

Em torno do princípio da proibição da *reformatio in pejus* Entre Justiça e Segurança?^[1]

Paulo Ferreira da Cunha

Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

Andreia Valadares Ferra

Juíza Assessora do Supremo Tribunal de Justiça

[¹] Por uma questão de uniformização (e, portanto, de legibilidade formal), optou-se por minimamente formatar segundo normas bibliográficas correntes as referências, assim como outras notações gráficas, nas citações, procurando sempre, como é óbvio, manter o estilo dos autores, designadamente por uma intervenção minimalista.

SUMÁRIO: I. SENTIDO E HISTÓRIA. II. *DE IURE CONS-
TITUTO*. III. PROBLEMÁTICA.

I. SENTIDO E HISTÓRIA

É sabido e óbvio que as hipóteses de reapreciação de uma sentença são, *lato sensu*, três: ou se mantém (e aí pode ganhar relevo a categoria da dupla conformidade), ou se opera uma *reformatio*. Se esta “reforma” ou alteração da sentença vai no sentido mais favorável ao recorrente, é uma *reformatio in mellius*. Se for no sentido de agravar a decisão, sendo-lhe menos favorável, é uma *reformatio in pejus*.

A *ratio* prática do princípio é muito claramente explicitada por um Claus Roxin: «significa que a sentença não pode ser modificada em prejuízo do arguido, na classe e extensão das suas consequências jurídicas, quando somente tenha recorrido o arguido, o seu representante legal ou o Ministério Público no seu interesse [...]. Com isto pretende lograr-se que ninguém se abstém de interpor recurso por receio de ser punido de modo mais severo na instância seguinte.»^[1]

[1] CLAU ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, trad. da 25.ª ed. alemã de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor, Buenos Aires: del Puerto, 2000, trad. nossa. No mesmo sen-

tido, veja-se, desde logo, ANA PRATA *et al.*, “*Reformatio in pejus*”, in *Dicionário Jurídico*, vol. II *Direito Penal. Direito Processual Penal*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, p. 439.

Apesar do sentido geral da proibição da *reformatio in pejus* se enquadrar no vasto espírito de humanitarização e garantismo penais (a par de múltiplos outros princípios, desde logo *in dubio pro reo*, *non bis in idem*, e mesmo de justa medida e humanidade das penas – que parece serem adquiridos civilizacionais^[2]), sobretudo triunfante desde o Iluminismo Penal^[3] (com nomes grandes como

[2] Um tema importante do debate contemporâneo (não apenas jurídico, mas também e em grande medida jurídico) é o da Civilização universal (*vs.* particularismos identitaristas e abordagens tópico-cêntricas e centradas). Os Direitos Humanos, para referir o maior dos exemplos, não são uma particularidade eurocêntrica ou “ocidental”, assim como é universal também o direito democrático. Cf., por todos, o documentado testemunho do antigo vice-presidente do comité de Direitos Humanos da ONU, Prof. Dr. Yadh Ben Achour, antigo decano da Faculdade de Direito de Tunis: YADH BEN ACHOUR, “Au service du droit démocratique et du droit constitutionnel international. Une Cour constitutionnelle internationale”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, Paris: LGDJ, n.º 2, 2014, pp. 419-443. Cf. ainda P. FERREIRA DA CUNHA, *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, Coimbra: Almedina, 2020, *passim*.

[3] Cf., por todos, GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonha: Il Mulino, 1976, p. 383 ss. Nos tempos que passam, como os mais atentos observarão, há tendências contraditórias relativamente ao Iluminismo, e em especial ao Iluminismo jurídico e ao seu legado humanizador e garantístico. Por um lado, há

quem procure que o valor esquecido da tríade atribuída à Revolução Francesa, a Fraternidade, seja reabilitado, mesmo como novo paradigma do Direito, associado ao Humanismo, de que é, afinal, um *alter ego*. Por outro lado, há quem se oponha e pugne por retrocessos, em clave mais grosseira ou mais elaborada e intelectual. O Iluminismo está de novo, assim, na ordem do dia do debate jurídico, embora nem sempre nomeado – mas muito pressuposto. Além das escaramuças pós-modernistas contra o Iluminismo, compare-se, por exemplo, THEODOR W. ADORNO / MAX HORKHEIMER, *Dialektik der Aufklärung — Philosophische Fragmente*, Francoforte: Fischer, 1969, trad. port. de Guido Antonio de Almeida, *Dialética do Esclarecimento. Fragmentos filosóficos*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985, com as mais recentes obras de STEVEN PINKER, *Enlightenment Now*, Viking, Penguin, trad. cast. de Pablo Hermida Lazcano, *En Defensa de la Ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso*, Barcelona: Paidós, 2018, e TZEVEYAN TODOROV, *L'esprit des Lumières*, Paris: Laffont, 2006. V. ainda o esclarecedor artigo de SÉRGIO PAULO ROUANET, “O Olhar Iluminista”, in *O Olhar*, org. Adauto Novaes, 10.ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2003, nomeadamente explicitando: «O Iluminismo seria uma tendência transepocal, não limi-

