



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.365 - SP (2014/0015762-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : MICHELE DOS SANTOS MONTEIRO (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a invocação deste dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

3. Verificando-se que a condenação da paciente já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar a eventual possibilidade de imposição de regime prisional mais brando, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz do preconizado no art. 33 do Código Penal.

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

5. Nada impede que o Tribunal ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa, possa emitir sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no Juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.

6. Embora, no caso, a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, verifico que a situação da paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

7. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (17 pedras de crack), consoante o disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.

8. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.



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 pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concediam a ordem de ofício em maior extensão. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 04 de dezembro de 2014

MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.365 - SP (2014/0015762-9)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : MICHELE DOS SANTOS MONTEIRO (PRESO)

RELATÓRIO

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

MICHELE DOS SANTOS MONTEIRO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000330-64.2013.8.26.0576).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade (Processo n. 31/2013).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o juiz sentenciante teria determinado a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, com base tão somente no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

Afirma, ainda, que, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, da primariedade, dos bons antecedentes, da residência fixa da paciente no distrito da culpa e da ausência de emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa no delito perpetrado, deveria ser determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime aberto de cumprimento de pena e determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concedido o *sursis*.

A liminar foi parcialmente deferida pelo então Presidente em exercício deste Superior Tribunal, para que a paciente aguardasse o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* em regime aberto, caso não estivesse



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

presa em regime mais severo por outro motivo.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, para estabelecer o regime prisional aberto e permitir a substituição da pena, a ser definida pelo Juiz da Execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.365 - SP (2014/0015762-9)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESVIRTUAMENTO. EXECUÇÃO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. REGIME PRISIONAL DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. ART. 44 DA NOVA LEI DE DROGAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERMUTA EM TESE ADMITIDA. RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS NOVOS. REFORMATIO IN PEJUS. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Mesmo para os crimes hediondos ou os a eles equiparados, cometidos na vigência da Lei n. 11.464/2007, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

2. Reconhecida a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a invocação deste dispositivo não serve para justificar a fixação do regime mais gravoso, haja vista que, para estabelecer o regime inicial de cumprimento de pena, deve o magistrado avaliar o caso concreto, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo art. 33 e parágrafos do Código Penal.

3. Verificando-se que a condenação da paciente já transitou em julgado, cabe ao Juízo das Execuções Criminais avaliar a eventual possibilidade de imposição de regime prisional mais brando, uma vez que o Tribunal de origem não procedeu à análise dos elementos concretos constantes dos autos à luz do preconizado no art. 33 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Diante da declaração de inconstitucionalidade pela Corte Suprema da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, mostra-se possível, em princípio, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.
5. Nada impede que o Tribunal ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa, possa emitir sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no Juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.
6. Embora, no caso, a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas, verifico que a situação da paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada, pois, com o improvimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.
7. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi negada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em razão da natureza e da quantidade de drogas apreendidas (17 pedras de crack), consoante o disposto no inciso III do artigo 44 do Código Penal.
8. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Juízo das Execuções Criminais proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, segundo apurado, em 2/1/2013, trazia consigo 17 pedras de crack, embaladas individualmente em plástico preto, prontas para o comércio, pesando 3,110g.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, à qual foi negado provimento.

I. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

No que tange ao regime de cumprimento de pena fixado à paciente, verifico que o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo **inicial fechado**, pelos seguintes fundamentos (fl. 14):

Quanto à pena privativa de liberdade, em razão do disposto no art. 2º e § 1º da Lei n. 8.072/90 com a alteração feita pela Lei 11.464/07, deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, recomendando-a no presídio em que se encontra.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso, pelos argumentos abaixo aduzidos (fl. 25):

O regime para o tráfico ilícito de entorpecentes é o inicial fechado, *ex vi legis*. Ademais, regime mais brando é incompatível com a gravidade da ação, porque condutas como a da acusada, insisto, disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, demandando uma enérgica e séria reação do Estado. Não se vislumbra, em face dos motivos já expostos, regime outro capaz de atender ao binômio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reprovação-prevenção.

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal, capaz de ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício, haja vista a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pelas instâncias ordinárias.

