

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES - RELATOR DO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 232.954 – 2ª TURMA – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

RHC 232.954

Agravante: Luiz Paulo de Souza Aguiar

LUIZ PAULO DE SOUZA AGUIAR, já devidamente qualificado nos autos, vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., por intermédio do Defensor Público-Geral Federal, através do Defensor designado, interpor recurso de **AGRAVO**, previsto no artigo 317 do RISTF, em face de r. decisão monocrática publicada em 16 de novembro de 2023, que negou seguimento ao **RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 232.954**, interposto contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça que negou provimento ao agravo regimental nos autos do HC 748.146.

Requer seja recebido, conhecido e provido o presente recurso, rogando ainda, caso não exercido o juízo de retratação, seja ele levado à Turma para que esta lhe dê provimento.

COLEDA TURMA

1. BREVE NARRAÇÃO DOS FATOS

O agravante foi condenado com base no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06 e, ainda, do artigo 35, *caput*, c/c artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a 21 anos de reclusão no regime inicial fechado e 2.537 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

A defesa interpôs recurso de apelação, sendo a pena do agravante diminuída para 17 anos, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado,

mais 2259 dias-multa.

O agravante enviou carta ao STJ que, em razão de convênio, a encaminhou à DPU. Esta, por sua vez, impetrou *habeas corpus* junto ao Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem, em decisão singular.

O paciente interpôs agravo regimental em face da mencionada decisão. O Superior Tribunal de Justiça não conheceu do recurso.

A defesa interpôs recurso ordinário em *habeas corpus* destinado a essa Corte Suprema. O Eminent Relator negou seguimento ao recurso.

Tal entendimento, todavia, não deve prevalecer.

2. TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumpre afirmar a tempestividade do recurso manejado. A Defensoria Pública-Geral da União foi intimada eletronicamente em 27 de novembro de 2023, segunda-feira.

A parte está assistida pela Defensoria Pública, o que impõe a contagem em dobro dos prazos processuais, na forma do art. 44, I, da Lei Complementar nº 80/1994.

Portanto, o prazo final para a interposição do recurso pertinente é o dia 7 de dezembro, quinta-feira.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

O Eminent Relator negou seguimento ao recurso por não vislumbrar a ocorrência de *reformatio in pejus*, pois não teria havido agravamento da pena ou da situação jurídica do recorrente no julgamento da apelação, além disso afirmou que a dosimetria penal possui certa discricionariedade.

A decisão, contudo, merece reconsideração.

Inicialmente, calha dizer que não se ignora a existência de certa discricionariedade na dosimetria penal, que, todavia, não se confunde com o abandono da técnica. São comuns casos em que se discute se o aumento da pena em decorrência de uma circunstância judicial foi ou não maior do que o adequado, por exemplo; nessas situações, pode-se compreender o emprego desse entendimento. No caso em análise, não. **No presente feito, o que ocorreu foi a invocação, pelo Tribunal recursal, de circunstância negativa não aplicada em primeiro grau, sem o necessário recurso ministerial. É isso que se passará a demonstrar a seguir.**

O princípio da *non reformatio in pejus* veda o agravamento de pena quando somente o réu houver recorrido da sentença. Sua força no sistema advém da garantia de que, no caso de apelação exclusiva da defesa, a condenação não seja piorada pelo Tribunal.

Admitir interpretação que autorize que a Corte, em sede de recurso exclusivo da defesa, faça ajustes qualitativos da sentença em prejuízo do resultado buscado na apelação é inadequado, para se dizer o mínimo, pois enfraquece a ampla defesa, projetando sobre o réu o temor de que poderá ser inútil e até nocivo buscar o amparo das cortes superiores.

Com a devida vênia, é simplista o entendimento no sentido de que a *reformatio in pejus* ocorre apenas quanto a pena final torna-se maior que a pena anteriormente imposta, em caso de recurso defensivo.

No caso dos autos, a situação é cristalina.

