



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.886 - SP (2014/0244026-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON BATISTA DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.**

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, **para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.**

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem de ofício. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.886 - SP (2014/0244026-8)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : WILSON BATISTA DOS SANTOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

WILSON BATISTA DOS SANTOS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal no seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça de São Paulo** (Apelação n. 0075786-46.2013.8.26.0050).

A impetrante informa que o paciente foi condenado, pela prática dos crimes de roubo e resistência, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado. Sustenta, em suma, manifesto constrangimento decorrente da imposição do regime mais gravoso, apesar da primariedade do paciente e das circunstâncias judiciais favoráveis.

Alega também que a simples gravidade abstrata do delito não é fundamento válido para a escolha do modo mais rigoroso, consoante enunciado das Súmulas n. 440 do STJ e 718 do STF.

Requer, em liminar e no mérito, "a fixação de regime menos rigoroso para o réu".

A liminar foi indeferida às fls. 47-48.

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 58-60, que opinou pelo não conhecimento da ordem ou pela denegação.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.886 - SP (2014/0244026-8)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ROUBO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. REGIME INICIAL FECHADO. DADOS FÁTICOS CONCRETOS. MODO MAIS BRANDO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. *REFORMATIO IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

1. Para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena.

2. Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – **na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa** –, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

3. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.**

4. Não há que se invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, IX, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo – melhor explicita as circunstâncias judiciais reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitados o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, **para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.**

5. *Habeas corpus* não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, **não identifico suficientes razões**, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as **diretrizes dos arts. 33 e 59**, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a **gravidade concreta** do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC 279.272/SP, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC 265.367/SP, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC 213.290/SP, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC 148.130/MS, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do modo inicialmente **fechado**, pelo seguinte argumento:

O cumprimento da pena se dará inicialmente no regime fechado, único compatível com a audácia, frieza e periculosidade demonstrada na conduta executada pelo réu: *pena - roubo qualificado - imposição de regime fechado - admissibilidade, ainda que o réu seja primário' - RT 796/623. (fls. 23-24)*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso pelos motivos abaixo aduzidos:

[...]

Conclui-se, por fim, que na hipótese em testilha, o regime fechado também se mostra o mais adequado ao réu, pois o art. 33, § 3º, do Código Penal, determina que o regime prisional deve ser fixado com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma legal, que prevê, dentre outros critérios, a análise da personalidade do sentenciado que, **no presente caso, demonstrou frieza e atrevimento, ao agir em concurso, submetendo a vítima ao temor da morte pelo uso de arma de fogo, sendo que o comparsa do réu disparou contra os policiais para conseguir fugir.**

Aliás, igualmente tem sido esta a orientação desta Corte: Em se tratando de roubo, é possível a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da privativa de liberdade, ainda que primário o agente, pois de acordo com o artigo 59 do CP, também devem ser consideradas a culpabilidade, as circunstâncias e as conseqüências do crime, não sendo possível utilizar-se de uma circunstância judicial que favoreça o condenado e relevar todos os outros fatores que estão a lhe desservir" (DJTACrim 33/316). (fls. 40-41, destaquei.)

Os autos indicam, assim, que foi fixado ao paciente o regime inicial fechado **também com base no fato de haver a vítima sido acometida de temor, em razão do emprego de arma de fogo na empreitada delituosa, além do disparo efetuado pelo comparsa contra os policiais, ação que permitiu sua fuga.**

A partir dessas premissas e da fundamentação oferecida pelas instâncias ordinárias, **não verifico o alegado constrangimento ilegal** de que estaria sendo vítima o paciente, pois não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado **quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime – na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa –, ainda que o agente seja primário e o quantum da pena seja inferior a oito anos** (art. 33, § 3º, do CP).

Em que pese a insurgência ora deduzida, entendo que o acórdão *a quo* apresentou circunstâncias concretas que demonstram, ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica de maneira idônea a opção pelo início do cumprimento da pena em regime mais gravoso.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, não se trata de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso, em violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa, razão pela qual não verifico qualquer ilegalidade na decisão judicial que determinou o cumprimento da pena em regime inicial fechado, ante a presença de motivação concreta.

II.

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 acusado, 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.

O princípio da *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, sendo de destacar-se que, no Brasil, embora seja positivado no art. 617 do Código de Processo Penal, não encontra previsão constitucional.