Imperioso salientar que, no 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 artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado.

Assim, uma vez que a condenação da paciente ainda não transitou em julgado **para a defesa** (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo), caberá à **Corte estadual** a análise do caso concreto, para aferir a eventual possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

II. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Em relação à almejada substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, constato que o juiz sentenciante entendeu inviável a concessão desse benefício à paciente, consoante a seguir descrito (fl. 14):

Como o crime de tráfico de drogas é hediondo e vem sendo rigorosamente combatido pelo Estado, não há como ser a pena



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, até porque não se torna socialmente recomendável, sob pena de jogarmos por terra princípios morais e incentivarmos o comércio ilícito de drogas.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o indeferimento da benesse em questão, pelos argumentos abaixo expostos (fls. 24-25):

A despeito do volume das penas impostas, não há se falar na substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, nem de concessão de "sursis", por evidente incompatibilidade dos benefícios com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais. A conduta concretamente examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer a ré com as benesses pleiteadas. A substituição ou a concessão do "sursis", no caso dos autos, implicaria na mais clara e odiosa impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é tão perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso. Ademais, condutas como a da acusada disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Por fim, importante ressaltar que a conduta de quem pratica o tráfico de entorpecentes também não se amolda aos parâmetros estabelecidos no artigo 44 do Código Penal. **Não se perca de vista que a quantidade de pedras de crack indica vínculo sério com o tráfico**, lembrando-se que basta a inalação de uma única pedra de crack para que o indivíduo, no mais das vezes irremediavelmente, se converta em viciado, o que demonstra que o agente do crime deve ser duramente penalizado.

Com efeito, certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Imperioso salientar, entretanto, que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso dos autos, o Juiz sentenciante **deixou de apontar elementos concretos**, tais como a natureza ou a quantidade de drogas apreendidas, que, à luz do art. 44 do Código Penal, efetivamente evidenciassem a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para a prevenção e a repressão do delito perpetrado na espécie.

Verifico, todavia, que a Corte estadual, no julgamento da apelação, manteve a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade **com base na quantidade e na natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente (ao todo, 17 pedras de crack, embaladas individualmente em plástico preto, pesando 3.110g), elementos que efetivamente evidenciam a insuficiência da medida**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

almejada, nos termos do inciso III do artigo 44 do Código Penal.

Nesse ponto, apenas destaco que não há que falar na inadmissível inovação de fundamentação por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao manter o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso porque 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 do *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, valendo destacar 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, é 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: *Le impugnazioni penali*, A. Gaito, (org.), 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.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esvaziado, gerando-se, por outro lado, o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, como destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

Sem embargo dessa concepção garantidora dos direitos do acusado em um processo penal, **nada impede que o Tribunal ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa, possa emitir sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.**

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.

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.

Assim, no Supremo Tribunal Federal, é sempre lembrado o julgado da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que anotou:

[...]

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 76.156/SP, Primeira Turma, DJ 8/5/1998).

Mais recentemente, encontram-se dois arestos relatados pelos Ministros Cezar Peluso e Cármen Lúcia, respectivamente, assim resumidos:

1. AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Não apreciação de tese defensiva. Não é nula a sentença que analisa a prova colhida à luz dos argumentos defensivos. Precedentes.

2. APELAÇÃO. Apreciação de tese defensiva pelo Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Inocorrência. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal. Precedentes. Precedentes.

(HC n. 88.008/SP, Segunda Turma, DJe 19/02/2010).

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*.

[...]

6. Ordem denegada.

(HC n. 106.113/MT, Primeira Turma, DJe 01/02/2012).

Também, aqui no Superior Tribunal de Justiça, por ambas as Turmas da Terceira Seção, a matéria tem sido enfrentada. É bem verdade que, na Sexta Turma, há forte e nítido predomínio do entendimento – ao qual inicialmente aderi – segundo o qual:

[...]

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(HC n. 223.524/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T., 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; REsp n. 1.117.700/ES, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28/8/2013.

Há, todavia, decisão da própria Sexta Turma sufragando o entendimento ora sustentado:

[...]

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 n. 218.858/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., j. 6/3/2012, DJe 26/3/2012).

