



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.006 - SP (2013/0281969-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO
ADVOGADO : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL FRANCISCO DE SOUZA PASSOS

EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. REGIME ABERTO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO E REGIME SEMIABERTO. TENTATIVA AFASTADA E FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EFEITO DEVOLUTIVO. VINCULAÇÃO AOS LIMITES POSTOS NO RECURSO. EXCESSO RECONHECIDO. *REFORMATIO IN PEJUS* NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A **proibição da *reformatio in pejus***, derivação da regra mais ampla do *favor rei*, 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.

2. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o **direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente**, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua **soberana função de *jurisdictio*** – encontre fundamentos e motivação própria, **respeitada, à evidência, a imputação deduzida** pelo órgão de acusação e **os limites da pena imposta** no juízo de origem.

3. Na hipótese dos autos, cotejando-se as assertivas realizadas acerca do amplo efeito devolutivo da apelação com as limitações trazidas, nas razões do recurso, ao julgador de segunda instância, **infere-se que houve, sim, reforma para pior em relação à fundamentação utilizada para o agravamento do regime, porquanto considerou, para tanto, circunstância fática não sopesada na origem e não apontada no recurso da acusação.**

4. Alegado constrangimento ilegal identificado, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e o *quantum* da pena tenha alcançado, ao final, 5 anos e 4 meses de reclusão, sendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

primário o paciente, o regime inicial fixado foi o fechado, sem observância, do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

5. *Writ* não conhecido e ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 26 de agosto de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.006 - SP (2013/0281969-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO

ADVOGADO : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO(S)

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : DANIEL FRANCISCO DE SOUZA PASSOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

DANIEL FRANCISCO DE SOUZA PASSOS, paciente neste *habeas corpus* substitutivo de recurso especial, estaria sofrendo constrangimento ilegal decorrente de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos da apelação que deu provimento ao recurso da acusação (Apelação n. 0006669-02.2011.8.26.0223).

Consta dos autos que foi proferida sentença, em 17/05/2012, na ação penal em trâmite na 3ª Vara Criminal da Comarca de Guarujá/SP, que condenou o paciente à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, como incurso no art. 157, § 2º, II, c/c. o art. 14, II, do Código Penal.

Irresignado, o *parquet* interpôs apelação perante Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando ao reconhecimento da modalidade consumada do delito, e à consequente fixação do regime semiaberto. Ao recurso foi dado provimento, para afastar a tentativa, condenar o réu por roubo consumado e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. O regime foi, no entanto, reformado para o fechado.

Aduzem os impetrantes que o paciente está submetido a constrangimento ilegal, pois o modo inicial de cumprimento de pena deve ser o semiaberto. Alegam que a pena-base foi fixada no mínimo legal, bem como afirmam que as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu.

Sustentam, ainda, que ao Tribunal de Justiça era vedado o acréscimo de fundamentos inexistentes na decisão de primeiro grau, pois houve recurso tão somente por parte da acusação, a qual não foi analisada nos estritos pleitos da parte recorrente.

Por fim, afirmam que "o Tribunal de Justiça, em tópico não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

impugnado pela acusação, encontrou uma nova chance para que a situação do Paciente se agravasse, o que não é admitido pela jurisprudência" (fl. 14).

Requerem, assim, a concessão da ordem, a fim de estabelecer o regime intermediário como forma de resgate da sanção privativa de liberdade, "devendo o mandado de prisão ser cumprido apenas e tão somente quando surgir vaga em estabelecimento prisional compatível" (fl. 35).

Indeferida a liminar (fls. 94-95), foram solicitadas informações à Corte de origem, prestadas às fls. 168-175.

O Ministério Público Federal opinou, às fls. 178-180, pelo não conhecimento da ordem.

Os autos vieram atribuídos à minha relatoria no dia 23/9/2013.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 276.006 - SP (2013/0281969-0) EMENTA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. SENTENÇA. TENTATIVA DE ROUBO MAJORADO. REGIME ABERTO. APELAÇÃO DA ACUSAÇÃO. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO E REGIME SEMIABERTO. TENTATIVA AFASTADA E FIXAÇÃO DE REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. EFEITO DEVOLUTIVO. VINCULAÇÃO AOS LIMITES POSTOS NO RECURSO. EXCESSO RECONHECIDO. *REFORMATIO IN PEJUS* NESSE PONTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A **proibição da *reformatio in pejus***, derivação da regra mais ampla do *favor rei*, 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.

2. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o **direito de não ver sua situação agravada, direta ou indiretamente**, mas não obsta, por sua vez, que o tribunal, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua **soberana função de *jurisdictio*** – encontre fundamentos e motivação própria, **respeitada, à evidência, a imputação deduzida** pelo órgão de acusação e **os limites da pena imposta** no juízo de origem.

