJ VOL-00142-02 PP-00477)

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO ANULADA. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA AÇÃO PENAL. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. I. - Anulada a ação penal, a prescrição regula-se pela pena in abstracto, e não pela pena concretizada na sentença anulada. II. - H.C. indeferido. (HC 84950, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 31/05/2005, DJ 16-09-2005 PP-00054 EMENT VOL-02205-01 PP-120 RTJ VOL-00196-01 PP-00251 LEX-STF v. 27, n. 322, 2005, p. 416-422)

Concluí-se pela viabilidade técnica e o acerto existente nos raros julgados em que se permitiu a extinção da punibilidade pela prescrição criminal ser reconhecida com base na pena máxima imposta pela vedação à reforma para pior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico teve por finalidade apontar os fundamentos e o *Status* da vedação à *Reformatio in pejus* no Brasil, além de sua aceitação como fonte de mudança no cálculo da prescrição criminal.

Tal análise fez emergir uma compreensão de que ainda há unanimidade doutrinária a respeito do alcance e aplicação

do instituto na área processual penal.

Constatou-se que a legislação internacional e a brasileira, salvo raras exceções, admitem como princípio processual ou direito fundamental a vedação à reforma para agravar, inclusive vindo esta noção de dispositivos que remontam ao século retrasado.

E, por uma ampliação conceitual advinda da jurisprudência brasileira, se criou uma forma indireta de vedação à *Reformatio in pejus* acionada quando existe nulidade de decisão originada de recurso exclusivo da defesa e, pelo influência de princípios processuais, não se pode afetar negativamente aquele que recorre para melhorar sua situação.

Alcançado tal resultado e conferido plenamente com histórico de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o qual invoca a vedação referida desde a década de 1950, pode-se enfrentar as formas de prescrição criminal e como podem ser tocadas pela *Non reformatio in pejus* indireta, situação que a doutrina nacional pouco trata, como se nota em artigos e obras de processo penal e obras de prescrição criminal.

Assim, com foco na importância do raro tema, verificou-se que em nada se confundem a conjugação de *Non reformatio in pejus* indireta como causa de mutação prescricional e extinção da punibilidade por prescrição penal virtual e, do ponto de vista processual, não existe óbice alguma a aplicação do primeiro como fonte de celeridade processual e proteção do interesse de agir.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEYRA, Miguel A. *La prohibición de la reformatio in pejus y la imposición de una pena ilegal*. JA 1986-111-

408/411.

- ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. 5. ed. Madri: Rubí Artes Gráficas, 1984.
- ARANHA, Adalberto José Queiroz Telles de Camargo. *Dos recursos no processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- ARGENTINA. *Código Procesal Penal República Argentina*. 1991.
- AZPELICUETA, Juan J., .. *La reforma en perjuicio del apelante (reformatio in pejus)*. ED 66-1976-595-603.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal*. Tom. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Germape, 2003.
- BIDART CAMPOS, Gcnán J. *La reformatio in pejus en el curioso sistetna de apelación fiscal obligatoria dentro del proceso penal regido por el Código de Justicia Militar*. ED 131-1989-398/404
- BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. *Código de Processo Criminal*. 1832.
- BRASIL. *Constituição Federal*. 1891.
- CAFFERATA NORES, José *La prohibición de la reforzatio in peius y la omisión de aplicar el CP art. 52*. JA 1978-IV-345-347.
- CÁRDENAS RUIZ, Marco Antonio. *Reformatio in peius – Reformatio in mellius*. Revista Eletrónica Jurídica Cajamarca. Año V. n. 14. 2004.
- CALAMANDREI, Piero. *Apuntes sobre la reformatio in peius en Estudios sobre el proceso Civil*. Buenos Aires, 1961.
- CARBONELL, Miguel *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México: UNAM.

- CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal*, v. II, trad. esp. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1952.
- CARVALHO, Erika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: RT, 2014.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- COLOMBIA. *Constitucion de Colombia*. 1991.
- CONSTANTINO, Lúcio Santoro de. *Recursos criminais, sucadâneos recursais criminais e ações impugnativas autônomas criminais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. Tempo e Processo: Uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- DOSTOIÉVSKI, Fiódor M. *Crime e Castigo*. São Paulo: Editora 34, 2001.
- DOTTI, René Ariel. A crise do sistema penitenciário. Disponível em: http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf Acesso em: 17 ago. 2011.
- DOTTI, Rene Ariel. *Bases alternativas para um sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. RT: São Paulo, 2010.
- ELIAS, Norbet. *O processo civilizador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Traducción de la segunda edición alemana, y del código procesal civil alemán, incluído como apêndice por Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. GOMES FILHO, Antonio Maga-

- lhães. FERNANDES, Antonio Scarance. Recursos no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GUSMÃO, Sady Cardoso de. Recursos cíveis e criminaes: estudo sobre a reformatio in pejus e in melius ultra petita. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio Rodrigues, 1936.
- ITALIA. *Codice Procedure Penale*. 1988.
- JESUS, Damásio de. *Prescrição Penal*. 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. revista e aumentada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Vol. V. Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino A. Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.
- MÉXICO. *Código Federal de Procedimientos Penales*.
- MILITELLO, Sérgio A. *Reformatio in peius versus reenvio a juició*. Buenos Aires: Astrea, 2004.
- MIRABETTE, Júlio Fabrini. Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOSSIN, Heráclito Antônio. Recursos em Matéria Criminal. 4ª ed., São Paulo: Manole, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. São Paulo: RT, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2 ed. São Paulo: RT, 2006.
- PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- PARAGUAI. Código Procesal Penal. 1991.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos fundamentales*. 4. ed. Madri: Sec. de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1983.
- PITOMBO, Sergio. A proibição da reformatio in pejus. Disponível em <http://www.sergio.pitombo.nom.br/index.php>.
- RABELO, Galvão. *O princípio da Ne Reformatio in Pejus indireta nas Decisões do Tribunal do Júri*. Boletim do IBCrim, n. 203. Out. 2009, p. 16-18.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SUÁREZ SANCHÉZ, Alberto. *El Debido Proceso Penal*. 2 ed. Bogotá: Universidad de Colombia, 2001.
- SCHEREDER, Karla da Costa Sampaio. *A reformatio in pejus indireta no protesto por novo júri*. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/institu/c_estudos/doutrina/reformatio_in_pejus.doc> Acesso em: 05 jan. 2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32 ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2010.
- WACQUANT, Loic. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- WANDER, Marlon Wander. *Os recursos no processo penal e a Reformatio*. 3 ed. São Paulo: Madras, 2002.