

HABEAS CORPUS Nº 465.011 - SP (2018/0210992-7)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MAIRA FERREIRA DIAS - SP330196
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CLAUDINEI CICERO DA SILVA (PRESO)
PACIENTE : CLAUDEIR FERNANDO SANTOS (PRESO)

DECISÃO

CLAUDINEI CICERO DA SILVA e CLAUDEIR FERNANDO SANTOS, pacientes neste habeas corpus, estariam sofrendo coação ilegal em decorrência de acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** nos Embargos Infringentes na Apelação Criminal n. 0054438-11.2009.8.26.0050/50000.

Depreende-se dos autos que os réus foram condenados, em primeira instância, a **8 anos e 1 mes de reclusão, em regime fechado**, mais multa, pela prática do crime descrito no **art. 157, § 3º, primeira parte**, c/c o art. 29, ambos do Código Penal (fls. 11-16).

A Corte de origem negou provimento às apelações, vencido o Des. Revisor (fls. 58-64).

Os embargos infringentes opostos foram providos e o **delito foi desclassificado para o previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal. Todavia, a dosimetria aplicada manteve as sanções em 8 anos e 2 meses de reclusão e o regime inicial fechado** (fls. 107-144).

Nesta Corte Superior, a impetrante aponta constrangimento ilegal na dosagem da pena-base, ao argumento de que o Tribunal local, em recurso exclusivo da defesa, incorreu em *reformatio in pejus* ao exasperar as reprimendas em 1/6 na primeira etapa e em 1/2 na terceira fase da dosimetria, porquanto o Juiz sentenciante havia estabelecido as penas-base no mínimo legal.

Requer, liminarmente e no mérito, a concessão da ordem, a

fim de que sejam redimensionadas as penas dos acusados.

Indeferida a liminar e dispensadas as informações (fls. 128-129), veio parecer do Ministério Público Federal (fls. 134-141), que opinou pelo não conhecimento do habeas corpus.

Decido.

I. *Reformatio in pejus*

Sobre a questão, destaco 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 acusado, se 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 é anulada pelo tribunal, **a nova decisão venha a ser mais gravosa aos interesses da defesa**. Esse princípio, no Brasil, embora seja positivado no art. 617 do Código de Processo Penal, não encontra previsão constitucional.

Destarte, 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 julgador, para dizer o direito – exercendo, portanto, sua soberana função de *jurisdictio* – encontre fundamentos e motivação devida, respeitada, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e os limites da pena imposta na origem.

Sem embargo dessa concepção garantidora dos direitos do acusado, impõe-se ressaltar que 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 o limite da pena imposta no juízo de origem, **o que não ocorreu na espécie**.

Na origem, o Juiz sentenciante assim fundamentou a fixação das penas dos pacientes pelo latrocínio tentado (fls. 14-15, destaquei):

[...]

Portanto, caracterizado pelos acusados o crime previsto no artigo 157, § 3º, primeira parte, c.c. artigo 29, do Código Penal.

Resta, portanto, fixar a pena.

Seguindo o critério do artigo 59 do Código Penal, não havendo elementos que justifiquem acréscimo, aplica-se a pena base do roubo qualificado pelo resultado lesão grave, no mínimo legal correspondente a (07) sete anos de reclusão e pagamento de (10) dez dias multa.

Pelas certidões juntadas nos autos **Claudeir e Claudinei são reincidentes, de forma que a pena é majorada pela agravante em 1/6, o que representa (08) oito anos e (02) dois meses de reclusão e pagamento de (11) onze dias multa.**

Embora não tenha sido subtraída a moto, não se trata de crime tentado uma vez que a arma foi subtraída e encontrada posteriormente na casa do acusado Claudinei (fls. 12) e a vítima foi efetivamente atingida pelos disparos.

Desse modo, a pena acima se torna definitiva considerando que não há outras causas a apreciar.

O Tribunal local, por sua vez, **ao desclassificar o delito para roubo majorado pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma de fogo**, procedeu à dosimetria nos seguintes termos (fls. 22-23, grifei):

[...]

Analizada, pois, a prova dos autos, apesar de comprovada a existência do crime, não há qualquer dado seguro quanto a natureza da lesão sofrida pelo ofendido, o que torna imperiosa a desclassificação do crime de roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave, para o roubo majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma, previsto no artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Passa-se, então, à adequação da reprimenda, nos moldes da divergência.

Atento às circunstâncias judiciais desfavoráveis aos embargantes (Código Penal, artigo 59), denotando personalidades negativas diante da extrema agressividade empregada contra a vítima em razão de sua condição de policial militar, fixo as respectivas penas base na fração de 1/6 (um sexto) acima do mínimo

legal.

Mantido, na segunda fase, o aumento na mesma fração em pelo reconhecimento da agravante da reincidência, é a pena provisória fixada em 5 (cinco) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, para cada embargante. Finalmente, praticado o roubo em comparsaria, mediante efetivo uso de arma de fogo, alvejando a vítima no braço, fixo o incremento da pena em 1/2 (metade), totalizando, ausente outras modificadoras, 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, e pagamento de 11 (onze) dias-multa, com a ressalva no tocante ao *quantum* de dias-multa, que permanece tal como fixado pela r. sentença, não podendo ser agravado, vedada a *reformatio in pejus*.

