



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.431 - ES (2017/0324374-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : DELSON DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. AFASTADA A CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PELO TRIBUNAL A QUO SEM A REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NOVA DOSIMETRIA. REPRIMENDA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A alegação genérica de ausência de fundamentação da dosimetria da pena sem a imprescindível fundamentação atrai a incidência do óbice previsto no Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
2. É possível a concessão de habeas corpus de ofício em decorrência de flagrante ilegalidade, advinda de *reformatio in pejus*, em clara violação do art. 59 do CP. No presente caso, o Tribunal de origem, em julgamento de apelo exclusivo da defesa, ao considerar desfavoráveis ao recorrente cinco circunstâncias judiciais – em vez das seis valoradas negativamente na sentença –, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado.
3. Mostra-se proporcional e razoável o aumento da pena-base em 14 meses por vetorial considerada desfavorável, especialmente diante das penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime de homicídio qualificado.
4. Recurso especial não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício para reduzir a reprimenda ao patamar de 17 anos e 10 meses de reclusão. Determinado o início da execução da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, concedendo, contudo, ordem de ofício, e determinado o início da execução da pena, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de dezembro de 2018

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.431 - ES (2017/0324374-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

RECORRENTE : DELSON DE SOUZA

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

DELSON DE SOUZA agrava de decisão que inadmitiu seu recurso especial, interposto com base na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo** na Apelação n.12861-91.1997.8.08.0012.

Nas razões recursais, a defesa suscita contrariedade aos arts. 59 e 68 do Código Penal; argumenta: "a valoração negativa das circunstâncias judiciais [...] foram feitas (*sic*) sem que se indicassem os elementos concretos que levaram à manutenção da pena-base estabelecida na sentença" (fl. 993-994). Ainda, entende ser desproporcional a majoração da reprimenda realizada na primeira fase da dosimetria.

Requer a redução da pena-base.

O recurso especial foi inadmitido no juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local, pela incidência das Súmulas n. 7 e 83, ambas do STJ, o que ensejou a interposição do agravo.

O acusado, por sua vez, alega que "não há qualquer necessidade de reanálise do conjunto probatório dos autos" (fl. 1.025) e que "a r. decisão da Corte *a quo* não está em consonância com as decisões deste Superior Tribunal" (fl. 1.026).

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 1.047-1.049, pelo conhecimento e pelo não provimento do agravo.

Dada a relevância do tema, determinei que o agravo fosse convertido em recurso especial, para melhor exame da matéria (decisão de fl. 1.052-1.053).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.774.431 - ES (2017/0324374-7) EMENTA

RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. AFASTADA A CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PELO TRIBUNAL A QUO SEM A REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NOVA DOSIMETRIA. REPRIMENDA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. A alegação genérica de ausência de fundamentação da dosimetria da pena sem a imprescindível fundamentação atrai a incidência do óbice previsto no Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. É possível a concessão de habeas corpus de ofício em decorrência de flagrante ilegalidade, advinda de *reformatio in pejus*, em clara violação do art. 59 do CP. No presente caso, o Tribunal de origem, em julgamento de apelo exclusivo da defesa, ao considerar desfavoráveis ao recorrente cinco circunstâncias judiciais – em vez das seis valoradas negativamente na sentença –, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado.

3. Mostra-se proporcional e razoável o aumento da pena-base em 14 meses por vetorial considerada desfavorável, especialmente diante das penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime de homicídio qualificado.

4. Recurso especial não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício para reduzir a reprimenda ao patamar de 17 anos e 10 meses de reclusão. Determinado o início da execução da pena.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I. Admissibilidade do recurso especial

O recurso especial, apesar de ser tempestivo, não preenche os requisitos constitucionais, legais e regimentais para o seu processamento, porquanto a alegação de ofensa aos arts. 59 e 68 do CP foi feita de maneira genérica, de modo que incide no caso a Súmula n. 284 do STF.

Todavia, **verifico, de ofício, haver flagrante ilegalidade**, pois, apesar de afastar a consideração negativa dos antecedentes do réu, o Tribunal estadual manteve incólume a pena a ele atribuída, o que constitui, segundo a jurisprudência desta Corte Superior, indevida *reformatio in pejus*.

II. Contextualização

Consta dos autos que o recorrente foi pronunciado por crimes dolosos contra a vida e, submetido a julgamento, foi absolvido. Inconformado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal estadual, que deu provimento ao recurso para anular a decisão do Conselho de Sentença e determinar que o acusado fosse submetido a novo julgamento.