Já a Quinta Turma, em maior sintonia com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, perfilha entendimento de que a proibição da reforma para pior **não impede a inovação de fundamentos pelo Tribunal ad quem**, desde que mantida, obviamente, a situação do acusado imposta na instância originária. A propósito, confirmam-se:

[...]

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.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ordem denegada.

(HC 133.127/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª T., 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 n. 142.443/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 62.070/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, 5ª T., j. 15/10/2013, DJe 23/10/2013).

Dessa forma, embora, no caso, a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (17 pedras de crack, pesando, ao total, 3.110g), verifico que **a situação da paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada**, pois, com o improvimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

Assim, conquanto a paciente tenha sido condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tenho que referidas circunstâncias, somadas às peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida – crack), evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

examinando seu conteúdo, **concedo a ordem, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.365 - SP (2014/0015762-9)

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:

MICHELE DOS SANTOS MONTEIRO, paciente neste *habeas corpus*, estaria sofrendo coação ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação Criminal n. 0000330-64.2013.8.26.0576).

Depreende-se dos autos que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, sendo-lhe vedado o apelo em liberdade (Processo n. 31/2013).

A impetrante sustenta a ocorrência de constrangimento ilegal, ao argumento de que o juiz sentenciante teria determinado a imposição do regime inicial fechado de cumprimento de pena, com base tão somente no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, declarado inconstitucional pela Corte Suprema.

Afirma, ainda, que, diante das circunstâncias judiciais favoráveis, da primariedade, dos bons antecedentes, da residência fixa da paciente no distrito da culpa e da ausência de emprego de violência ou grave ameaça contra pessoa no delito perpetrado, deveria ser determinada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Requer a concessão da ordem, para que seja fixado o regime aberto de cumprimento de pena e determinada a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos ou concedido o *sursis*.

A liminar foi parcialmente deferida pelo então Presidente em exercício deste Superior Tribunal, para que a paciente aguardasse o julgamento do mérito do presente *habeas corpus* em regime aberto, caso não estivesse presa em regime mais severo por outro motivo.

Informações prestadas.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem, para estabelecer o regime prisional aberto e permitir a substituição da pena, a ser definida pelo Juiz da Execução.

Pelo seu voto, o insigne Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ não conheceu do *writ*, concedendo a ordem de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(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.

Dos documentos trazidos à colação, verifico que a paciente foi condenada à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais multa, pela prática do crime previsto no artigo 33, *caput* e § 4º, da Lei n. 11.343/2006, porque, segundo apurado, em 2/1/2013, trazia consigo 17 pedras de crack, embaladas individualmente em plástico preto, prontas para o comércio, pesando 3,110g.

Inconformada com a condenação, a defesa interpôs apelação ao Tribunal de Justiça de São Paulo, à qual foi negado provimento.

I. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

No que tange ao regime de cumprimento de pena fixado à paciente, verifico que o juiz sentenciante entendeu devida a imposição do modo **inicial fechado**, pelos seguintes fundamentos (fl. 14):

Quanto à pena privativa de liberdade, em razão do disposto no art. 2º e § 1º da Lei n. 8.072/90 com a alteração feita pela Lei 11.464/07, deverá ser cumprida inicialmente em regime fechado, recomendando-a no presídio em que se encontra.

A Corte estadual, por sua vez, manteve inalterada a fixação do regime inicial mais gravoso, pelos argumentos abaixo aduzidos (fl. 25):

O regime para o tráfico ilícito de entorpecentes é o inicial fechado, *ex vi legis*. Ademais, regime mais brando é incompatível com a gravidade da ação, porque condutas como a da acusada, insisto, disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, demandando uma enérgica e séria reação do Estado. Não se vislumbra, em face dos motivos já expostos, regime outro capaz de atender ao binômio reprovação-prevenção.

Dos trechos anteriormente transcritos, verifico a ocorrência de manifesto constrangimento ilegal, capaz de ensejar a concessão de *habeas corpus*, de ofício, haja vista a fundamentação meramente *ope legis* empreendida pelas instâncias ordinárias.