Com efeito, o efetivo uso da arma de fogo não pode escapar do desvalor judicial, porquanto traduz maior censurabilidade do comportamento, justificando o incremento em maior fração.

Dessa forma, em que pese a ocorrência de **desclassificação** da capitulação do delito do art. 157, § 3º, primeira parte, do CP, para o do § 2º, I e II, do mesmo dispositivo legal, **como não houve recurso do Ministério Público, a Corte estadual não poderia exasperar a pena-base dos pacientes pelas circunstâncias do delito.**

Nesse sentido, confirmam-se os recentes julgados da Sexta Turma:

[...]

1. É vedado ao Tribunal *a quo*, no julgamento de recurso exclusivo da defesa, corrigir, de ofício, erro material constante do dispositivo da sentença, exasperando a pena definitivamente imposta ao réu.
2. O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes.
Súmula n. 443 do STJ.
3. As instâncias ordinárias não apontaram nenhum elemento dos autos (*modus operandi*, por exemplo) que, efetivamente, evidenciasse real necessidade de exasperação da pena, na terceira fase da dosimetria, no patamar estabelecido.
4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ocorrência de *reformatio in*

pejus no acórdão impugnado e reduzir ao mínimo legal o aumento da reprimenda procedido na terceira etapa da dosimetria.

(HC n. 263.369/SP, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 25/11/2015, destaquei)

[...]

2. A recente jurisprudência dos Tribunais Superiores firmou entendimento no sentido de que a **correção, de ofício, de erro material na sentença condenatória, em prejuízo do condenado, quando feito em recurso exclusivo da Defesa, constitui inadmissível *reformatio in pejus*, conforme ocorre na espécie.**

3. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal, tornando a reprimenda definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 12 (doze) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão.

(HC n. 242.503/DF, 6ª T., Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe 14/4/2014, destaquei)

Colaciono, também, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

[...]

Se a sentença condenatória transitou em julgado para o órgão de acusação, que dela não interpôs recurso, não pode o Tribunal competente, ao conhecer da apelação interposta pelo réu, **aumentar a pena declarada no dispositivo da sentença sob pretexto de corrigir erro material.** O art. 617 do Código de Processo Penal repudia situações em que a reforma da sentença condenatória se opera em detrimento do réu-apelante, quando apenas este se insurgiu contra o julgado. Ordem de *habeas corpus* deferida.

(HC n. 88.213/SP, 2ª T., Rel. Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ 2/2/2007, grifei)

Entretanto, **com relação à desclassificação do crime, não procede a aventada ilegalidade.** Isso porque **tanto o concurso de agentes quanto o emprego de arma de fogo estão descritos na denúncia (fls. 20-22), de forma que, afastada a hipótese do § 3º do art. 157 do Código Penal, a conduta se enquadra no tipo de roubo majorado, do § 2º do referido dispositivo legal.**

Na hipótese, o **Juiz sentenciante condenou os pacientes pelo delito de roubo qualificado com lesão corporal grave – 157, § 3º, primeira parte, do CP, cujas penas variam de 7 a 18 anos de reclusão mais multa. Na primeira etapa da dosimetria, fixou as penas-base no mínimo legal e exasperou em 1/6 a sanção pela reincidência dos acusados, resultando em 8 anos e 2 meses de reclusão. O Ministério Público não recorreu da decisão.**

A Corte estadual, nos embargos infringentes nas apelações defensivas, reformou a sentença condenatória, a fim de **desclassificar o delito para roubo majorado pelo emprego de arma de fogo e pelo concurso de agentes, cujas penas variam de 4 a 10 anos de reclusão** e, conseqüentemente, modificar as reprimendas dos réus. Todavia, **ao realizar a nova dosimetria, majorou a pena-base em 1/6, pela valoração negativa das circunstâncias do crime (agressão à vítima), aumentou as sanções em 1/6 pela reincidência dos apenados e, na terceira etapa da dosimetria, acresceu em 1/2 as reprimendas em razão das majorantes.**

Diante dessa situação, entendo que **houve sim reformatio in pejus** e, por isso, **devem ser alteradas as penas-base dos acusados.**

II. Nova dosimetria

Reconhecida a apontada violação, **passo à readequação das sanções**, de acordo com os parâmetros definidos no acórdão impugnado.

- Claudeir Fernando Santos

Na primeira etapa da dosimetria, **afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime**, a pena-base é fixada em **4 anos de reclusão.**

Na segunda fase, **a sanção é elevada em 1/6, pela reincidência**, e resulta em **4 anos e 8 meses de reclusão.**

Na terceira etapa, a reprimenda é elevada em 1/2 pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e resulta em **7 anos de reclusão.**

- **Claudinei Cícero da Silva**

Na primeira etapa da dosimetria, **afastada a valoração negativa das circunstâncias do crime**, a pena-base é fixada em **4 anos de reclusão**.

Na segunda fase, **a sanção é elevada em 1/6, pela reincidência**, e resulta em **4 anos e 8 meses de reclusão**.

Na terceira etapa, a reprimenda é elevada em 1/2 pelo concurso de agentes e emprego de arma de fogo e resulta em **7 anos de reclusão**.

III. Dispositivo

À vista do exposto, **concedo parcialmente a ordem**, a fim de **reconhecer a ocorrência de *reformatio in pejus* no acórdão recorrido e reduzir as penas dos pacientes para 7 anos de reclusão**, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator