HABEAS CORPUS Nº 502.999 - MS (2019/0098906-8)

RELATOR	**:**	**MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ**
IMPETRANTE	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
ADVOGADOS	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL FRANCISCO CARLOS BARIANI
IMPETRADO	:	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
PACIENTE	:	AILTON PEDROSA (PRESO)

DECISÃO

AILTON PEDROSA alega sofrer constrangimento ilegal em seu direito de locomoção, em decorrência de acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul** na Revisão Criminal n. 1600380-20.2018.8.12.0000.

Nesta Corte, a impetrante aponta a ocorrência de *reformatio in pejus*, porquanto, "afastada a circunstância judicial negativa da personalidade [...] a pena-base não foi reduzida" (fl. 9). Ainda, considera não haver fundamentação concreta a embasar a escolha de percentual diferente de 1/6 para a diminuição da reprimenda, pela incidência da atenuante da confissão.

Requer, então, a redução proporcional da sanção-base e a fixação da fração de 1/6 para a redução da pena, em virtude do reconhecimento de atenuante em favor do réu.

As informações foram prestadas às fls. 367-423 e 433-438. O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 443-452).

Decido.

I. Contextualização

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 8 anos de reclusão, em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 129, § 3º, c/c os arts. 65, III, "d" e 61, I, todos do Código Penal.

Na ocasião, o Magistrado sentenciante fixou a reprimenda básica em 8 anos e 3 meses de reclusão, por sopesar desfavoravelmente, ao

denunciado, a culpabilidade, os antecedentes, os motivos e a personalidade. Nas demais etapas do processo dosimétrico, o Juiz assentou (fl. 299): "Reduzo em 6 (seis) meses de reclusão para atenuante da confissão. Aumento em 3 (três) meses de reclusão pela agravante da reincidência. Assim, fica condenado em definitivo em 8 (oito) anos de reclusão".

Inconformada, a defesa interpôs revisão criminal, à qual o Tribunal de Justiça, por maioria, negou provimento. No tocante à primeira etapa da dosimetria da pena, a defesa se irresignou apenas quanto à fundamentação aduzida para desfavorecer a culpabilidade, a personalidade e os antecedentes. A referida Corte entendeu por bem afastar a consideração negativa da personalidade, nos seguintes termos (fls. 349-350):

> Por outro lado, foi inidônea a elevação da pena-base a título de personalidade propensa a crimes, seja porque o uso das condenações definitivas que serviram de base para os maus antecedentes e a reincidência acarreta indevido *bis in idem*, seja porque a utilização de inquéritos policiais e ações penais em andamento viola o princípio da presunção de inocência, conforme entendimento desde então pacificado por meio da Súmula 444 do c. STJ (editada em 24/04/2010).
> Isso não obstante, cumpre ressaltar que a resposta penal deve levar em consideração a análise qualitativa das circunstâncias judiciais, [não se limitando à mera indicação quantitativa de moduladoras desfavoráveis, de modo que o julgador poderá atribuir maior ou menor importância à determinadas circunstâncias judiciais, atendendo, assim, ao princípio da individualização da pena.
> [...]
> É o que se observa na hipótese vertente, tendo em vista que a intensidade do dolo e a extrema gravidade dos fatos (consoante valoração negativa da culpabilidade e dos motivos do crime) revelam a necessidade de robusta reprovação da conduta.
> [...]
> Diante dessas considerações, tenho que está autorizada a manutenção da pena-base em 8 anos e 3 meses de reclusão, já que esse *quantum* se mostra adequado ao necessário para a prevenção e reprovação do crime.
> Em adendo, registro que o *non reformatio in pejus* somente proíbe o agravamento da reprimenda final, não vinculando a segunda instância aos fundamentos ou *quantum* definido em cada fase da dosimetria.

Quanto à redução da reprimenda, assim se manifestou o acórdão (fl. 351):

> No tocante à atenuante do art. 65, inciso III, "d", do CP, o sentenciante atenuou a pena intermediária em 6 meses em razão da confissão espontânea, e, depois, agravou-a em 3 meses pela reincidência.
> Sucede, contudo, que as referidas circunstâncias legais, por se referirem à personalidade do agente, são igualmente preponderantes, e, assim, deveriam ter sido compensadas entre elas. Como o sentenciante aplicou a referida atenuante com preponderância, o revisionando já foi amplamente beneficiado na segunda fase da dosimetria, não merecendo retoque o quantum de atenuação.