Entendo que o verdadeiro fundamento do princípio em estudo reside em uma **opção de política criminal** do processo penal praticado hodiernamente, mais voltado à proteção do inocente do que à punição do acusado. Em verdade, antes do interesse do Estado em punir o infrator, encontra-se o interesse, do mesmo Estado, em tutelar a liberdade individual daquele que se encontra na posição de acusado.

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.

Deveras, não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercer a sua defesa, “com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

meios e recursos a ela inerentes” (Constituição Federal, art. 5º, LV), ficaria tal direito esvaziado, gerando o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, como destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

Sem embargo, 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 consectários lógicos, 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 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 que a proibição de reforma para pior diz respeito a cada item do dispositivo da pena e não apenas ao total da pena 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).

Adverte, outrossim, que “no caso de sentença cumulativa (ou seja, sentença composta por vários capítulos, cada qual concernente a uma autônoma imputação; estamos falando substancialmente de um caso de conexão), a proibição deve valer para cada capítulo, sem possibilidade de intercâmbio entre os vários capítulos” (*Nel caso di sentenza cumulativa (sentenza cioè composta di più capi, concernenti ciascuno una autonoma imputazione; siamo in sostanza nel caso della connessione) il divieto deve valere per ciascun capo, senza possibilità di intercambio tra i vari capi* (op. cit, p. 104).

O tema, aliás, já merecera aprofundado estudo de outro clássico autor peninsular – Vincenzo Manzini, (*Trattato di Diritto processuale penale italiano*. v. IV. Torino: Unione tipografico-editrice torinese, 1932) – de onde também se podem extrair importantes ilações quanto à aplicabilidade da regra



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de proibição da reforma *in peius*. Em uma das hipóteses ali referidas (op. cit., p. 578) – objeto, a propósito, de voto-vista que proferi no HC 249106/SP – o celeberrimo processualista penal assere que “se a pena infligida com a sentença apelada resultou da soma decorrente do concurso de crimes, se eliminado no julgamento da apelação algum desses crimes, deve ser eliminada também a pena correspondente, e jamais pode, por qualquer motivo, ser mantida a quantidade da pena fixada na sentença apelada”. (*Se la pena inflitta con la sentenza appellata è quella risultante dal cumulo per concorso di reati, eliminato nel giudizio di appello alcuno di questi reati, deve essere eliminata anche la pena corrispondente, nè mai può, per veruna ragione, essere mantenuta la misura dela pena fissata nella sentenza appellata*).

Fica evidenciado, em cada um desses renomados doutrinadores, que o princípio do *ne reformatio in peius* tem por objetivo impedir que, em recurso exclusivo da defesa, o réu tenha agravada a sua situação, no que diz respeito à pena que lhe foi impingida no primeiro grau de jurisdição.

Em nenhum desses estudos, porém, se faz qualquer referência à proibição de que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação.

E nem seria razoável sustentar tal proibição.

Não há impedimento a que, sem agravamento da situação penal do réu, o tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso (apelação ou recurso em sentido estrito) manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.

Não me refiro, evidentemente, aos casos – que têm merecido o correto repúdio do STJ e do STF – nos quais, em **ação de habeas corpus**, o tribunal supre o vício formal da decisão do juízo singular, para acrescentar fundamentos que, v.g., venham a demonstrar a necessidade concreta de uma prisão preventiva. Em hipóteses tais, tem-se entendido que “os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* original pelo Tribunal *a quo*, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato construtivo ao direito de locomoção do paciente” (RHC 45748/MG, de minha relatoria, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

26/5/2014).

Aqui está-se a cuidar de hipótese distinta, qual seja, recurso de apelação contra sentença condenatória em que se discute a validade da fundamentação do acórdão proferido pelo tribunal, para confirmar, com novos argumentos, a dosimetria da pena impingida em primeiro grau.

A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. **Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito – ao exercer, portanto, sua soberana função de *juris dictio* – encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.**

Nesse sentido grassam diversos julgados dos tribunais superiores, notadamente em tema de **individualização da pena**, em que, não raro, o tribunal, **em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e de efeito devolutivo amplo**, encontra outros fundamentos em relação à sentença impugnada, não para prejudicar o recorrente, mas para manter-lhe a reprimenda imposta no juízo singular, **sob mais qualificada motivação**.

Já se chegou a sustentar, no Supremo Tribunal Federal, a possibilidade até mesmo de substituição de uma circunstância por outra para manter a pena fixada em primeiro grau. Confira-se:

[...] II. Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. **A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela** (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, **e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação** a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo. (HC 76156/SP, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª T., DJ 8/5/1998 PP-00004, destaquei.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu voto, seguido à unanimidade, o Ministro Relator assentou que a) “a apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante”; b) “[s]e se insurge a apelação da defesa contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo” e c) “a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação, o que, no caso, parece indiscutível”.

O exemplo, a meu sentir, foi além das fronteiras que delimitam a proibição de reforma para pior. Sem embargo, em outros arestos mais recentes, da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, admitiu-se expressamente a suplementação de fundamentos pelo tribunal *ad quem*:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. ALEGAÇÃO DE MOTIVAÇÃO INIDÔNEA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA E DE REFORMATIO IN PEJUS. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÁXIMO E DE CONSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. CORRETA ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA. 1 . Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito da Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus. 2. **Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.** 3. **Inexistência de reformatio in pejus** e inviabilidade do pedido de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

direitos. 4. Ordem denegada. (HC 101917/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJe-026 9/2/2011)

1. Não se comprova a presença de constrangimento ilegal a ferir direito do Paciente nem ilegalidade ou abuso de poder a ensejar a concessão da presente ordem de habeas corpus. **2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida.** 3. **Inexistência de reformatio in pejus.** [...] (HC 106113/MT Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª T., DJe-022, 1/2/2012. No mesmo sentido, HC 99972/PR Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª T. Publicação DJe-175, 13/9/2011, destaquei.)

A relatora deixou claro em seu voto que, “para se cogitar da *reformatio in pejus*, a decisão do Tribunal de Justiça mato-grossense teria que reconhecer, em desfavor do Paciente, circunstância fática não reconhecida em primeiro grau, de modo que o recurso da defesa causaria prejuízo ao Paciente, o que, indubitavelmente, não aconteceu, conforme antes demonstrado.”

Também aqui no **Superior Tribunal de Justiça**, por ambas as turmas, a questão tem sido enfrentada. É bem verdade que, na Sexta Turma, há julgados conferindo maior limitação à possibilidade a que alude o aresto suscitado. Um exemplo – em situação não exatamente igual a ora versada nestes autos – é o seguinte aresto, ao qual, sem maior reflexão, aderi:

(...) 2. O acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da defesa, agrega novos fundamentos ao decisum condenatório, reconhecendo o furto consumado não considerado pelo Magistrado sentenciante, incorre em reformatio in pejus. 3. O pedido de relaxamento da prisão provisória está prejudicado, tendo em vista o trânsito em julgado da condenação. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para reduzir a reprimenda para 1 (um) ano, 9 (nove) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa. Mantidos os demais termos do acórdão vergastado. HC 223524/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T., DJe 27/9/2013. No mesmo sentido, HC n. 207.366/RS, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 19/10/2011, HC 201.453/DF, Relator Ministro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 21/3/2012 e REsp 1117700/ES, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28/8/2013).

Há, entretanto, decisão em sentido permissivo ao afastamento da incidência da *ne reformatio in pejus*, em *habeas corpus* relatado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior:

[...] 1. O princípio da "ne reformatio in pejus" não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu (HC n. 88.952, Quinta Turma, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 10/12/2007). 2. A fixação de regime prisional mais gravoso foi fundamentada de forma concreta e adequada com base no "modus operandi" do crime e no concurso de elevado número de agentes, circunstâncias que evidenciam a elevada reprovabilidade da ação, bem como a periculosidade acentuada do paciente. 3. Ordem denegada. (HC 218858/SP, Relator(a) Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., DJe 26/3/2012, destaquei.)

Merece alusão, outrossim, o que decidiu a Sexta Turma, em julgamento do HC 68220/PR (DJe 9/3/2009), relatado pelo Ministro Nilson Naves, acompanhado, unanimemente, pelos Ministros Paulo Gallotti, Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Jane Silva (Desembargadora convocada do TJMG). Nesse caso, afastou-se o argumento de violação à proibição de reforma em prejuízo da parte, relativamente à fundamentação – mais extensa e minuciosa – empreendida pelo tribunal de origem, na individualização da pena imposta em primeiro grau, objeto de recurso exclusivo do réu.

