



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.511 - RS (2014/0288693-2)

RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

R.P/ACÓRDÃ : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

O

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PACIENTE : LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. REINCIDÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

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

2. Na espécie, entretanto, houve reforma da sentença para pior em relação ao reconhecimento da reincidência, na medida em que tal vetorial não foi levada em consideração na sentença condenatória, e a omissão não foi objeto de recurso do Ministério Público. Assim, é de afastar-se a inovação, visto que não se trata de mero acréscimo de fundamentação por parte do Tribunal *a quo*, mas de incorporação de agravante não acolhida no juízo singular.

3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para, reconhecendo a *reformatio in pejus*, afastar a agravante da reincidência do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao não conhecimento do habeas corpus. Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura, quanto à concessão da ordem de ofício. Dr(a). RAFAEL RAPHAELLI, pela parte PACIENTE: LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS.

Brasília (DF), 23 de fevereiro de 2016

Ministro Rogerio Schietti Cruz



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.511 - RS (2014/0288693-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em benefício de **Leandro Pereira dos Santos**, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Apelação Criminal n. 70052617172) – fl. 15:

CRIME. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA Inalcançável a absolvição perseguida pela defesa, pois comprovadas a materialidade e autoria delitivas. A primeira pelo auto de apreensão e laudo pericial, obra do IGP. A segunda, muito embora negada pelo réu, restou suficientemente comprovada pelos coerentes e uniformes testemunhos dos policiais militares relatando que, em viatura discreta, foram ao local do fato verificar denúncias de ocorrência de tráfico de drogas realizado por indivíduo negro e gordo. Permaneceram no local, observando a movimentação quando visualizarem o condutor de uma motocicleta depois identificado como sendo o adolescente Joselito se aproximar do réu e com ele efetuar ação similar a uma troca. Decidiram abordá-los, sendo que em poder do adolescente apreenderam duas pedras de *crack* e R\$ 10,00, e com o réu, guardado em um dos bolsos da bermuda, um potinho contendo pedras de *crack*, além de dinheiro. Ainda, na calçada, próximo ao portão de entrada da casa do réu, embaixo de algumas madeiras, encontram um pote contendo mais pedras de *crack* e uma nota de R\$ 100,00 (nota que parecia ser falsa). Do confronto entre os relatos dos policiais, corroborados pelos demais elementos apurados na instrução do processo, e a inverossímil versão do réu, disse que estava dormindo desacompanhada de qualquer apoio no acervo probatório, muito embora de fácil comprovação deve prevalecer a versão acusatória Acrescente-se, ainda, a quantidade de droga apreendida (46 pedras de *crack*, pesando aproximadamente 13 gramas) incompatível com as condições econômicas do réu, o qual não fez qualquer esforço para comprovar ocupação e rendimentos lícitos, além da forma como estava partilhada e embalada a droga, tudo a demonstrar que se destinava a consumo de terceiros. Condenação mantida Causa de aumento prevista no art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/06. Por frágil e insuficiente o acervo probatório, impõe seu expurgo. Há nos autos fortes indícios de que o réu tenha efetuado a venda de duas pedras de crack ao adolescente, á época do fato com pouco mais de dezessete anos e meio, que chegou ao local conduzindo uma motocicleta. No entanto, isso está longe de comprovar que o denunciado envolveu o menor na prática do delito. Pena basilar mantida em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão. Afastamento do mínimo justifica-se pela quantidade e natureza da droga apreendida. Réu reincidente, beneficiado pela equivocada análise da certidão de antecedentes. Expungida a causa de aumento, a pena é a pena-base tornada definitiva. A reincidência e o *quantum* da pena inviabilizam o benefício da redutora e a substituição da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade, e impõem a manutenção do regime inicial fechado. Inviável a isenção da multa.

Apelo defensivo parcialmente provido.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 550 dias-multa, como incurso nos arts. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006. O recurso de apelação foi parcialmente provido para expungir a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, ficando o réu condenado à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Alega o impetrante que, *sem que houvesse recurso ministerial, o acórdão reconheceu a reincidência do paciente, reformando a decisão de primeiro grau, que lhe declarara primário, ainda que tal reconhecimento não tenha implicado em aumento de pena, incidindo, assim, em grave violação ao princípio que veda a reformado in pejus* (fl. 2).