3. Na hipótese dos autos, cotejando-se as assertivas realizadas acerca do amplo efeito devolutivo da apelação com as limitações trazidas, nas razões do recurso, ao julgador de segunda instância, **infere-se que houve, sim, reforma para pior em relação à fundamentação utilizada para o agravamento do regime, porquanto considerou, para tanto, circunstância fática não sopesada na origem e não apontada no recurso da acusação.**

4. Alegado constrangimento ilegal identificado, pois, embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e o *quantum* da pena tenha alcançado, ao final, 5 anos e 4 meses de reclusão, sendo primário o paciente, o regime inicial fixado foi o fechado, sem observância, do art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal.

5. *Writ* não conhecido e ordem concedida, de ofício, para fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.



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, **constato a ocorrência de flagrante ilegalidade**, que reclama a concessão, *ex officio*, da ordem.

Neste *writ*, a defesa postula a fixação do regime inicial semiaberto.

Colhe-se do feito que o paciente foi condenado à pena de 4 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, como incurso no art. 157, § 2º, II, c/c. o art. 14, II, do Código Penal.

Inconformado, o Ministério Público estadual interpôs apelação no Tribunal de Justiça, **visando ao reconhecimento da modalidade consumada do delito e à consequente fixação do regime semiaberto**. Ao recurso foi dado provimento, para afastar a tentativa, condenar o réu por roubo consumado e fixar a pena em 5 anos e 4 meses de reclusão e 13 dias-multa. **O regime foi, no entanto, reformado para o fechado.**

I. Regime inicial de cumprimento de pena - princípio do *ne reformatio in pejus*.

I.1. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O princípio do *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, inc. LV), restaria 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 appello 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 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 destes 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 della pena fissata nella sentenza appellata).*

Resta 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.



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 sustentável tal vedação.

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 juiz 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 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 – 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.**

Nesse sentido grassam diversos julgados dos tribunais



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, j. 31/03/1998, Primeira Turma DJ 08-05-1998 PP-00004. Destaquei.*

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”.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O exemplo, a meu sentir, foi mais longe do que admite 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 direitos. 4. Ordem denegada.(HC 101917/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, 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 j. 18/10/2011, Primeira Turma, DJe-022, 01-02-2012. No mesmo sentido, HC 99972/PR Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA j. 09/08/2011,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Turma 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 nítido predomínio do entendimento de maior limitação à possibilidade a que alude o aresto suscitado. Um exemplo - em situação não exatamente igual à ora versada nestes autos - é o seguinte julgado, 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, Sexta Turma, j. 19/09/2013, DJe 27/09/2013. No mesmo sentido, HC n. 207.366/RS, Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 19/10/2011, HC n. 201.453/DF, Relator Ministro 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, SEXTA TURMA, j. 6/3/2012, 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 a alegação 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 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 o acréscimo de fundamentos pelo tribunal *ad quem*, desde que mantida, obviamente, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 QUINTA TURMA 08/09/2009, 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, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 2/2/2012). 4. *Agravo regimental não provido* AgRg no AREsp 62070/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, j. 15/10/2013, DJe 23/10/2013; no mesmo sentido, no que diz respeito à tese jurídica, HC 260934/RJ, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, j. 23/4/2013, DJe 29/4/2013).

(...) 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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Réu não foi agravada, pois, com o desprovimento da apelação defensiva, manteve-se inalterada a sentença condenatória. Ausente, portanto, a arguida rerformatio in pejus. 3. Ordem de habeas corpus denegada. HC 215333/MT, Relator(a) Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA 21/5/2013, DJe 28/5/2013. No mesmo sentido, HC 187635/MS, Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD desembargadora convocada do TJ/SE) QUINTA TURMA, 14/5/2013, DJe 20/5/2013 e HC 236211/RS Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (desembargadora convocada do TJ/SE) QUINTA TURMA 7/5/2013, DJe 10/5/2013.

I.2. Feita toda essa digressão, importante ressaltar que a hipótese dos autos trata de suposta piora na situação do acusado, **não em decorrência de recurso exclusivo da defesa, mas da acusação**, o que afasta, em parte, a fundamentação anteriormente exposta.

O caso em apreço trata de agravamento da situação do réu, consistente na fixação de regime fechado para o início do cumprimento da pena; porém, **segundo a defesa, o órgão do Parquet tão somente requereu fosse reconhecida a modalidade consumada do delito de roubo**.

Assim, a defesa insiste que não pode haver correção no julgamento feito pela primeira instância, caso não haja impugnação quanto ao ponto. Nesse sentido, afirma que o Tribunal local "foi além do taxativo pleito acusatório, visto que além de acolhê-lo, ainda acrescentou fundamentos inexistentes na petição recursal e no juízo originário na fase do artigo 59 do Código Penal, e, com base nestes, fixou, o regime inicial fechado." (fls. 7-8).

