

HABEAS CORPUS 103.310

SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): KRONNIKA KHONGPLUEM

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

Habeas corpus. 2. *Emendatio libelli* (art. 383, CPP) em segunda instância mediante recurso exclusivo da defesa. Possibilidade, contanto que não gere *reformatio in pejus*, nos termos do art. 617, CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias para verificação de existência de *reformatio in pejus*. 3. O redimensionamento da pena-base pelo Tribunal de Apelação em patamar para além daquele fixado no Juízo originário, embora reduza a reprimenda total em apelação exclusiva da defesa, reconhecendo vetoriais desfavoráveis não veiculadas na sentença (art. 59, CP), gera *reformatio in pejus*. 4. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a presidência do Ministro Teori Zavascki, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por empate, vencido o Relator e a Ministra Cármen Lúcia, conceder a ordem, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes que redigirá o acórdão.

Brasília, 3 de março de 2015.

Ministro **GILMAR MENDES** – Redator do Acórdão

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça nos autos do HC 150.279, Rel. Min. LAURITA VAZ.

Consta dos autos, em síntese, que (a) a paciente foi condenada à pena de 7 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime de tráfico transnacional de drogas (art. 33 c/c art. 40, I, da Lei nº 11.343/2006); (b) inconformada,

apelou para o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que deu parcial provimento ao recurso e reduziu a reprimenda para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão, mantendo, no mais, a sentença de primeira instância; (c) alegando *reformatio in pejus* ocorrida no TRF, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em acórdão assim ementado:

- “(...) 1. Não há ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus* quando, em que pese o Tribunal de origem fixar a pena-base em quantidade superior à determinada pela sentença condenatória, a reprimenda final resta estabelecida em patamar inferior, inexistindo qualquer agravamento na condenação da ora Paciente, em recurso exclusivo da Defesa.
2. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.
3. Ordem denegada”.

Neste *habeas corpus*, a impetrante alega, em suma, que “o Tribunal *a quo*, analisando o mérito do apelo exclusivo da defesa, fixou a pena-base acima daquela perpetrada pelo Juiz singular, extrapolando – 6 anos e 8 meses de reclusão e 666 dias multas – o limite estabelecido pelo precedente monocrático – 5 anos e 8 meses de reclusão e 650 dias-multa” (fl. 6), o que estaria em desacordo com o art. 617 do CPP, que proíbe a *reformatio in pejus*. Requer a concessão da ordem, para restabelecer a pena-base fixada na sentença condenatória, incidindo sobre ela os benefícios concedidos em grau de apelação.

O pedido de liminar foi indeferido pelo então Relator, Min. Ayres Britto.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – Como Vossas Excelências percebem, essa é uma questão de direito, uma intrigante e instigante questão de direito que traz, aqui, mais uma vez, um problema de natureza tipicamente processual e com reflexos de direito material, que é estabelecer os limites de devolutividade da apelação criminal.

Realmente, como agora sustentou o Doutor Gustavo, não há precedentes específicos em situações semelhantes do Tribunal, porém há vários precedentes – cito no meu voto – a respeito da amplitude da devolutividade.

O meu voto é pela denegação da ordem. Parece-me que essa é a conclusão que se pode tirar a partir da visão que o Supremo tem, no meu entender, do efeito devolutivo.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. O efeito devolutivo inerente ao recurso de apelação – ainda que exclusivo da defesa – permite que, observados os limites horizontais da matéria questionada, o Tribunal a aprecie em exaustivo nível de profundidade, a significar que, mantida a essência da causa de pedir e sem piorar a situação do recorrente, é legítima a revisão do *quantum* estabelecido em cada fase do modelo trifásico da dosimetria. Daí esta Corte já ter afirmado que o recurso contra a individualização da pena não limita o Tribunal de apelação ao reexame dos motivos da sentença; “a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação” (HC 76156, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJ 08-05-1998). É também o que se colhe da doutrina especializada: ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES, recurso no processo penal, p. 46, 2011, RT.