Aduz que o reconhecimento da reincidência, *in casu*, é importantíssimo, porquanto como tal, em sede de execução da pena, deverá o paciente cumprir 3/5 do apenamento que lhe foi cominado para ter direito à progressão de regime, enquanto na hipótese de manutenção da decisão *a quo* terá direito à mudança de regime com o cumprimento de 2/5 de sua pena (fls. 6/7).

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem de *habeas corpus* em favor do paciente, a fim de que seja cassado o acórdão do Tribunal coator, sendo reconhecida a sua primariedade, com o consequente registro em seu processo de execução da pena, para configuração do lapso aquisitivo de direitos assegurados no âmbito da Lei de Execução Penal.

A liminar foi indeferida (fls. 40/43).

Parecer do Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 70/72):

PENAL E PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - DESCABIMENTO - ATUAL JURISPRUDÊNCIA DAS CORTES SUPERIORES - MÉRITO: RECONHECIMENTO DA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

REINCIDÊNCIA EM SEDE DE APELAÇÃO - ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA REFORMATIO IN PEJUS - QUESTÃO NÃO ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM E, SE CONHECIDA, PELA SUA DENEGAÇÃO.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.511 - RS (2014/0288693-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Primeiramente, observo que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. Esse é o atual entendimento adotado no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça, que não têm mais admitido o *habeas corpus* como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso, seja a revisão criminal, salvo em situações excepcionais.

A propósito: HC n. 109.956/PR, Primeira Turma, Ministro Marco Aurélio, DJe 11/9/2012; HC n. 104.045/RJ, Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, DJe 6/9/2012; HC n. 114.924/RJ, Ministro Dias Toffoli, DJe 28/8/2012; e HC n. 146.933/MS, Sexta Turma, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 17/11/2011.

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.

Na espécie, não há ilegalidade passível de ser afastada mediante o deferimento da ordem pretendida.

O paciente, como já relatado, foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, além do pagamento de 550 dias-multa, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006. O recurso de apelação foi parcialmente provido para expungir a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, ficando o réu condenado à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Na minha compreensão, não ficou caracterizada a apontada *reformatio in pejus*, tendo em vista que não houve aumento da pena pela reincidência, ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contrário, houve a redução ao ser afastada a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06 (fls. 26/28). Ainda que possa haver eventual divergência jurisprudencial, inclusive com julgado do Supremo Tribunal Federal, tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que é possível, *mesmo que em recurso exclusivo da defesa, revisar a fundamentação apresentada na dosimetria da pena realizada na sentença, desde que não modificada a sanção cominada, sem que tal procedimento caracterize indevida reformatio in pejus*. Precedentes (HC n. 334.643/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 2/2/2016).

Observe, por outro lado, que o Tribunal de origem reconheceu tratar-se de réu reincidente, pelos seguintes fundamentos (fls. 27/28):

Por oportuno, o réu foi beneficiado pela equivocada análise da certidão de antecedentes realizada pelo juízo *a quo*. Verifica-se que, em relação ao processo nº 2.03.0010416-4, o delito foi cometido em 21.12.2003, a sentença condenatória foi proferida em 13.06.2005, a decisão transitou em julgado em 23.06.2005, e a "extinção ou cumprimento da pena ocorreu em 08.05.2009" (fl. 154). E entre a data da extinção ou cumprimento da pena e a data do fato 09.05.2012, não decorreu o prazo depurador do art. 64, inciso I, do Código Penal. Logo, trata-se de réu reincidente.

Não visualizo, de plano, qualquer ilegalidade na fundamentação transcrita, sendo certo que as razões da impetração se limitaram a apontar a ocorrência de *reformatio in pejus*.

De todo modo, caberá ao Juízo da Vara de Execuções Criminais verificar o preenchimento dos requisitos necessários à obtenção dos benefícios no curso da execução, inclusive quanto aos prazos aplicáveis à espécie, bem como averiguar se o paciente é, ou não, de fato, reincidente.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 308.511 - RS (2014/0288693-2)

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

I. Histórico

LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul** nos autos da Apelação Criminal n. 70052617172.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, em primeiro grau, à pena de 6 anos, 1 mês e 15 dias de reclusão, como incurso no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei n. 11.343/2006.