Em seu voto, o Ministro Nilson Naves bem ponderou que:

Corretamente também lá se procedeu quanto à culpabilidade e às circunstâncias: primeiro, porque de ambas obviamente havia tratado a sentença; segundo, porque incensurável se me afigura o discurso do acórdão quanto à valoração das duas circunstâncias, isto é, foram elas, a meu ver, satisfatoriamente fundamentadas. Há, no pormenor, efetiva, racional e lógica motivação. Se é possível dela discordar – e creio até que sim, no plano das idéias, das convicções, da filosofia, etc. –, a discordância daí advinda não implica em mudança do que lá se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decidiu, porque lá se decidiu também segundo lógico raciocínio.

A seu turno, a **Quinta Turma** perfila entendimento – ali mais pacificado – de que a proibição da reforma para pior **não impede acréscimo de fundamentos (sopesadas as mesmas circunstâncias fáticas) pelo tribunal *ad quem*, desde que mantida a pena imposta na instância original**. Confirmam-se os seguintes arestos, com meu destaque:

[...] II - O princípio da "ne reformatio in pejus" não vincula o Tribunal aos critérios e fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu' (HC 88.952, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 10/12/2007). III - Na espécie, o fato do e. Tribunal a quo ter se valido de fundamentos diversos para manter a r. sentença condenatória quanto à fração de 1/6 (um sexto), relativa à minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, não implica ofensa ao princípio da "ne reformatio in pejus", porquanto não houve agravamento na situação do réu. [...] Ordem denegada. (HC 133127/SP Relator(a) Ministro FELIX FISCHER 5ª T. 8/9/2009, DJe 13/10/2009)

(...) 1. Realça-se a incidência da Súmula 284/STF na hipótese de simples alegação de violação genérica de preceitos infraconstitucionais, desprovida de fundamentação que demonstre a efetiva ofensa dos dispositivos legais pelo Tribunal de origem, não sendo, portanto, suficiente para fundamentar recurso especial. 2. **Mantido o quantum no mesmo patamar adotado pelo juízo monocrático, não há falar em ofensa ao princípio da vedação da "reformatio in pejus", diante da adoção de novos fundamentos a embasar a condenação.** 3. "Segundo o princípio da 'ne reformatio in pejus', o juízo 'ad quem' não está vinculado aos fundamentos adotados pelo juízo 'a quo', somente sendo obstado no que diz respeito ao agravamento da pena, inadmissível em face de recurso apenas da Defesa. Inteligência do art. 617 do Código de Processo Penal" (HC 142.443/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, 5ª T., DJe 2/2/2012). 4. Agravo regimental não provido AgRg no AREsp 62070/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 23/10/2013; no mesmo sentido, no que diz respeito à tese jurídica, HC 260934/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, DJe 29/4/2013).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

[...] 1. Conforme já se manifestou esta Corte Superior de Justiça, "[o] princípio da *ne reformatio in pejus* não vincula o Tribunal aos critérios ou fundamentos adotados pelo Juízo monocrático, mas apenas o impede de agravar a situação do réu" (HC 88.952/SC, 5.^a Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJ de 10/12/2007). 2. Na hipótese, **embora a Corte de origem tenha acrescentado fundamento não utilizado na decisão de primeiro grau para afastar a incidência da causa de diminuição de pena pleiteada pelo ora Paciente, a situação do Réu não foi agravada, pois, com o desprovimento da apelação defensiva, manteve-se inalterada a sentença condenatória. Ausente, portanto, a arguida *reformatio in pejus*.** 3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 215333/MT, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, 5.^a T., DJe 28/5/2013. No mesmo sentido, HC 187635/MS, Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD desembargadora convocada do TJ/SE) 5.^a T., 14/5/2013, DJe 20/5/2013 e HC 236211/RS Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (desembargadora convocada do TJ/SE) 5.^a T., DJe 10/05/2013.)

À vista dessas ponderações e **com lastro nos inúmeros precedentes citados, tanto desta Corte Superior quanto do Supremo Tribunal Federal**, não vejo por que invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal – no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apreço – melhor explicita as circunstâncias judiciais, reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela defesa, respeitado o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, **para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.**

III.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus* e, ao examinar seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a, *ex officio*, conceder a ordem postulada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 304.886 - SP (2014/0244026-8)

VOTO-VENCIDO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA:

Os autos do presente *habeas corpus* foram assim sumariados pelo relator, o preclaro Ministro Rogerio Schietti Cruz:

WILSON BATISTA DOS SANTOS, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal 110 seu direito de locomoção, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação 11.0075786-46.2013.8.26.0050).