No exame do apelo defensivo, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, à luz do substrato fático contido na acusação e citado na própria sentença condenatória, fixou a pena-base em 6 anos e 8 meses de reclusão, ou seja, em patamar superior ao que fora aplicado pelo magistrado sentenciante (5 anos e 8 meses). Ocorre que, ao examinar as demais fases da dosimetria, aquele órgão judicante estabeleceu a reprimenda final em 6 anos, 5 meses e 23 dias; portanto, menor do que a imposta em primeiro grau de jurisdição (7 anos e 9 meses de reclusão). Nessas circunstâncias, e considerando a linha jurisprudencial desta Corte, não há falar em *reformatio in pejus*:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. *REFORMATIO IN PEJUS*. (...) I – No caso, a majoração da pena-base fixada pela sentença não causará nenhum prejuízo ao paciente, dado que o acórdão acolheu a tese da defesa de inexistência de concurso material e reduziu a pena final em 12 (doze) anos e 4 (quatro) meses. (...) IV – HC indeferido” (HC 85.963, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ 24-02-2006).

“(...) 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 106113, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe de 01-02-2012).

“(...) 3. O efeito devolutivo da apelação devolve ao tribunal o conhecimento amplo da matéria suscitada, permitindo ainda o exame das matérias de ofício que ainda não tenham sido resolvidas, o que fragiliza sobremaneira o argumento da deficiência da defesa

técnica no caso *sub judice*. (HC 105897, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 03-10-2011).

“(…) 5. Não há óbice para que o Tribunal de Justiça reconheça como desfavorável ao réu a circunstância de execução do crime, que não foi reconhecida da mesma forma pelo magistrado sentenciante. Profundidade do efeito devolutivo do recurso de apelação. 6. *Habeas corpus* denegado” (HC 100165, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJe de 01-07-2010).

Esse entendimento foi recentemente reafirmado no RHC 123115, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 10-12-2014, assim ementado:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Tráfico de drogas. Condenação. Pena de 5 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. 3. Fixação na sentença do regime inicial fechado obrigatório, § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com redação pela Lei 11.464/07. 4. Afastamento, no julgamento de apelação exclusiva da defesa, do regime inicial obrigatório. Fixação do regime inicial na forma do art. 33, § 3º, do CP. Invocação de circunstância judicial já reconhecida na sentença. Ausência de constrangimento ilegal. 5. Recurso a que se nega provimento”.

2. Ante o exposto, denego a ordem. É o voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Senhor Presidente, tal como Vossa Excelência acentua, essa é uma matéria sobre a qual o Supremo não tinha tratado de maneira específica, e sempre se tem a menção ao precedente do Ministro Sepúlveda Pertence quanto à devolutividade, o que tem conduzido a algumas conclusões como esta.

Neste *habeas corpus* de que fui Relatora, o 101.917 – não sei se é esse que Vossa Excelência citou –, eu exatamente examinei essa questão. E se tinha no voto que:

“2. Ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever toda a matéria e, portanto, os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitando-se, portanto, pelo teor da acusação e pela prova produzida.”

E, em qualquer caso, o impedimento há...

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (PRESIDENTE E RELATOR) – CANCELADO.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Este também é meu. Neste também eu fui Relatora.

Vossa Excelência citou o 106.113. Este outro é o 101.917. E a conclusão foi exatamente de que, ao final, a pena não sendo maior do que aquela que tinha sido inicialmente fixada, não haveria de se aplicar o princípio da *reformatio in pejus*. E o que o Doutor Gustavo acentua sobre eventuais questionamentos, sobre consequências outras, inclusive quanto a regime de cumprimento, por exemplo, nos levaria a ter de repensar a própria jurisprudência quanto à devolutividade. Aí, sim, geraria essa consequência pleiteada.

Como afirma Vossa Excelência, efetivamente se tem uma questão de enorme gravidade, mas eu – não abandonando, de jeito nenhum, o contínuo exame da matéria e até me pautando agora para me dedicar a isso, especificamente sobre a devolutividade e suas consequências – eu, em princípio, mantenho o que vem sendo decidido e, portanto, acompanho Vossa Excelência.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Presidente, eu estou numa dúvida enorme em relação a isso. Recentemente, eu trouxe um voto e me parece que esse reenquadramento que leva à elevação da pena-base, apesar de não alterar a pena definitiva, que tem consequências no regime, parece caracterizar a *reformatio in pejus*.

Imaginemos uma situação tal em que alguém, por conta desse rearranjo levado a efeito quando do exame de um recurso exclusivo da defesa, saia da possibilidade de um regime semiaberto para um regime fechado. Como podemos dizer inexistir a vedada *reformatio in pejus*?