Em primeiro grau, a pena-base, no crime de associação criminosa, foi aumentada em razão da suposta duração da associação. Em sede de apelo defensivo, foi afastada tal fundamentação, mas acrescidos os maus antecedentes. Extrai-se do voto condutor do agravo regimental no STJ:

“Com efeito, constata-se que o agravante, nas razões recursais, deixou de infirmar especificamente o fundamento da decisão agravada de que **"a Corte de origem afastou a exasperação da basilar tendo como fundamento a duração da associação, ao passo que**



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

reconheceu ser devida a negatização da vetorial antecedentes, tratando-se de circunstância judicial devidamente reconhecida pelo Juízo sentenciante como desfavorável, tendo ocorrido diminuição da reprimenda, o que se coaduna com o entendimento desta Corte Superior" (STJ fl. 378, grifei)". (grifado no original)

Os maus antecedentes só poderiam ser invocados, pouco importando se a pena final foi reduzida ou não, em duas situações: se aplicados pelo Juízo de primeiro grau ou em caso de recurso ministerial, nunca de ofício.

Calha, portanto, transcrever a sentença, no que respeita à condenação do agravante pelo crime de associação para o tráfico (e-STJ fls. 39):

“Terceiro, para o crime de associação para tráfico, não há prova de quanto tempo durou a associação. Contudo, ela durou mais de um mês. Assim, na primeira fase, fixo a pena em 04 anos de reclusão e 775 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Não há agravantes ou atenuante.

Não existem causas de diminuição, como anteriormente demonstrado.

Em razão da causa de aumento do artigo 40 inciso III aumento sua pena em 1/6, a qual fica estabelecida em 04 anos e 08 meses de reclusão e 904 dias-multa, no valor unitário mínimo legal.”

Como se percebe, **não há qualquer menção à existência de maus antecedentes no crime de associação para o tráfico.**

Houve flagrante inovação prejudicial à defesa em recurso defensivo exclusivo, trazida pelo TJSP. Colhe-se do voto condutor do apelo no Tribunal Paulista:

“Conforme acima justificado, o período apurado de duração da associação não justifica maior aumento da pena, e, então, considerados apenas os maus antecedentes de Luís Paulo, a reprimenda, para este crime, fica em 3 anos e 6 meses de reclusão e

816 dias-multa, de valor unitário mínimo.”

Repisa-se. Não há necessidade de reexame fático e muito menos está a questão dentro de qualquer razoável discricionariedade. Basta que se faça o cotejo entre a dosimetria em primeiro grau e o voto condutor do apelo. Não há, na sentença, qualquer menção a maus antecedentes, sendo a inovação trazida pelo TJSP.

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem sido consistente em afastar as diversas tentativas disfarçadas em se promover a *reformatio in pejus*, muitas vezes sob o falacioso argumento de que, mantida ou reduzida a pena final, não há prejuízo:

Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). **3. Apelação exclusiva da defesa. Dosimetria da pena. Configuração de reformatio in pejus, nos termos do art. 617 do CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de reformatio in pejus. Exame qualitativo. 4. O reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença gera reformatio in pejus, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP.** 5. Recurso provido, em parte, para determinar ao Juízo da Vara das Execuções a redução da pena imposta ao recorrente, com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3, e, considerada a nova pena, o reexame do regime inicial e dos requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

(RHC 136346, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18-10-2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 07-11-2016 PUBLIC 08-11-2016) (grifo nosso)