A impetrante informa que o paciente foi condenado, pela prática dos crimes de roubo e resistência, à pena de 6 anos, 2 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicial fechado. Sustenta, em suma, Manifesto constrangimento decorrente da imposição do regime mais gravoso. Apesar da primariedade do paciente e das circunstâncias judiciais favoráveis.

Alega também que a simples gravidade abstrata do delito não é fundamento válido para a escolha do modo mais rigoroso, consoante enunciado das Súmulas n. 440 do STJ e 718 do STF.

Requer, em liminar e no mérito, "a fixação de regime menos rigoroso para o réu".

A liminar foi indeferida às fls. 47-48.

Dispensadas as informações, veio parecer do Ministério Público Federal, às fls. 58-60, que opinou pelo não conhecimento da ordem ou pela denegação.

Pelo seu voto, o insigne Ministro Rogerio Schietti Cruz não conheceu do *writ*, nestes termos:

Preliminarmente, releva salientar que o Superior Tribunal de Justiça, na esteira do que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, não admite que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso próprio (apelação, agravo em execução, recurso especial), tampouco à revisão criminal, ressalvadas as situações em que, à vista da flagrante ilegalidade do ato apontado como coator, em prejuízo da liberdade do(a) paciente, seja cogente a concessão, de ofício, da ordem de *habeas corpus*.

Sob tais premissas, não identifico suficientes razões, na espécie, para engendrar a concessão, *ex officio*, da ordem.

I.

Quanto à pretendida imposição de regime menos gravoso de cumprimento de pena, cumpre enfatizar que esta Corte tem decidido que o modo inicial de cumprimento da pena não está vinculado, de forma absoluta, ao *quantum* de reprimenda imposto.

É dizer, para a escolha do regime prisional, devem ser observadas as diretrizes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal, além dos dados fáticos da conduta delitiva que, se demonstrarem a gravidade concreta do crime, poderão ser invocados pelo julgador para a imposição de regime mais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gravoso do que o permitido pelo *quantum* da pena (HC 279.272/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T., DJe 25/11/2013; HC 265.367/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., DJe 19/11/2013; HC 213.290/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 4/11/2013; HC 148.130/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª T., DJe 3/9/2012).

O Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do modo inicialmente fechado, pelo seguinte argumento:

O cumprimento da pena se dará inicialmente no regime fechado, único compatível com a audácia, frieza e periculosidade demonstrada na conduta executada pelo réu: 'pena - roubo qualificado - imposição de regime fechado - admissibilidade, ainda que o réu seja primário' - RT 796/623. (fls. 23-24)

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso pelos motivos abaixo aduzidos:

[...]

Conclui-se, por fim, que na hipótese em testilha, o regime fechado também se mostra o mais adequado ao réu, pois o art. 33, § 3.º, do Código Penal, determina que o regime prisional deve ser fixado com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma legal, que prevê, dentre outros critérios, a análise da personalidade do sentenciado que, no presente caso, demonstrou frieza e atrevimento, ao agir em concurso, submetendo a vítima ao temor da morte pelo uso de arma de fogo, sendo que o comparsa do réu disparou contra os policiais para conseguir fugir.

Aliás, igualmente tem sido esta a orientação desta Corte: "Em se tratando de roubo, é possível a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da privativa de liberdade, ainda que primário o agente, pois de acordo com o artigo 59 do CP, também devem ser consideradas a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime, não sendo possível utilizar-se de uma circunstância judicial que favoreça o condenado e relevar todos os outros fatores que estão a lhe desservir" (DJTACrim 33/316). (fls. 40-41. destaquei.)

Os autos indicam, assim, que foi fixado ao paciente o regime inicial fechado também com base no fato de haver a vítima sido acometida de temor, em razão do emprego de arma de fogo na empreitada delituosa, além do disparo efetuado pelo comparsa contra os policiais, ação que permitiu sua fuga.

A partir dessas premissas e da fundamentação oferecida pelas instâncias ordinárias, não verifico o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente, pois não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado quando apontados dados fáticos suficientes a indicar a gravidade concreta do crime - na espécie, o emprego de arma de fogo, que gerou temor na vítima, e o disparo efetuado pelo comparsa -, ainda que o agente seja primário e o *quantum* da pena seja inferior a oito anos (art. 33, § 3º, do CP).