Imperioso salientar que, no 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 artigo 2º da Lei n. 8.072/1990, a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da pena imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, então, seja fixado o regime carcerário que, à luz do disposto no art. 33 e parágrafos do Código Penal, se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do delito perpetrado.

Assim, uma vez que a condenação da paciente ainda não transitou em julgado **para a defesa** (conforme consulta processual realizada na página eletrônica do Tribunal de Justiça de São Paulo), caberá à **Corte estadual** a análise do caso concreto, para aferir a eventual possibilidade de fixação de regime inicial mais brando de cumprimento de pena, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

II. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS

Em relação à almejada substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direitos, constato que o juiz sentenciante entendeu inviável a concessão desse benefício à paciente, consoante a seguir descrito (fl. 14):

Como o crime de tráfico de drogas é hediondo e vem sendo rigorosamente combatido pelo Estado, não há como ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, até porque não se torna socialmente recomendável, sob pena de jogarmos por terra princípios morais e incentivarmos o comércio ilícito de drogas.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, manteve o indeferimento da benesse em questão, pelos argumentos abaixo expostos (fls. 24-25):

A despeito do volume das penas impostas, não há se falar na substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, nem de concessão de "sursis", por evidente incompatibilidade dos benefícios com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais. A conduta concretamente examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer a ré com as benesses pleiteadas. A substituição ou a concessão do "sursis", no caso dos autos, implicaria na mais clara e odiosa impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é tão perniciosa para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso. Ademais, condutas como a da acusada disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Por fim, importante ressaltar que a conduta de quem pratica o tráfico de entorpecentes também não se amolda aos parâmetros estabelecidos no artigo 44 do Código Penal. **Não se perca de vista que a quantidade de pedras de crack indica vínculo sério com o tráfico**, lembrando-se que basta a inalação de uma única pedra de crack para que o indivíduo, no mais das vezes irremediavelmente, se converta em viciado, o que demonstra que o agente do crime deve ser duramente penalizado.

Com efeito, certo é que, em 1º/9/2010, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 97.256/RS, da relatoria do Ministro Ayres Britto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como da expressão "vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos", contida no artigo 44 do mesmo diploma normativo, por ofensa ao princípio constitucional da individualização da pena.

Assim, diante da declaração de inconstitucionalidade das mencionadas expressões pela Suprema Corte, mostra-se possível, **em princípio**, proceder-se à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mesmo que perpetrado já na vigência da Lei n. 11.343/2006.

Vale mencionar, ainda, que o Senado Federal promulgou a Resolução n. 5 (15/2/2012), determinando a suspensão da expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

Imperioso salientar, entretanto, que, para a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos objetivos e subjetivos exigidos para a concessão dessa benesse, os quais se encontram previstos no art. 44 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I - aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II - o réu não for reincidente em crime doloso;

III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

No caso dos autos, o Juiz sentenciante **deixou de apontar elementos concretos**, tais como a natureza ou a quantidade de drogas apreendidas, que, à luz do art. 44 do Código Penal, efetivamente evidenciassem a insuficiência da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos para a prevenção e a repressão do delito perpetrado na espécie.

Verifico, todavia, que a Corte estadual, no julgamento da apelação, manteve a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade **com base na quantidade e na natureza da substância entorpecente apreendida em poder do paciente (ao todo, 17 pedras de crack, embaladas individualmente em plástico preto, pesando 3.110g), elementos que efetivamente evidenciam a insuficiência da medida almejada, nos termos do inciso III do artigo 44 do Código Penal.**

Nesse ponto, apenas destaco que não há que falar na inadmissível inovação de fundamentação por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao manter o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Isso porque 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 do *ne reformatio in pejus* é adotado, no plano dogmático, pela generalidade dos países ocidentais, valendo destacar 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 pejus se perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito*” (MONTAGNA, Mariangela. *Divieto di reformatio in pejus e appello incidentale*. In: *Le impugnazioni penali*, A. Gaito, (org.), 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.

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-se, por outro lado, o trânsito em julgado de uma sentença que, ao menos para ele, como destinatário do comando judicial, materializou uma iniquidade.

