



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 336.915 - RJ (2015/0241333-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ALESSANDRO BARROS DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DIVERSIDADE DE DROGAS. MODO MAIS GRAVOSO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. REFORMATIO *IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao agravante, com base nas especificidades do caso em análise, notadamente na diversidade de drogas apreendidas (cocaína e maconha), deve ser mantida inalterada a decisão agravada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Embora a Corte estadual haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para manter a imposição do regime inicial fechado, a situação do agravante não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória, de modo que não há falar em *reformatio in pejus*.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 1º de março de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 336.915 - RJ (2015/0241333-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : ALESSANDRO BARROS DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ALESSANDRO BARROS DE SOUZA interpõe agravo regimental contra decisão de minha relatoria, em que neguei seguimento ao habeas corpus e, por conseguinte, mantive a imposição do regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

O agravante alega que não poderia haver sido mantida a imposição do regime inicial mais gravoso, porquanto a Corte estadual incorreu na inadmissível *reformatio in pejus*.

Pondera que "O Tribunal ou qualquer instância superior não pode agregar novos fundamentos à decisão recorrida exclusivamente pela defesa, pois isso violaria o modelo acusatório e todas as demais garantias processuais que lhe são inerentes (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, imparcialidade do juiz e paridade de armas)" (fl. 123).

Requer "seja reconsiderada a d. decisão monocrática ou que seja apresentado em mesa o presente agravo regimental, para conceder a ordem requerida e alterar o regime inicial de cumprimento de penal para o semiaberto" (fl. 127).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no HABEAS CORPUS Nº 336.915 - RJ (2015/0241333-0)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. DIVERSIDADE DE DROGAS. MODO MAIS GRAVOSO CONCRETAMENTE FUNDAMENTADO. REFORMATIO *IN PEJUS*. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Havendo sido concretamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao agravante, com base nas especificidades do caso em análise, notadamente na diversidade de drogas apreendidas (cocaína e maconha), deve ser mantida inalterada a decisão agravada, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

2. Embora a Corte estadual haja mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para manter a imposição do regime inicial fechado, a situação do agravante não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o não provimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória, de modo que não há falar em *reformatio in pejus*.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

Em que pesem os argumentos aduzidos pelo ora agravante, deve a decisão recorrida ser mantida por seus próprios fundamentos.

I. Regime inicial de cumprimento de pena

O Juiz sentenciante entendeu devida a fixação do modo inicialmente **fechado**, consoante a seguir descrito (fl. 63):

Fixo o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte estadual, por sua vez, manteve a imposição do regime inicial fechado, sob a alegação os seguintes motivos (fls. 21-22):

Por fim, correta a fixação do regime inicialmente fechado para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei 8072/90. Tratando-se de tráfico de drogas, crime este de efeitos devastadores, o regime deve ser adequado, independentemente do quantum da pena aplicada.

[...]

Ademais, se mostra compatível a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da sanção, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante da quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida em poder do apelante.

Imperioso salientar que, por ocasião do julgamento do HC n. 111.840/ES, realizado em sessão extraordinária do dia 27/6/2012, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, assim, a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e a eles equiparados.

Dessa forma, reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração **o quantum da pena imposta, a natureza e/ou a quantidade de drogas apreendidas, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto**, para que, então, seja escolhido o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao preconizado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

No caso, verifico que o Tribunal de origem entendeu devida a imposição do regime inicial fechado, com base nas **peculiaridades do caso concreto**, havendo salientado que "se mostra compatível a fixação do regime inicial fechado para cumprimento da sanção [...], **diante da quantidade, diversidade e natureza da droga apreendida em poder do apelante**" (fl. 22).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, havendo sido concretamente fundamentada a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao agravante, com base **nas especificidades do caso em análise**, deve ser mantida inalterada a decisão ora agravada, que concluiu pela ausência de ilegalidade no ponto em que foi estabelecido o modo inicialmente mais gravoso de execução. Saliento que **o recorrente, juntamente com dois adolescentes, trazia consigo, para fins de difusão ilícita, cocaína e maconha.**

II. Ausência de violação do princípio da *ne reformatio in pejus*

Não obstante os argumentos despendidos pelo ora agravante, entendo que deve ser mantida inalterada a conclusão do *decisum* ora recorrido, de que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao manter a imposição do regime inicial fechado, não desconsiderou a regra da *ne reformatio in pejus*.

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

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 pejus* se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito” (MONTAGNA, Mariangela. *Divieto di reformatio in pejus 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.

Sem embargo, não há impedimento a que, **mantida a 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 26/5/2014).

Aqui se está 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, **respeitadas, 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.**

O Supremo Tribunal Federal tem sufragado tal entendimento. Como exemplo, cito aresto da relatoria da Ministra Cármen Lúcia, em que se admitiu expressamente a suplementação de fundamentos pelo tribunal *ad quem*:

[...]

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, 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, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJe-022, 1/2/2012).

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 e decidido tal qual ora proposto:

[...]

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**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

(HC n. 304.886/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., julgado em 24/2/2015, destaquei.)

[...]

2. Não se vislumbra nenhum constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi aplicada a fração de 1/6 de diminuição de pena, uma vez que a Corte estadual fundamentou, concretamente, a aplicação da minorante no menor patamar legalmente previsto, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente (10 tijolos de maconha, pesando ao todo 9.867,47 gramas).

3. Uma vez que foi apresentada fundamentação idônea e suficiente para a aplicação da fração de 1/6 de redução de pena, mostra-se inviável a aplicação da minorante em questão no maior patamar previsto em lei, como pretendido.

4. Não ofende a garantia da *ne reformatio in pejus* e, portanto, não há impedimento legal a que o Tribunal - ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa - emita, para dizer o direito aplicável à espécie (*jurisdicere*), sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.

5. Embora, no caso, a Corte estadual tenha acrescentado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para manter o regime inicial fechado, qual seja, a quantidade de drogas apreendidas, tem-se que a situação do paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação quanto a essa matéria, manteve-se inalterada a sentença condenatória nesse ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 275.110/SP, de **minha relatoria**, 6ª T., DJe 27/11/2014, destaquei.)

[...]

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Esta Corte Superior de Justiça já decidiu no sentido de que o Tribunal de origem não está adstrito aos fundamentos da sentença de 1º grau, uma vez que a apelação criminal tem efeito devolutivo amplo, possibilitando ao Juízo ad quem a ponderação, segundo seu prudente arbítrio, acerca da dosimetria da pena ou do regime inicialmente imposto, ainda que com novos argumentos, desde que respeitados os limites da pena estabelecida no juízo de origem.

3. No caso *sub judice*, a alteração dos fundamentos para justificar a manutenção do regime prisional, em recurso exclusivo da defesa, não ofende o princípio da *ne reformatio in pejus*, visto que não houve o agravamento da situação do réu.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 307.365/PR, Rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador Convocado do TJ/SP, 5ª T., DJe 19/12/2014, destaquei.)

[...]

1. O princípio da vedação a *reformatio in pejus*, disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, veda a reforma da decisão em prejuízo do réu, em recurso exclusivo da defesa.

2. É assente na jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que, em razão do efeito devolutivo amplo da Apelação, o Tribunal *a quo* pode apresentar novos fundamentos para justificar o aumento na pena, desde que esta não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular, mesmo em se tratando de recurso exclusivo do réu.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no HC n. 240.580/MS, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 29/10/2014, destaquei.)

Dessa forma, **embora no caso a Corte estadual haja mencionado fundamentos não utilizados** pelo Juiz sentenciante para manter a imposição do regime inicial fechado, verifico que **a situação do agravante**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi, direta ou indiretamente, **agravada**, pois, com o não provimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

Assim, conquanto o recorrente haja sido definitivamente condenado a reprimenda inferior a 8 anos de reclusão, entendo que as circunstâncias do caso concreto, notadamente **a diversidade de drogas apreendidas**, evidenciam que o regime inicial fechado é, realmente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito praticado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2015/0241333-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
HC 336.915 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00219703620148190204 219703620148190204

EM MESA

JULGADO: 01/03/2016

Relator

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : ALESSANDRO BARROS DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ALESSANDRO BARROS DE SOUZA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
AGRAVADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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