Mais uma vez julgado pelo Conselho de Sentença, o recorrente foi condenado a 23 anos de reclusão, em regime fechado, por incursão nos arts. 121, § 2º, I e IV (cometido contra Clóvis), e 121, *caput*, c/c o art. 14, II (cometido contra Gelcimar), na forma do art. 69, todos do Código Penal. Em relação à vítima Clóvis Vieira de Andrade, o Magistrado de primeiro grau estabeleceu a pena-base em **19 anos de reclusão, por considerar desfavoráveis ao agravante as seguintes circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias**.

Interposta apelação pela defesa, a ela a Corte de origem deu parcial provimento, para acolher a preliminar de prescrição relativamente ao delito praticado contra a vítima Gelcimar dos Santos.

Na ocasião, quanto ao crime remanescente, cometido contra Clóvis Vieira de Andrade, manteve a avaliação desfavorável da culpabilidade, da conduta social, da personalidade, dos motivos e das circunstâncias do delito, mas afastou a avaliação negativa dos antecedentes. Por fim, concluiu (fls. 964-965):

Nesse sentido, apesar de afastar uma circunstância judicial, a existência ainda de cinco circunstâncias judiciais desfavoráveis



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

justificam a manutenção da pena acima do mínimo legal. Aliás, tal entendimento trilha precedente do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que **é possível a manutenção da pena-base no patamar fixado pela sentença condenatória, mesmo que algumas circunstâncias judiciais sejam afastadas pelo Tribunal *ad quem***, sempre respeitando-se o limite fixado pelo juiz primevo, tendo em vista a impossibilidade de conferir resultado mais prejudicial ao réu em recurso exclusivo da defesa:

[...]

Tecidas essas considerações, entendo que a fixação da pena do apelante em 07 (sete) anos acima do mínimo legal revela-se razoável diante das circunstâncias do caso concreto.

III. *Reformatio in pejus*

A proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penale*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 115), traduz-se na vedação a que, em recurso interposto exclusivamente pelo réu, o Tribunal *a quo* agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, outrossim, a *reformatio in pejus indireta*, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado seja anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa.

Sob tal orientação finalística da atividade punitiva do Estado, e certo de que o direito de defesa encontra na possibilidade de recorrer uma de suas principais expressões, “[...] a proibição da *reformatio in peius* se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito” (MONTAGNA, Mariangela. *Divieto di reformatio in peius e appello incidentale*. IN: A. Gaito, (org.), *Le impugnazioni penali*, Torino: Utet, 1998, p. 377), pois a finalidade da impugnação é precisamente a de eliminar ou amenizar um precedente provimento que se mostre, ou se afirme, injusto manter.

Julio Maier (*Derecho procesal penal*. I. Fundamentos. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2002, p. 590), a despeito de referir que a Corte Suprema da Argentina tem afirmado, reiteradamente, que a proibição de *reformatio in peius* “es también una garantía constitucional, cuya inobservância afecta al debido proceso y lesiona el derecho de defensa del acusado”, pontua que a regra proibitiva de reforma para pior da sentença decorre do princípio acusatório e seus conseqüências lógicas, entre os quais os que se expressam nos seguintes aforismos: *nemo iudex sine actore*; *ne procedat iudex ex officio*; *sententia debet esse conformis libello*; *ne eat iudex*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

extra et ultra petita partium.

Por sua vez, Giovanni Leone (*Trattato di Diritto processuale penale*. v. III. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1961) enfatiza – e aqui vai a oportunidade de sua lição – que a proibição de reforma para pior **diz respeito a cada item do dispositivo da pena, e não apenas ao total da reprimenda resultante de eventuais operações de determinação da sanção**. Portanto – diz Leone – “**se o tribunal admite uma atenuante excluída do juiz de primeiro grau, ou exclui uma agravante admitida por este último, deve reduzir o total da pena e não pode mantê-la intacta**” (*Pertanto, se il giudice di apelo ammette un'attenuante esclusa dal primo giudice ovvero esclude un'aggravante ammessa da quest'ultimo, a nostro giudizio deve ridurre la pena nella sua entità complessiva e non può mantenerla intacta*. [...] (op. cit., p. 103).

Fica evidenciado, portanto, que, para o exame das fronteiras que delimitam a proibição de reforma para pior, deve ser analisado cada item do dispositivo da pena, e não apenas a quantidade total da reprimenda. Assim, **se o Tribunal exclui, em apelo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP, agravante genérica, causa de aumento ou algum crime praticado em concurso, como consectário lógico deve reduzir a pena do recorrente, e não a manter inalterada, pois, do contrário, estará agravando a situação do apelante**.

Ilustrativamente: “a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para a verificação de existência de *reformatio in pejus*” (HC n. 103.310, Relator p/ acórdão Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 7/5/2015).