Irresignada, a defesa interpôs apelação, ocasião em que a Corte local deu parcial provimento ao recurso, para afastar a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, ficando o réu condenado à pena de 5 anos e 3 meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Neste *writ*, alega a defesa que, "sem que houvesse recurso ministerial, o acórdão reconheceu a reincidência do paciente, reformando a decisão de primeiro grau, que lhe declarara primário, ainda que tal reconhecimento não tenha implicado em aumento de pena, incidindo, assim, em grave violação ao princípio que veda a *reformado in pejus*" (fl. 2). Aduz que "o reconhecimento, ou não, da reincidência, *in casu*, é importantíssimo, porquanto como tal, em sede de execução da pena, deverá o paciente cumprir 3/5 do apenamento que lhe foi cominado para ter direito à progressão de regime, enquanto na hipótese de manutenção da decisão *a quo*, terá direito à mudança de regime com o cumprimento de 2/5 de sua pena" (fls. 6-7).

Requer, em liminar e no mérito, a concessão da ordem de habeas corpus em favor do paciente, a fim de que seja cassado o acórdão do Tribunal coator, sendo reconhecida a sua primariedade, com o consequente registro em seu processo de execução da pena, para configuração do lapso aquisitivo de direitos assegurados no âmbito da Lei de Execução Penal.

Indeferida a liminar e prestadas as informações de fls. 50-67, foram os autos enviados ao MPF, que, em parecer do Subprocurador-Geral da República Roberto de Almeida, oficiou pela denegação da ordem (fls. 70-72).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II. Contextualização

A sentença dosou a pena nos seguintes termos:

[...] PASSO A FIXAR A PENA

Atendendo o comando do art. 68, bem como os vetores do art. 59, ambos do CP, verificam que o réu não registra antecedentes (fl. 154), uma vez que com relação ao feito nº 2.03.0010416-4 decorridos mais de cinco anos entre a data do trânsito em julgado e data do fato; Com relação ao feito nº 2.08.0003876-9, o ofício da fl. 212 informa que o processo está aguardando remessa ao Egrégio Tribunal de Justiça. Não existem elementos para aferir sua conduta social.

Quanto à sua personalidade, não há elementos para diagnosticar transtornos sócio-psicológicos. Os motivos limitam-se a ganhar dinheiro à custa de sofrimento alheio. No que tange às circunstâncias do crime, merecem relevo, pois se encontrava vendendo entorpecentes a menor no momento da infração, o que será valorado em momento oportuno. As consequências do crime são muito graves, uma vez que o comércio de drogas aniquila famílias e dá sustentáculo do crime organizado. Por fim, a vítima é o Estado que em nada colaborou.

Dessa forma, conforme seja necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do crime, a culpabilidade deve ser mensurada um pouco além do mínimo.

Assim, fixo a pena-base em 5 anos e 3 meses de reclusão.

Ausente circunstância agravante e atenuante, transformo a pena-base em pena provisória que estabeleço em 5 anos e 3 meses de reclusão.

Na presença da circunstância majorante exposta no art. 40, inciso VI, da Lei n.º 11.343/06, aumento a pena em 1/6. Sendo assim, transformo a pena provisória em pena definitiva que estabeleço em 06 anos 01 mês e 15 dias de reclusão. [...] (fls. 13-14)

O Tribunal de origem, embora tenha diminuído o *quantum* de pena, reconheceu a reincidência sob os seguintes fundamentos:

[...]

Por oportuno, o réu foi beneficiado pela equivocada análise da certidão de antecedentes realizada pelo juízo *a quo*.

Verifica-se que, em relação ao processo nº 2.03.0010416-4, o delito foi cometido em 21.12.2003, a sentença condenatória foi proferida em 13.06.2005, a decisão transitou em julgado em 23.06.2005, e a "extinção ou cumprimento da pena ocorreu em 08.05.2009" (fl. 154).