Sem embargo dessa concepção garantidora dos direitos do acusado em um processo penal, **nada impede que o Tribunal ao qual se devolveu o conhecimento da causa, por força de recurso, ainda que exclusivo da defesa, possa emitir sua própria fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e contraditoriamente debatidas no juízo *a quo*, objeto da sentença impugnada no recurso.**

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.

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.

Assim, no Supremo Tribunal Federal, é sempre lembrado o julgado da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em que anotou:

[...]

II. Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. A



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 76.156/SP, Primeira Turma, DJ 8/5/1998).

Mais recentemente, encontram-se dois arestos relatados pelos Ministros Cezar Peluso e Cármen Lúcia, respectivamente, assim resumidos:

1. AÇÃO PENAL. Sentença condenatória. Não apreciação de tese defensiva. Não é nula a sentença que analisa a prova colhida à luz dos argumentos defensivos. Precedentes.

2. APELAÇÃO. Apreciação de tese defensiva pelo Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Inocorrência. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal. Precedentes. Precedentes.

(HC n. 88.008/SP, Segunda Turma, DJe 19/02/2010).

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*.

[...]

6. Ordem denegada.

(HC n. 106.113/MT, Primeira Turma, DJe 01/02/2012).

Também, aqui no Superior Tribunal de Justiça, por ambas as Turmas da Terceira Seção, a matéria tem sido enfrentada. É bem verdade que, na Sexta Turma, há forte e nítido predomínio do entendimento – ao qual inicialmente aderi – segundo o qual:

[...]

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mantidos os demais termos do acórdão vergastado.

(HC n. 223.524/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª T., 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; REsp n. 1.117.700/ES, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 28/8/2013.

Há, todavia, decisão da própria Sexta Turma sufragando o entendimento ora sustentado:

[...]

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 n. 218.858/SP, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, 6ª T., j. 6/3/2012, DJe 26/3/2012).

Já a Quinta Turma, em maior sintonia com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, perfilha entendimento de que a proibição da reforma para pior **não impede a inovação de fundamentos pelo Tribunal *ad quem***, desde que mantida, obviamente, a situação do acusado imposta na instância originária. A propósito, confirmam-se:

[...]

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 de o 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 133.127/SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, 5ª T., 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 n. 142.443/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2011, DJe 02/02/2012).

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 62.070/MG, Relator Ministro JORGE MUSSI, 5ª T., j. 15/10/2013, DJe 23/10/2013).

Dessa forma, embora, no caso, a Corte estadual tenha mencionado fundamentos não utilizados pelo Juiz sentenciante para afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quais sejam, a natureza e a quantidade de drogas apreendidas (17 pedras de crack, pesando, ao total, 3.110g), verifico que **a situação da paciente não foi, direta ou indiretamente, agravada**, pois, com o improvimento do recurso de apelação, manteve-se inalterada a sentença condenatória.

Assim, conquanto a paciente tenha sido condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão, tenho que referidas circunstâncias, somadas às peculiaridades do caso concreto (em especial, a alta nocividade da substância entorpecente apreendida – crack), evidenciam que a substituição da sanção reclusiva por restritiva de direitos não se mostrará suficiente para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do artigo 44, III, do Código Penal.

À vista do exposto, não conheço do *habeas corpus*. Contudo, examinando seu conteúdo, **concedo a ordem, de ofício, tão somente para que, afastada a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado, o Tribunal de Justiça de São Paulo proceda à análise do caso concreto, aferindo a eventual possibilidade de fixar à paciente regime inicial mais brando de cumprimento de pena**, à luz do disposto no art. 33 do Código Penal.

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, em maior extensão, amparada nos argumentos que seguem.

Verifica-se, *in casu*, que o Juízo de primeira instância, ao negar à paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, o fez com esboço nos seguintes fundamentos:

Como o crime de tráfico de drogas é hediondo e vem sendo rigorosamente combatido pelo Estado, não há como ser a pena privativa de liberdade substituída por restritiva de direitos, até porque não se torna socialmente recomendável, sob pena de jogarmos por terra princípios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

morais e incentivarmos o comércio ilícito de drogas (fl. 14).