A controvérsia em testilha já mereceu análise no voto vista que proferi no HC n. 249.103 (Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/8/2014). Na oportunidade, abordei a doutrina de Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto processuale penale italiano*. v. IV. Torino: Unione tipografico - editrice torinese, 1932, p. 578, nota 3) onde noticia haver a Corte de Cassação da Itália, já nas primeiras décadas do século XX, profligado o entendimento de que, ausente recurso do órgão acusador, não pode o Tribunal, após absolver o apelante por um dos crimes, elevar a pena do crime remanescente – e **o argumento é válido para a hipótese ora examinada, de afastamento de circunstâncias judiciais** –, porquanto tal proceder implica violação do *ne reformatio in pejus*. Confira-se:

Cass., 16 ottobre 1929: “Il divieto dela reformatio in peius riflette



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*singolarmente ciascun reato per cui venga riaffermata la colpevolezza dell'imputato; e il giudice di secondo grado, **in caso di assoluzione dell'appellante per alcuna delle imputazioni, non può aumentare la misura della pena inflitta dal primo giudice per gli altri reati**".*

*Cass., 16 giugno 1916: "Ove il giudice d'appello abbia escluso uno dei due reati ritenuti dal giudice di primo grado, **non può applicare una pena superiore a quella che il giudice di primo grado abbia dichiarato volere infliggere per il reato per cui rimane ferma la condanna**". (grifei)*

Sob essas premissas, portanto, constato a violação do art. 59 do CP, pois, se o Tribunal de origem, **ao julgar o apelo exclusivo da defesa, considerou desfavorável ao recorrente cinco circunstâncias judiciais – em vez das seis valoradas negativamente na sentença –, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado**. Ao assim decidir, modificou, para pior, a quantidade de aumento atribuída à vetorial remanescente.

IV. Nova dosimetria

Inicialmente, cabe ressaltar que, ao sopesar desfavoravelmente as cinco circunstâncias judiciais já mencionadas, a Corte estadual aduziu devida fundamentação, que não merece reparos.

Com efeito, a premeditação do crime; o fato de o recorrente, segundo relatos de sua própria mãe, andar armado e ser temido na região; a notícia de que o réu, "enquanto praticava as brutais e covardes agressões ficava rindo o tempo todo de forma debochada" (fl. 963), bem como a motivação do delito, consistente na suspeita, por parte do acusado, de que a vítima havia lhe delatado para a polícia, e, por fim, a tortura realizada no ofendido antes da ação criminosa, justificam idoneamente a valoração negativa, respectivamente, da **culpabilidade**, da **conduta social**, da **personalidade**, dos **motivos** e das **circunstâncias** do delito.

Com vistas ao estabelecimento de nova dosimetria, verifico que o Magistrado de primeiro grau fixou a pena-base em 19 anos de reclusão, por considerar desfavoráveis ao recorrente 6 circunstâncias judiciais. Em outras palavras, o referido Juízo operou um aumento de 14 meses por vetorial sopesada negativamente, o que, aliás, não se mostra desarrazoado se considerados, inclusive, os valores mínimo e máximo abstratamente atribuídos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ao crime em questão, a saber, 12 a 30 anos de reclusão.

Dito isso, e constatada a ocorrência de reforma para pior, reajusto a reprimenda-base. Para tanto, ante o afastamento dos maus-antecedentes feito pela Corte de origem, fixo a pena-base em **17 anos e 10 meses de reclusão**, que, na ausência de agravantes, atenuantes e causas de diminuição ou aumento da sanção, torno definitiva.

V. Execução imediata da pena

Ante o esgotamento das instâncias ordinárias, como no caso, de acordo com entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do ARE n. 964.246, sob a sistemática da repercussão geral, é possível a execução da pena depois da prolação de acórdão em segundo grau de jurisdição e antes do trânsito em julgado da condenação, para garantir a efetividade do direito penal e dos bens jurídicos constitucionais por ele tutelados.

VI. Dispositivo

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, III, do CPC, c/c o art. 34, XVIII, "a", do RISTJ, não conheço do recurso especial. Todavia, **concedo habeas corpus de ofício**, a fim de afastar a *reformatio in pejus* e reduzir a pena do recorrente para 17 anos e 10 meses de reclusão, mantido o acórdão recorrido em seus demais termos.

Em tempo, determino o envio de cópia dos autos ao Juízo da condenação para a imediata execução da pena caso o agente não a esteja cumprindo atualmente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2017/0324374-7 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.774.431 / ES**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00128619119978080012 012060128613 012169001802 012169001802201701480496
12060128613 12169001802 12169001802201701480496

PAUTA: 11/12/2018

JULGADO: 11/12/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro NEFI CORDEIRO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : DELSON DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO
CORRÉU : CHARLES RIBEIRO GENEROSO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial, concedendo, contudo, ordem de ofício, e determinado o início da execução da pena, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.