Em que pese a insurgência ora deduzida, entendo que o acórdão a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quo apresentou circunstâncias concretas que demonstram, ineludivelmente, a maior gravidade do comportamento ilícito, o que justifica de maneira idônea a opção pelo início do cumprimento da pena em regime mais gravoso.

Assim, não se trata de caso em que a simples gravidade abstrata do delito cometido é utilizada como fundamentação para a imposição de regime prisional mais gravoso, em violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ, 718 e 719 do STF, como alegado pela defesa, razão pela qual não verifico qualquer ilegalidade na decisão judicial que determinou o cumprimento da pena em regime inicial fechado, ante a presença de motivação concreta.

II.

A proibição da *reformatio in pejus*, derivação da regra mais ampla do *favor rei* (LOZZI, Gilberto. *Favor rei e processo penal*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 115) traduz-se na vedação a que, em recurso interposto exclusivamente pelo acusado, 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.

O princípio da *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, sendo de destacar-se que, no Brasil, embora seja positivado no art. 617 do Código de Processo Penal, não encontra previsão constitucional.

Entendo que o verdadeiro fundamento do princípio em estudo reside em uma opção de política criminal do processo penal praticado hodiernamente, mais voltado à proteção do inocente do que à punição do acusado. Em verdade, antes do interesse do Estado em punir o infrator, encontra-se o interesse, do mesmo Estado, em tutelar a liberdade individual daquele que se encontra na posição de acusado.

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.

Deveras, não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercer a sua defesa, "com os meios e recursos a ela inerentes" (Constituição Federal, art. 5º, LV), ficaria tal direito esvaziado, gerando o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, como destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

(...)

Fica evidenciado, em cada um desses renomados doutrinadores, que o princípio do *ne reformatio in pejus* tem por objetivo impedir que, em recurso exclusivo da defesa, o réu tenha agravada a sua situação, no que diz respeito à pena que lhe foi impingida no primeiro grau de jurisdição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em nenhum desses estudos, porém se faz qualquer referência à proibição de que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação.

E nem seria razoável sustentar tal proibição.

Não há impedimento a que, sem agravamento da situação penal do réu, o tribunal a quem se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso (apelação ou recurso em sentido estrito) manejado tão somente pela defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.

Não me refiro, evidentemente, aos casos - que têm merecido o correto repúdio do STJ e do STF - nos quais, em ação de *habeas corpus*, o tribunal supre o vício formal da decisão do juízo singular, para acrescentar fundamentos que, v.g., venham a demonstrar a necessidade concreta de uma prisão preventiva. Em hipóteses tais, tem-se entendido que "os argumentos trazidos no julgamento do *habeas corpus* original pelo Tribunal *a quo*, tendentes a justificar a prisão provisória, não se prestam a suprir a deficiente fundamentação adotada em primeiro grau, sob pena de, em ação concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constitutivo ao direito de locomoção do paciente" (RHC 45748/MG, de minha relatoria, Dje 26/5/2014).

Aqui está-se a cuidar de hipótese distinta, qual seja, recurso de apelação contra sentença condenatória em que se discute a validade da fundamentação do acórdão proferido pelo tribunal, para confirmar, com novos argumentos, a dosimetria da pena impingida em primeiro grau.

A proibição de reforma para pior garante ao recorrente, na espécie ora versada, o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de *juris dictio* - encontre motivação própria, respeitada, insisto, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da pena imposta no juízo de origem.

Nesse sentido grassam diversos julgados dos tribunais superiores, notadamente em tema de individualização da pena, em que, não raro, o tribunal, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e de efeito devolutivo amplo, encontra outros fundamentos em relação à sentença impugnada, não para prejudicar o recorrente, mas para manter-lhe a reprimenda imposta no juízo singular, sob mais qualificada motivação.

(...)

À vista dessas ponderações e com lastro nos inúmeros precedentes citados, tanto desta Corte Superior quanto do Supremo Tribunal Federal, não vejo por que invalidar o julgamento de apelação em que o tribunal - no exercício de sua jurisdição, obrigado, por imposição constitucional, a indicar as razões de sua convicção (art. 93, da C.R.), e no âmbito da devolutividade plena inerente ao recurso em apelo - melhor explicita as circunstâncias judiciais, reconhecidas de modo mais sucinto na sentença impugnada exclusivamente pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

defesa, respeitado o limite da pena fixada em primeiro grau e o espectro fático-jurídico sobre o qual se assentou a decisão recorrida, para, ao final, manter o regime fechado para início do cumprimento da pena.