Não se pode olvidar que a pena fixada não é o único efeito ou única circunstância que permeia uma condenação. No precedente que citei, a ré havia sido condenada inicialmente pelo delito de furto. Quando do julgamento de apelação exclusiva da defesa, o Tribunal de segunda instância reexaminou os fatos e entendeu por adequado enquadrá-los como peculato, motivo pelo qual procedeu à *emendatio libelli*, mantendo exatamente a mesma pena anteriormente fixada.

Acrescento que, nos termos da jurisprudência desta Corte, é possível a realização da *emendatio libelli* em segundo grau de jurisdição, mesmo em casos de recurso exclusivo da defesa, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo art. 617 do CPP, ou seja, desde que não sobrevenha *reformatio in pejus*.

À primeira vista, ainda trazendo o precedente citado para ilustrar, sob um olhar mais desavisado, nenhum prejuízo sobreveio para a então apelante, que permaneceu condenada à mesma pena. Todavia, verificando mais de perto, nos damos conta de uma sutileza. Há uma regra específica para os condenados pela prática de crime contra a Administração Pública, como é o caso do peculato: a progressão de regime do cumprimento da pena respectiva é condicionada à reparação do dano causado, ou à devolução do produto do ilícito praticado, com os acréscimos legais, como definido pelo artigo 33, § 4º, do Código Penal.

Dessa forma, não se pode descartar que, durante a execução da reprimenda, a ré sofra regressão de regime e seja prejudicada pela *emendatio libelli* aparentemente inofensiva.

E veja que essa é a orientação, por exemplo, que se perfilha quando se discute também – isso nas lições dos clássicos, repetidas pelo Tribunal – a respeito da lei mais benévola. Quer dizer, nós temos de aferir a situação concreta para sabermos se estamos diante de uma situação que agrava. E aqui me parece que isso é claro.

Depreende-se dos presentes autos que a ora paciente foi condenada em primeira instância à pena privativa de liberdade de 7 anos e 9 meses de reclusão, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06 (eDOC 3, p. 26-30). Quando da primeira fase da fixação da reprimenda, valorou-se negativamente a culpabilidade, motivo e consequências do crime.

Irresignada, apelou a ré, inclusive insurgindo-se quanto à valoração negativa das três vetoriais que afastaram a pena-base do mínimo legal (eDOC 3, p. 50-51). O recurso foi parcialmente provido, restando a pena final reduzida de 7 anos e 9 meses de reclusão para 6 anos, 5 meses e 23 dias de reclusão. Todavia, para chegar a tal resultado, a pena-base foi aumentada de 5 anos e 8 meses para 6 anos e 8 meses de reclusão. Para tanto, a natureza da droga e o fato de a então apelante ser, na época, secretária de agência de viagens foram os fundamentos manejados.

Entendo que aqui está a vedada *reformatio in pejus*. Apesar de, ao final, o cálculo ter redundado em uma pena menor, o Tribunal não poderia ter reconhecido em desfavor da apelante circunstâncias não firmadas na sentença. Não sem recurso da acusação, evidentemente.

Com efeito, aparentemente sem gerar qualquer prejuízo prático para o ora paciente, a decisão de segunda instância reconheceu vetoriais negativas outrora inexistentes, o que indubitavelmente configura prejuízo e gera constrangimento ilegal.

Vou pedir vênias a Vossa Excelência e à Ministra Cármen e abrir a divergência com base no precedente recente aqui trazido, invocando, portanto, esses fundamentos.

Ante o exposto, voto no sentido de **conceder a ordem**, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena em relação à paciente, sendo mantidos, quanto à pena-base, os termos definidos em primeira instância.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênias para, acompanhando o *dissenso*, **deferir** o pedido nos termos do voto proferido pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **notadamente** em face **do que dispõe a parte final** do art. 617 do CPP, **que veda** a “*reformatio in pejus*” quando **somente** o réu houver apelado da sentença.

É o meu voto.

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 103.310

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. TEORI ZAVASCKI

REDATOR DO ACÓRDÃO: MIN. GILMAR MENDES

PACTE.(S): KRONNIKA KHONGPLUEM

IMPTE.(S): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S)(ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação de empate, concedeu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do art. 664, parágrafo único, do Código de Processo Penal, a fim de que seja refeita a dosimetria da pena em relação à paciente, sendo mantidos, quanto à pena-base, os termos definidos em primeira instância, vencidos os Senhores Ministros Teori Zavascki (Relator) e Cármen Lúcia que denegavam a ordem. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Redigirá o acórdão, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. **2ª Turma**, 03.03.2015.

Presidência do Senhor Ministro Teori Zavascki. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira – Secretária