Analiso, portanto, sem olvidar do **amplo efeito devolutivo da apelação**, o fato de haver a Corte de origem alterado o regime inicial de cumprimento de pena.

I.3. O Juiz de primeiro grau assim motivou a fixação do regime aberto, em relação ao ora paciente:

Ao que consta, o acusado é primário c menor de 21 anos, não registrando envolvimento criminal anterior; e confessou; de forma que, atendendo aos critérios norteadores do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, quatro anos de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reclusão e dez dias-multa.

[...]

Em razão da atenuante do réu ter menos de 21 anos de idade na data dos fatos, e por ser primário, e também estar manifestando sintomas de enfermidade, se regime inicial será o ABERTO (cf. Súmula 440 do STJ). Destaquei.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, nos termos do voto condutor do acórdão guerreado, de fato, alterou a fundamentação concernente ao regime, para fixar-lhe no fechado, nos seguinte termos:

Registro que a exasperação da reprimenda implicará em nova análise do regime inicial para o cumprimento da pena carcerária, ainda que o Parquet não tenha feito pedido recursal expresso nesse sentido, em estrita observância artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal.

Assim, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena corporal, que é a opção mais adequada, **em se tratando do delito de roubo, ademais, qualificado, levando-se em conta não só a natureza do delito e as suas circunstâncias, mas também pelo fato de que a vítima foi covardemente agredida e sofreu inúmeras lesões, conforme demonstrado no laudo técnico de fl. 43.**

Aliás, pouco importa que o roubo seja simples ou qualificado, consumado ou tentado: em qualquer das suas formas, esta espécie de crime é muito grave e revela a personalidade deformada daquele que o comete.

Ora, todos sabem que são, precisamente, as características da personalidade do criminoso e a natureza do delito praticado que devem ditar a espécie de reprimenda a ser aplicada e, no caso de aplicação de reprimenda carcerária, o regime inicial do cumprimento da pena. Em outras palavras, para crimes menos graves, reprimendas mais severas, como as carcerárias, cumulativas com as pecuniárias, ou não. E, em ambos os casos, a maior ou menor periculosidade do criminoso tem que ser levada em conta. É isto o que diz a Doutrina, o que estabelece a Lei e o que recomenda o bom senso.

Então, se o agente criminoso cometeu grave delito patrimonial, mediante violência, situação que continua a causar alarme e instabilidade social, obviamente não pode permanecer na rua, terá que ser segregado. E, como a natureza não dá saltos, também essa terapêutica penal terá que se iniciar, naturalmente, pelo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

regime mais rigoroso, passar pelo intermediário e, finalmente, terminar no mais brando. Nos delitos de, digamos, média gravidade, o criminoso, sabidamente, pode iniciar o desconto da pena carcerária no regime semiaberto.

É este, teoricamente, o caminho da desejada ressocialização do criminoso, que, modernamente, é tida como finalidade da pena, embora esta não tenha perdido o caráter retributivo, nem o sentido de prevenção - geral e especial - do crime.

Agora, para atender o disposto pelo artigo 617 do Estatuto de Rito, registro que DANIEL precisa ser agora segregado, a fim de que não restem frustradas as finalidades que, modernamente, se atribui à sanção criminal, quais sejam, a prevenção do crime - geral e especial - e a ressocialização do delinquente, preponderando sobre o caráter meramente retributivo da reprimenda.

Nestas condições, DOU PROVIMENTO ao recurso ministerial, para condenar DANIEL FRANCISCO DE SOUZA PASSOS, como incurso no artigo 157, parágrafo 2º, inciso II, do Código Penal, da forma e nos limites acima descritos. Expeça-se e cumpra-se mandado de prisão em desfavor do réu. (fls. 83-85). Destaquei.

Observo que o relator do feito, lastreado pelo **recurso do Ministério Público**, além de reconhecer a consumação do crime, baseou-se em **circunstância fática não sopesada na instância original** (agressões físicas praticadas contra a vítima) para fixar o regime fechado.

A questão, em relação a esse tópico, é saber **se o Tribunal local ultrapassou os limites** estabelecidos no **recurso** da acusação, a ensejar o ferimento ao princípio da *ne reformatio in pejus*.

Vejamos.

Acerca da vinculação contida no recurso de apelação, esta Corte Superior já decidiu que **"o efeito devolutivo da apelação encontra limites nas razões expostas pelo apelante, em respeito ao princípio da dialeticidade, que rege os recursos previstos no âmbito do processo penal, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte detentora dos interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal."** (HC n. 144.542/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6T, DJe 16/9/2013).

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. TEMA NÃO SUSCITADO E, PORTANTO, NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegada nulidade por não observância do art. 212 do Código de Processo Penal não foi enfrentada pelo Tribunal a quo, o que inviabiliza a análise da matéria por esta Corte, sob pena de se incorrer em indevida supressão de instância, afrontando, conseqüentemente, o princípio do duplo grau de jurisdição.