II. *Reformatio in pejus*

Inicialmente, pelos trechos acima transcritos, observo que o Tribunal de origem, apesar de corretamente afastar a avaliação negativa da personalidade, manteve a pena-base em 8 anos e 3 meses de reclusão.

Nessa extensão, importante observar que 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 réu, o Tribunal *a quo* agrave a situação do recorrente, em relação à decisão impugnada, aceita pelo acusador. Proíbe-se, outrossim, a *reformatio in pejus indireta*, para impedir que, nos casos em que a decisão impugnada pelo acusado seja anulada pelo tribunal, a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa.

Sob tal orientação finalística da atividade punitiva do Estado, e certo de que o direito de defesa encontra na possibilidade de recorrer uma de suas principais expressões, "[...] a proibição da *reformatio in peius s*e perfila como indispensável premissa para dar efetividade ao direito" (MONTAGNA, Mariangela. Divieto di reformatio in peius e appello incidentale. IN: A. Gaito, (org.), *Le impugnazioni penali*, Torino: Utet, 1998, p. 377), pois a finalidade da impugnação é precisamente a de eliminar ou amenizar um precedente provimento que se mostre, ou se afirme, injusto manter.

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 – e aqui vai a oportunidade de sua lição – que a proibição de reforma para pior **diz respeito a cada item do dispositivo da pena, e não apenas ao total da reprimenda resultante de eventuais operações de determinação da sanção**. Portanto – diz Leone – " **se o tribunal admite uma atenuante excluída do juiz de primeiro grau, ou exclui uma agravante admitida por este último, deve reduzir o total da pena e não pode mantê-la intacta**" (*Pertanto, se il giudice di apelo ammette un'attenuante exclusa dal primo giudice ovvero esclude un'aggravante ammessa da quest'ultimo, a nosso giudizio deve ridurre la pena nella sua entità complessiva e non può mantenerla intacta*. [...] (op. cit., p. 103).

Fica evidenciado, portanto, que, para o exame das fronteiras que delimitam a proibição de reforma para pior, deve ser analisado cada item do dispositivo da pena, e não apenas a quantidade total da reprimenda. Assim, **se o Tribunal exclui, em apelo da defesa, circunstância judicial do art. 59 do CP, agravante genérica, causa de aumento ou algum crime praticado em concurso, como consectário lógico deve reduzir a pena do recorrente, e não a manter inalterada, pois, do contrário, estará agravando a situação do apelante**.

Ilustrativamente: "a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para a verificação de existência de *reformatio in pejus*" (**HC n. 103.310**, Relator p/ acórdão Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 7/5/2015).

A controvérsia em testilha já mereceu análise no voto vista que proferi no **HC n. 249.103** (Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 4/8/2014). Na oportunidade, abordei a doutrina de Vincenzo Manzini (*Trattato di Diritto processuale penale italiano*. v. IV.

Torino: Unione tipográfico – editrice torinese, 1932, p. 578, nota 3) onde noticia haver a Corte de Cassação da Itália, já nas primeiras décadas do século XX, profligado o entendimento de que, ausente recurso do órgão acusador, não pode o Tribunal, após absolver o apelante por um dos crimes, elevar a pena do delito remanescente – e **o argumento é válido para a hipótese ora examinada, de afastamento de circunstâncias judiciais** –, porquanto tal proceder implica violação do *ne reformatio in pejus*. Confira-se:

> *Cass., 16 ottobre 1929: "Il divieto dela reformatio in peius riflette singolarmente ciascun reato per cui venga riaffermata la colpevolezza dell'imputato; e il giudice di secondo grado,* ***in caso di assoluzione dell'appellante per alcuna dele imputazioni, non può aumentare la misura dela pena inflitta dal primo giudice per gli altri reati****".*
>
> *Cass., 16 giugno 1916: "Ove il giudice d'appello abbia escluso uno dei due reati ritenuti dal giudice di primo grado,* ***non può applicare una pena superiore a quella che il giudice di primo grado abbia dichiarato volere infliggere per il reato per cui rimane ferma la condanna****"* (grifei).

Menciono, ainda, que o pensamento acima externado foi recentemente confirmado pela Sexta Turma desta Corte no **REsp n. 1.774.431/ES**, de minha relatoria, publicado no DJe de 4/2/2019, assim ementado:

> RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO GENÉRICA DE OFENSA AOS ARTS. 59 E 68 DO CP. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284 DO STF. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. AFASTADA A CONSIDERAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL PELO TRIBUNAL A QUO SEM A REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA-BASE. FLAGRANTE ILEGALIDADE. NOVA DOSIMETRIA. REPRIMENDA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. A alegação genérica de ausência de fundamentação da dosimetria da pena sem a imprescindível fundamentação atrai a incidência do óbice previsto no Enunciado n. 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

> 2. É possível a concessão de habeas corpus de ofício em decorrência de flagrante ilegalidade, advinda de *reformatio in pejus*, em clara violação do art. 59 do CP. No presente caso, o Tribunal de origem, em julgamento de apelo exclusivo da defesa, ao considerar desfavoráveis ao recorrente cinco circunstâncias judiciais - em vez das seis valoradas negativamente na sentença -, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado.
> 3. Mostra-se proporcional e razoável o aumento da pena-base em 14 meses por vetorial considerada desfavorável, especialmente diante das penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao crime de homicídio qualificado. 4. Recurso especial não conhecido. Concedido habeas corpus de ofício para reduzir a reprimenda ao patamar de 17 anos e 10 meses de reclusão. Determinado o início da execução da pena.

Sob essas premissas, constato a apontada ilegalidade, pois, se o Tribunal de origem, **ao julgar recurso exclusivo da defesa, considerou desfavorável ao paciente três circunstâncias judiciais – em vez das quatro valoradas negativamente na sentença –, deveria haver reduzido, como consectário lógico, o total da pena básica, e não o manter inalterado**. Ao assim decidir, modificou, para pior, a quantidade de aumento atribuída às vetoriais remanescentes.

III. Fração de diminuição da pena pela confissão

Relativamente ao *quantum* de redução da reprimenda pela atenuante da confissão espontânea,

> "O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, **a aplicação de fração superior a 1/6 exige motivação concreta e idônea**" (**HC n. 381.179/SP**, Rel. Ministro **Ribeiro Dantas**, 5ª T., DJe 23/2/2017, destaquei).

No presente caso, **as instâncias ordinárias não apontaram nenhuma justificativa para a aplicação de fração superior à recomendada pela jurisprudência**, motivo pelo qual, também nesse ponto, identifico a flagrante ilegalidade sustentada pela impetrante.

IV. Nova dosimetria

Registro que a pena-base, inicialmente, foi estabelecida em 8 anos e 3 meses de reclusão, diante da negatividade de quatro vetoriais, a saber: culpabilidade, antecedentes, motivos e personalidade. Em outras palavras, a se considerar a sanção prevista para o delito de lesão corporal seguida de morte – reclusão de 4 a 12 anos – verifico que o Juiz singular operou um aumento de 1 ano e 22 dias por vetorial sopesada negativamente.

Diante do reconhecimento da *reformatio in pejus*, a ensejar a diminuição da reprimenda pelo afastamento da consideração desfavorável da personalidade, readéquo a condenação para 7 anos, 2 meses e 6 dias de reclusão.

Quanto à atenuante do art. 65, III, "d", do Código Penal, **aplico a fração de 1/6 para a redução da reprimenda**, de modo que fica, provisoriamente estabelecida em 5 anos, 11 meses e 25 dias.

Mantenho o aumento da pena em 3 meses, tal qual operada pelo Magistrado *a quo* e mantido pela Corte estadual, em virtude da reincidência do réu. Anoto, por oportuno que, embora seja pacífico neste Superior Tribunal o entendimento de que a atenuante e a agravante em questão podem ser compensadas, no presente caso, deve ser respeitada a atitude das instâncias ordinárias em fazerem preponderar a atenuante sobre a agravante, por ser mais benéfico ao insurgente.

Dessa forma, o réu fica definitivamente condenado a **6 anos, 2 meses e 25 dias de reclusão**.

Quanto ao regime de cumprimento da sanção, observo que o modo mais gravoso foi escolhido em função das diretrizes dos arts. 33 e 59, III, do Código Penal.

Com efeito, em que pese a reprimenda cominada ser menor que 8 anos de reclusão, **o acusado ostenta circunstâncias judiciais a ele prejudiciais, o que autoriza a imposição do regime fechado**, segundo a jurisprudência do STJ.

V. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo a ordem** para reduzir a condenação do paciente ao patamar de 6 anos, 2 meses e 25 dias de reclusão, em regime fechado.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 17 de junho de 2019.

Ministro **ROGERIO SCHIETTI CRUZ**