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

Penal e processual Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Proibição de reformatio in pejus na dosimetria. **Ocorre reformatio in pejus quando o Tribunal, em julgamento de recurso exclusivo da defesa, reconhece elemento desfavorável não considerado na sentença de primeiro grau ou amplia o aumento de pena então fixado, ainda que tenha reduzido o quantum total da sanção imposta ao paciente. Trata-se, portanto, de um exame qualitativo e não somente quantitativo. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP.** Caso concreto em que, sem impugnação do Ministério Público, o Tribunal, embora tenha afastado todas as circunstâncias negativas da primeira fase da dosimetria, aumentou o agravamento ocasionado pelo reconhecimento da reincidência. Recurso provido. (RHC 189695 AgR, Relator(a): NUNES MARQUES, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 05-10-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 28-10-2021 PUBLIC 03-11-2021) (grifo nosso)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ORDEM CONCEDIDA PARA AFASTAR RECÁLCULO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA REALIZADO PELO TRIBUNAL LOCAL EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. MANUTENÇÃO DO DECISUM. DOSIMETRIA DA PENA. TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APPELLATUM. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. **PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA**. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. **Ao analisar matéria não suscitada no recurso defensivo, sobre a qual já havia operado a coisa julgada, a Corte incorre em clara violação ao princípio do tantum devolutum, quantum appellatum, segundo o qual o poder de reexame do órgão ad quem fica adstrito à parte da sentença impugnada.** 2. **Em observância ao princípio non reformatio in pejus, não cabe ao Tribunal local agravar a situação do acusado – seja do ponto de vista qualitativo ou quantitativo – em julgamento de recurso exclusivo da defesa.** 3. Além de extrapolar



DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO

os limites de cognição, a Corte de origem também afronta o princípio da não surpresa. No caso, a defesa viu-se surpreendida em relação a uma qualificação jurídica de fato considerada somente em Segundo Grau de Jurisdição e sobre a qual ela não teve oportunidade de exercer o contraditório prévio e a defesa plena. 4. Agravo regimental desprovido.

(HC 178870 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 15-12-2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 22-02-2021 PUBLIC 23-02-2021) (grifo nosso)

No presente caso, a defesa apelou ao Tribunal de Justiça de São Paulo contra a exasperação da pena-base para o delito de associação para o tráfico, majoração que foi realizada com base apenas na suposição de que a associação entre os réus durava mais de um mês.

No julgamento, embora o Tribunal tenha reduzido a pena de 4 anos, ao afastar o incremento pela duração da associação, acabou por aumentá-la em 6 meses, de móvel próprio, sem recurso da acusação, com fundamento nos antecedentes do acusado, não considerados na sentença.

É nítida a ofensa à vedação da *reformatio in pejus*, da não surpresa e do contraditório. Aliás, o agravante antecipa-se à eventual alegação de que maus antecedentes ou reincidência poderiam ser acrescidos de ofício. Vale-se, para refutar tal tentativa, da lição emanada do voto condutor do Min. Edson Fachin, prolatado no julgamento do agravo no HC 178870, DJe 23/02/2021:

“Também não há que se falar em ausência de agravamento da situação do apelante, pois não fosse a modificação, *ex officio*, da fração relativa à reincidência, a reprimenda final seria efetivamente menor. Desse modo, a atuação da Corte configura ***reformatio in pejus***.

Ademais, ao extrapolar os limites de cognição e atribuir nova valoração às condenações criminais anteriores, **o Tribunal**

surpreende a defesa e a impede de exercer plenamente o contraditório, em evidente afronta ao devido processo legal.”
(grifo nosso)

Ou seja, ainda que a pena-base final tenha sido reduzida, houve incremento de ofício da circunstância judicial *maus antecedentes*, que deve ser afastada, pelas razões acima apresentadas.

4. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer seja exercido o juízo de retratação por Vossa Excelência, com a concessão da ordem, reduzindo-se a pena-base do crime de associação para o tráfico para o mínimo legal e, a partir daí, refazendo-se o restante do cálculo da pena.

Caso superado o juízo de retratação, seja o agravo levado à Turma, para que esta lhe dê provimento, e, ao final, conceda a ordem, sanando-se a ilegalidade.

Pugna, ainda, pela intimação pessoal da Defensoria Pública-Geral da União para a sessão de julgamento do *writ*.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 5 de dezembro de 2023

Gustavo de Almeida Ribeiro
Defensor Público Federal