tada a nenhum período específico, que se caracteriza por uma atitude racional e crítica. Ela combate o mito e o poder, usando a razão como instrumento de dissolução do existente e de construção de uma nova realidade. Chamo de Ilustração o movimento de ideias que se aglutinou, no século XVIII, em torno dos filósofos enciclopedistas: Diderot, Voltaire, D'Alembert. A Ilustração foi a mais importante das realizações históricas do Iluminismo, mas não a primeira nem a última» (p. 125). Polêmica veio a suscitar a posição do Ministro do Supremo Tribunal Federal e Catedrático no Rio de Janeiro, LUÍS ROBERTO BARROSO, “Contramajoritário, Representativo e Iluminista: O Supremo, seus papéis e seus críticos”, in *Os Constitucionalistas*, online: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/contramajoritario-representativo-e-iluminista-o-supremo-seus-papeis-e-seus-criticos> (consultado a 26 de fevereiro de 2018). Uma síntese conceitual e de alguns debates atuais, pode ver-se em P. FERREIRA DA CUNHA, “Retóricas do Iluminismo, Direito e Política”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XLIV (2015), p. 103 ss., in ex *Vontade de Justiça. Direito Constitucional Fundamentado*, cit., p. 153 ss.; *Idem*, *Arte Justa*, Coimbra: Gestlegal, no prelo (aludindo já à polémica brasileira).

o marquês de Beccaria ou Voltaire e, entre nós^[4], o juiz Manuel José de Paiva^[5] – no mundo anglo-saxónico, mais tarde um pouco, nomeadamente com Bentham^[6] –), não se pode dizer que o caminho histórico que o princípio percorreu tenha sido linear.

Havendo mesmo, por vezes, ao arpejo da tendência humanista mais absolutizadora do princípio, alguma tentação (por vezes em nome de um princípio de repor a Justiça – ou cuidar poder fazê-lo) de modelar ou cercar toda a dimensão do princípio. Poderá, até, como se verá, considerar-se que o princípio vigora, mas com limites, sendo improfícuo esgrimi-lo de forma isolada e descontextualizada, sem atentar na sua concreta configuração *de iure constituto*, em cada *hic et nunc*. E, em cada caso, na configuração jusprocessual vigente.

O Assento 1/1950, de 4-5-1950 (Relator: Conselheiro Magalhães Barros) abria a porta claramente ao agravamento (consagrando mesmo essa solução), assim considerando, *inter alia*:

[4] V., v. g., ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, “Iluminismo Luso-Brasileiro?”, in *A Experiência Reflexiva. Estudos sobre o Pensamento Luso-Brasileiro*, coordenação de Maria Celeste Natário, Sintra: Zéfiro, 2009; P. FERREIRA DA CUNHA, “As Contradições do Jusracionalismo (Cruz e Silva: um jurista literato do Século das Luzes)”, in *Pensar o Direito*, vol. I. *Do Realismo Clássico à Análise Mítica*, Coimbra: Almedina, 1990, p. 53 ss.; *Idem*, “Iluminismo, Constituição e Utopia”, in *Constituição, Direito e Utopia. Do Jurídico-Constitucional nas Utopias Políticas*, Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, 1996, p. 251 ss.; *Idem*, *Droit naturel et méthodologie juridique*, Paris: Buenos Books International, 2012; *Idem*, *La Polémique du premier Manuel d’Histoire du Droit Civil Portugais*, de Mello Freire. *Suivant le Manuscrit de son critique*, António Pereira de Figueiredo, in “Quaderni

Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 23 (1994), p. 487 ss. (trad. port. in *Revista da Ordem dos Advogados*); *Idem*, “Mello Freire Advogado. Notícia de um Manuscrito”, *Revista de Estudos Histórico-Jurídicos*, Valparaíso, 1992-1993; *Idem*, “Mello Freire, Advogado. Notícia de um (?) Manuscrito”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 52, II, Lisboa, julho de 1992 [aprofundamento e atualização do anterior]; *Idem*, *Raízes da República. Introdução Histórica ao Direito Constitucional*, Coimbra: Almedina, 2006; *Idem*, *Temas e Perfis da Filosofia do Direito Luso-Brasileira*, Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2000; *Idem*, *Pensamento Jurídico Luso-Brasileiro*, Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006; *Idem*, “Do Jusracionalismo Luso-Brasileiro e da Unidade Essencial do Jusnaturalismo – Reflexão Problemática Filosófico-Histórica”, in *Collatio*, n.º 12, pp.

17-30; *Idem*, *Filosofia do Direito. Fundamentos, Metodologia e Teoria Geral do Direito*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 440 ss.; *Repensar o Direito*, Lisboa: INCM, 2013, p. 181 ss.; *Idem*, *La Constitution naturelle*, Paris: Buenos Books International, 2014; *Idem*, *Constitution et Mythe*, com Prefácio de François Vallançon, Québec: Presses de l’Université Laval, 2014.

[5] Cf. especialmente MANUEL JOSÉ DE PAIVA, *Governo do mundo em seco, palavras embrulhadas em papeis: ou, Escritorio da razam, exposto no progresso de hum dialogo, em que são interlocutores hum letrado, o seu escrevente, e as mais pessoas que se propusera*, FL. Ameno, 1748.

[6] cf., v. g., ALBERTO CADOPPI, *Materiali per un’Introduzione allo studio del Diritto Penale Comparato*, Pádua: Cedam, 2001, p. 518 ss.