2. Ademais, o efeito devolutivo amplo da apelação encontra limites nas razões de insurgência expostas pelo apelante, de forma que não há óbice à constatação de eventual supressão de instância por este Tribunal Superior no caso das questões não terem sido enfrentadas pela Corte estadual.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg HC n. 211.243/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 5T, DJe 6/2/2012). Destaquei.

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. ALEGADA INEFICIÊNCIA DA DEFESA. APELAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO. MATÉRIA NÃO APRECIADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT NESTE PONTO.

1. O efeito devolutivo do recurso de apelação criminal encontra limites nas razões expostas pelo recorrente, em respeito ao princípio da dialeticidade que rege os recursos no âmbito processual penal pátrio, por meio do qual se permite o exercício do contraditório pela parte que defende os interesses adversos, garantindo-se, assim, o respeito à cláusula constitucional do devido processo legal.

2. Verificando-se que a Corte de origem não apreciou a questão relativa à declaração de nulidade da ação penal em razão de alegada ineficiência da defesa do paciente, inviável o conhecimento da impetração nesse ponto, sob pena de indevida supressão de instância.

(...)

(HC n. 214.606/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 5T, DJe 3.10.2012). Destaquei.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recurso da acusação foi delimitado nos seguintes termos:

[...]

Para a consumação também é irrelevante terem os objetos subtraídos da vítima sido posteriormente restituídos a ela, pois essa circunstância deve ser utilizada pelo Magistrado para a fixação da pena-base (consequências do fato) e não para considerar tentado o crime, tal como fez o I. Juízo 'a quo'.

Ante o exposto, requeiro o provimento do presente recurso para que o réu seja condenado pela prática de um crime de roubo agravado pelo concurso de pessoas consumado." (fls. 65/66). Destaquei.

Do exame do excerto trazido neste voto, concluo que, para a aplicação do regime inicial de cumprimento da pena, **a circunstância fática de haver sido a vítima agredida, não foi considerada, na sentença, nem foi objeto da apelação do Ministério Público e, no entanto, foi valorada pelo Tribunal.**

Levando-se em conta todo o raciocínio feito, cotejando-se as assertivas realizadas acerca do amplo efeito devolutivo da apelação com as limitações trazidas, nas razões do recurso, ao julgador de segunda instância, **infere-se que houve, sim, violação à regra de proibição da reforma para pior em relação à fundamentação utilizada para o agravamento do regime.**

O Tribunal *a quo*, de fato, **ao analisar o regime** adequado para o cumprimento da pena, trouxe fundamentos dotados de concretude específica sobre o caso em apreço. No entanto, entendo que restou ferido o princípio do *ne reformatio in pejus*, uma vez que lançou mão de circunstância fática não considerada na origem para **ultrapassar os limites estabelecidos no recurso da acusação**, de maneira que não houve meramente um acréscimo de fundamentação, mas verdadeira **inovação** de fundamentação perpetrada pela Corte *a quo*, a gerar prejuízo ao paciente.

Logo, dos excertos das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, anteriormente transcritos, verifico o alegado constrangimento ilegal.

Isso porque, muito embora a pena-base haja sido fixada no mínimo legal e o *quantum* da pena tenha alcançado, ao final, 5 anos e 4 meses



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de reclusão, e reconhecida a primariedade do paciente, o regime inicial fixado foi o fechado. E assim procedeu a Corte de origem porque excedeu na apreciação do **apelo, o qual não pugnou pelo agravamento do regime de cumprimento de pena.**

Ressalto, ainda, que ao Tribunal local não era vedado, ao prover o recurso de apelação do Ministério Público, aumentar a pena e fixar regime mais gravoso, desde que obedecido o comando legal (art. 33, § 2º, alínea "b" e § 3º, do Código Penal) ou com base nas mesmas circunstâncias fáticas lançadas pelo Juiz sentenciante.

Entendo, conseqüentemente, que, em virtude do novo *quantum* final de pena aplicado, incabível a fixação do regime aberto. Contudo, dado o reconhecimento do erro no julgamento (excesso no exame da apelação), o regime deve ser o semiaberto.

À vista do exposto, **não conheço** do *habeas corpus*, mas, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, conceder a ordem postulada, para, reformando o acórdão *a quo*, fixar o regime semiaberto para o cumprimento da pena.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0281969-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 276.006 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00066690220118260223 2230120110066699 3642011 66690220118260223

EM MESA

JULGADO: 26/08/2014

Relator

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO
ADVOGADO : JOAO CARLOS PEREIRA FILHO E OUTRO(S)
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : DANIEL FRANCISCO DE SOUZA PASSOS

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, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.