III.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus* e, ao examinar seu conteúdo, não identifico constrangimento ilegal que pudesse me levar a, *ex officio*, conceder a ordem postulada.

Tal compreensão sagrou-se vencedora no seio da egrégia Sexta Turma, remanescendo parcialmente vencidos esta Ministra e o eminente Ministro Sebastião Reis Júnior. Com efeito, concedi a ordem, de ofício, amparada nos argumentos que seguem.

Verifica-se, *in casu*, que o Juízo de primeiro grau fixou o regime inicial fechado aos seguintes fundamentos (fls. 23/24):

O cumprimento da pena se dará inicialmente no regime fechado, único compatível com a audácia, frieza e periculosidade demonstrada na conduta executada pelo réu: '*pena - roubo qualificado - imposição de regime fechado - admissibilidade, ainda que o réu seja primário*' - RT 796/623.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou acerca do tema ora em testilha (fls. 40/41):

(...)

Conclui-se, por fim, que na hipótese em testilha, o regime fechado também se mostra o mais adequado ao réu, pois o art. 33, § 3.º, do Código Penal, determina que o regime prisional deve ser fixado com base nas circunstâncias judiciais do art. 59 do mesmo diploma legal, que prevê, dentre outros critérios, a análise da personalidade do sentenciado que, no presente caso, demonstrou frieza e atrevimento, ao agir em concurso, submetendo a vítima ao temor da morte pelo uso de arma de fogo, sendo que o comparsa do réu disparou contra os policiais para conseguir fugir.

Aliás, igualmente tem sido esta a orientação desta Corte: "*Em se tratando de roubo, é possível a fixação do regime inicial fechado para o cumprimento da privativa de liberdade, ainda que primário o agente, pois de acordo com o artigo 59 do CP, também devem ser consideradas a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do crime, não sendo possível utilizar-se de uma circunstância judicial que favoreça o condenado e relevar todos os outros fatores que estão a lhe desservir*" (DJTACrim 33/316).

Da leitura dos autos, verifica-se que, no julgamento da apelação defensiva, o Tribunal de Justiça Estadual agregou fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando que o paciente agiu "em concurso, submetendo a vítima ao temor da morte pelo uso de arma de fogo, sendo que o comparsa do réu disparou contra policiais para conseguir fugir",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos estes não considerado pela magistrada sentenciante.

Mister salientar que, em recurso exclusivo da defesa, não é dado ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja pior do que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

É certo que o efeito devolutivo da apelação é amplo e permite a revisão da dosimetria, do regime e da espécie de pena, possibilitando a readequação de circunstâncias judiciais e legais. Contudo, não é dado ao Tribunal agregar novos dados, em recurso exclusivo do réu. De fato, referida prática violaria o princípio da *ne reformatio in pejus*, uma vez que o Tribunal deve analisar a legalidade dos fundamentos da sentença, não criar nova análise que possa prejudicar a situação do condenado. A propósito, eis a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. INADMISSIBILIDADE. TRÁFICO. DOSIMETRIA. PENA-BASE AFASTADA DO MÍNIMO LEGAL. ESPÉCIE DA DROGA APREENDIDA (CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE ESPECÍFICO. REGIME DIVERSO DO FECHADO. CABIMENTO. VEDAÇÃO LEGAL AFASTADA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. NOVA VALORAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. Precedentes.

2. Quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora, situação verificada de plano, admite-se a impetração do mandamus diretamente nesta Corte para se evitar o constrangimento ilegal imposto ao paciente.

3. A natureza da droga apreendida, segundo o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, prepondera sobre as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, constituindo fundamento idôneo para afastar a pena-base do mínimo legal.

4. Sendo o réu reincidente, conforme atestado pelas instâncias originárias, fica inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, pois um dos requisitos para a concessão da benesse é a primariedade.

5. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, não subsiste mais a imposição automática do regime inicial fechado de cumprimento da pena aos crimes hediondos e equiparados, devendo o magistrado observar as regras previstas no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal, e fundamentar concretamente a imposição do regime inicial mais rigoroso do que o correspondente à pena aplicada.