E entre a data da extinção ou cumprimento da pena e a data do fato



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

09.05.2012, não decorreu o prazo depurador do art. 64, inciso I, do Código Penal. Logo, trata-se de réu reincidente.
[...] (fls. 27-28)

III. *Reformatio in pejus*

Relativamente ao reconhecimento da reincidência pela Corte local, a defesa assere que houve **reforma para pior**, por ocasião do julgamento de sua apelação, uma vez que **essa agravante não fora avaliada pelo Magistrado de primeiro grau**, vedada, portanto, sua avaliação negativa no exame de recurso exclusivo da defesa.

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, igualmente, 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, existe o interesse, do mesmo Estado, em tutelar a liberdade individual daquele que está 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 pejus* se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito” (MONTAGNA, Mariangela. *Divieto di reformatio in pejus e appello incidentale*. 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Deveras, não pudesse o acusado, por temer o agravamento de sua situação penal e processual, livremente exercitar 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.

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 para determinar a 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, também, 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 autônoma imputazione; siamo in sostanza nel caso dela 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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, faz-se 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 juiz de primeiro grau, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

concebida para a tutela da liberdade humana, legitimar-se o vício do ato constritivo ao direito de locomoção do paciente” (RHC n. 45748/MG, de **minha relatoria**, DJe 26/5/2014).

Cuida-se aqui de hipótese distinta, **em que se discute a validade da fundamentação** do acórdão proferido pelo tribunal – em apelação exclusivamente manejada pela defesa do réu contra sentença condenatória –, 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, respeitados, 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.**

Feita toda essa digressão, no caso concreto, reputo que **a Corte estadual, ao sopesar a reincidência, violou a proibição de reforma para pior** da sentença monocrática. Isso porque, da detida leitura da fundamentação retrotranscrita, infere-se que o Magistrado de primeiro grau reconheceu a primariedade do réu.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, nos termos do voto condutor do acórdão guerreado, de fato, **não obstante a exclusão da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas, fixando a pena em 5 anos e 3 meses de reclusão, no regime fechado, acrescentou, em desfavor do réu, a reincidência.**

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 reforma para pior em relação à reincidência, na medida em que essa vetorial não foi levada em consideração na sentença**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

condenatória, nem impugnada pelo Ministério Público. Não se trata de mero acréscimo de fundamentação por parte do Tribunal *a quo*, mas de inovação sobre agravante à pena não reconhecida pelo juízo singular.

Isso significa dizer que a Corte local estava, sim, autorizada a refazer a dosimetria nesse ponto, tendo em vista o efeito devolutivo da apelação, à exceção de circunstâncias judiciais, agravantes ou causas de aumento de pena não tratadas na sentença e não impugnadas pelo Ministério Público.

Concluo que, apesar de, ao final, haver sido mantida a pena aplicada ao paciente, **há consequências concretas e prejudiciais ao réu** na medida em que não só isso afeta o regime de pena, mas também a própria progressão da execução penal, dada a reincidência.

IV. Dispositivo

À vista do exposto, não conheço da impetração, por entender inadequado o uso do *writ* como substitutivo do meio impugnativo próprio. Entretanto, examinando seu conteúdo, identifico o apontado constrangimento ilegal, o que me leva a, *ex officio*, **conceder a ordem** postulada, para, reconhecendo a *reformatio in pejus*, afastar a reincidência do paciente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0288693-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 308.511 / RS

MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00086491120128210086 05683168120128217000 08621200020905 5683168120128217000
70052617172 8621200020905 86491120128210086

EM MESA

JULGADO: 23/02/2016

Relator

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

Relator para Acórdão

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

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO DE PAIVA ARAÚJO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS (PRESO)

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

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **RAFAEL RAPHAELLI**, pela parte PACIENTE: **LEANDRO PEREIRA DOS SANTOS**

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 habeas corpus, concedendo, contudo, por maioria, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz, que lavrará o acórdão, vencido o Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator, quanto ao não conhecimento do habeas corpus.

Votaram com o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) e Maria Thereza de Assis Moura, quanto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

à concessão da ordem de ofício.