O Tribunal *a quo*, por sua vez, assim se manifestou acerca do tema ora em testilha:

A despeito do volume das penas impostas, não há se falar na substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, nem de concessão de "sursis", por evidente incompatibilidade dos benefícios com a conduta de quem trafica, disseminando o mal na sociedade, com a nota de que a lei estabelece o regime inicial fechado para casos tais. A conduta concretamente examinada, evidentemente, não se encontra entre aquelas em que o legislador pretendeu favorecer a ré com as benesses pleiteadas. A substituição ou a concessão do "sursis", no caso dos autos, implicaria na mais clara e odiosa impunidade, em desprestígio para o Poder Judiciário e risco concreto para a sociedade, que se vê refém dos efeitos nefastos da ação delitiva. A atividade do traficante, indivíduo sem escrúpulos, é tão pernicioso para a sociedade, destruindo o cidadão e sua família, para o exercício do comércio ilícito, que fica até mesmo difícil imaginar uma pena substitutiva para ser aplicada, se fosse caso. Ademais, condutas como a da acusada disseminam o vício, criando toda sorte de problemas, desde os mais óbvios, de saúde pública, até aqueles que constituem reflexo da atividade, vez que a prática do tráfico fomenta a ocorrência de diversos outros crimes graves, demandando uma enérgica e séria reação do Estado, até como fator profilático. Por fim, importante ressaltar que a conduta de quem pratica o tráfico de entorpecentes também não se amolda aos parâmetros estabelecidos no artigo 44, do Código Penal. Não se perca de vista que a quantidade de pedras de crack indica vínculo sério com o tráfico, lembrando-se que basta a inalação de uma única pedra de crack para que o indivíduo, no mais das vezes irremediavelmente, se converta em viciado, o que demonstra que o agente do crime deve ser duramente penalizado (fls. 24/25).

Da leitura dos autos, verifica-se que, no julgamento da apelação defensiva, o Tribunal de Justiça Estadual agregou fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando a quantidade da substância entorpecente encontrada em poder da paciente para manter a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

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.

Na espécie, a saber, invocou a Corte estadual a quantidade da droga apreendida em poder da paciente, elemento este não considerado pelo Magistrado sentenciante. Com efeito, ao negar a substituição da pena, o Juízo de primeiro grau apenas fez menção à hediondez e à gravidade abstrata do delito.

Ora, os temas que não foram objeto de recurso pelo Ministério Público restam preclusos, mostrando-se, portanto, inoportuna a consideração da droga na apreciação da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

legalidade negativa da substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos, porquanto nem ao menos foi interposto recurso da sentença pelo *Parquet*.

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. INOVAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA 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 revisão criminal.

2. O acórdão de apelação que, julgando recurso exclusivo da defesa, agrega novos fundamentos ao decisum condenatório, invocando a quantidade e a natureza da droga, não consideradas pelo Magistrado sentenciante, para fixar a pena-base acima do mínimo legal, incorre em reformatio in pejus.

3. A Terceira Seção desta Corte consolidou o entendimento de que a atenuante da confissão espontânea, por envolver a personalidade do agente, deve ser compensada com a agravante da reincidência (EREsp n.º 1.154.752-RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 23.5.2012).

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, apenas para fixar a pena-base no mínimo legal, bem como compensar a atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, reduzindo a pena privativa de liberdade imposta ao paciente para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidos os demais termos do acórdão.

(HC 226.446/ES, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013)

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 sede de recurso exclusivo da defesa, com fundamentos inovadores, em substituição à motivação adotada em primeiro grau de jurisdição.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 da ré.

Dessa maneira, não há, em meu sentir, possibilidade de se manter a condenação imposta pelo Tribunal nesses termos, 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**, em maior extensão, reconhecendo a ocorrência de *reformatio in pejus* no tocante à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 287.365 - SP (2014/0015762-9)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Não conheço do *habeas corpus*, mas **concedo** a ordem **de ofício**, em maior extensão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0015762-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 287.365 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00003306420138260576 20130000634053 312013 3306420138260576

EM MESA

JULGADO: 04/12/2014

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	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE	: MICHELE DOS SANTOS MONTEIRO (PRESO)

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

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. A Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior concediam a ordem de ofício em maior extensão.

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