6. Em recurso exclusivo da defesa, não pode o acórdão agregar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novos fundamentos prejudiciais ao réu, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*.

7. A questão da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não foi apreciada pela Corte de origem, assim a análise por este Tribunal Superior de Justiça acarretaria supressão de instância.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, tão somente para afastar a vedação legal quanto ao regime de cumprimento de pena, determinando ao Juízo das Execuções a tarefa de verificar o regime prisional mais adequado ao paciente.

(HC 300.176/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 10/11/2014)

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. *REFORMATIO IN PEJUS*. OCORRÊNCIA. VIA INDEVIDAMENTE UTILIZADA EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ESPECIAL. ILEGALIDADE MANIFESTA. EXISTÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Por conta do princípio da *non reformatio in pejus*, em sede processual penal, no caso de recurso exclusivo da defesa, não se admite a reforma do julgado impugnado para agravar a situação do réu, nem mesmo para corrigir erro material.

3. Se houver recurso exclusivo da defesa, deve o juízo *ad quem* ater-se ao quanto lhe foi pedido. Caso contrário, estaria proferindo uma decisão *ultra* ou *extra petita*, em flagrante violação ao sistema acusatório. Daí a vedação à *reformatio in pejus*.

4. *In casu*, o Tribunal a quo em apelação exclusiva da defesa, absolveu o réu, ora paciente, da imputação do art. 158, §§ 1º e 3º, do Código Penal, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, mas aumentou a pena do roubo circunstanciado em 2 anos, fixando-a em 9 anos de reclusão e 22 dias-multa, no piso (a sentença havia fixado 7 anos de reclusão e 16 dias-multa), em afronta ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para restabelecer a sentença condenatória, quanto à dosimetria da pena do crime de roubo circunstanciado, tornando a reprimenda definitiva em 7 anos de reclusão e 16 dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão que julgou a apelação.

(HC 249.106/SP, de minha Relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014)

Confira-se, ainda, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. Penal e Processual Penal. (...) Tráfico de drogas. Regime inicial fechado. Imposição, na sentença, com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Incidência desse dispositivo afastada, em grau de apelação, pelo Tribunal de Justiça. Hipótese, todavia, em que o regime prisional mais gravoso foi mantido, em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sede de recurso exclusivo da defesa, com fundamentos inovadores, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição. Ratificação desse entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça. Inadmissibilidade. Precedente. Ilegalidade flagrante. Constrangimento ilegal manifesto. Ordem concedida de ofício. (...) **É vedada, em recurso exclusivo da defesa, a utilização de fundamentos inovadores, após o afastamento daquele adotado na decisão recorrida, para justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob pena de *reformatio in pejus*.** 3. A sentença que condenou o paciente à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixou o regime inicial fechado com fundamento exclusivamente no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Logo, não poderia o Tribunal, ao reconhecer, em recurso exclusivo da defesa, a inconstitucionalidade daquele dispositivo, afirmar que não seria razoável nem socialmente recomendável a fixação do regime semiaberto, "com base na expressiva quantidade e natureza extremamente nociva da droga apreendida (408 buchas de crack)". 4. *Habeas corpus* extinto, por inadequação da via eleita. Ordem, todavia, concedida de ofício.

(HC 121449, Relator Ministro. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 06-10-2014 PUBLIC 07-10-2014)

No caso concreto, entendo que houve o acréscimo de novos fundamentos pelo Tribunal de origem, em recurso de apelação interposto unicamente pela defesa, em que pese o resultado final proclamado pelo Tribunal *a quo* não tenha agravado a situação do réu.

Dessa maneira, não há, em meu sentir, possibilidade de se manter nesses termos o aresto combatido, tendo em vista a ocorrência de *reformatio in pejus*.

Ante o exposto, sem qualquer desdouro aos que pensam de modo diverso, **não conheço do writ**, mas **concedo a ordem, de ofício**, para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n.º 0075786-46.2013.8.26.0050, especificamente no tocante ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, determinando que outro seja prolatado no ponto.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0244026-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 304.886 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0075784620138260050 110 14902013 20140000345451 75784620138260050

EM MESA

JULGADO: 24/02/2015

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : FERNANDA COSTA HUESO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : WILSON BATISTA DOS SANTOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

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 pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, vencidos, em parte, os Srs. Ministros Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior, que concediam a ordem de ofício.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.