

Opinião: Reformatio in pejus e a fundamentação da pena

19/10/2021

A *reformatio in pejus* se configura quando, diante de recurso exclusivo da defesa no curso do processo penal, o julgamento acaba agravando a situação do acusado. Tal conduta é vedada pelo princípio do *non reformatio in pejus*, positivado na legislação infraconstitucional no artigo 617 do Código de Processo Penal.



Embora pareça que a aplicação de tal princípio seja

pacífica nos tribunais brasileiros, há certa controvérsia quando o julgamento não altera o montante da pena, mas *complementa ou conserta os fundamentos da decisão atacada*. Nesses casos, estaria configurada reforma da decisão em prejuízo do réu?

Para exemplificar a situação, apresenta-se uma situação hipotética: em condenação de primeira instância, o réu foi dado como incurso nas penas do artigo 2º, *caput*, da Lei nº 12.850/13, por pertencer a uma organização criminosa. De maneira cumulada, o magistrado ou a magistrada aplicou a causa de aumento de aumento de pena prevista no artigo 1º, §4º, da Lei nº 9.613/98, qual seja, "*a pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa*".

Diante do evidente *bis in idem*, imagine-se que a defesa interpõe recurso de apelação e o Ministério Público não se insurge contra a decisão. Quando do julgamento do recurso exclusivamente defensivo, a tese da ocorrência de *bis in idem* é devidamente acolhida, mas o tribunal, ao invés de proceder com a reforma da dosimetria e consequente diminuição da pena, decide por manter a causa de aumento de pena, agora sob nova fundamentação: no lugar de aumentar a pena por ter sido o crime cometido "*por intermédio de organização criminosa*", escolheu-se aumentar a pena por ter sido o crime cometido "*de forma reiterada*".

Em primeiro plano, observa-se que a habitualidade também constitui um dos elementos do tipo de pertencer à organização criminosa, de modo que a aplicação da causa de aumento de pena prevista no §4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, cominada com a condenação pelo artigo 2º,



caput, da Lei nº 12.850/13, mesmo diante da nova fundamentação, continuaria configurando *bis in idem*.

No entanto, no que interessa ao presente artigo, a pergunta que se faz é: tal julgamento afronta princípio do *non reformatio in pejus*?

O princípio do *non reformatio in pejus* determina estar "[...] vedada a reforma para pior, ou seja, diante de um recurso da defesa, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do imputado. Portanto, diante de um exclusivo recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo ou em parte, ou manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhuma hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se também houver recurso do acusador)".

A melhor doutrina sobre o tema entende que a interpretação acerca da *reformatio in pejus* deve abranger a vedação à piora tanto do ponto de vista quantitativo, quanto do ângulo qualitativo da situação do acusado.

Ou seja: no caso do exemplo hipotético, uma vez que o Tribunal de Justiça entendeu por dar provimento ao recurso defensivo — acolhendo as fundamentações da defesa —, está vedado o agravamento da situação do réu. Tal agravamento não se restringe tão somente à alteração da pena ou do regime de cumprimento impostos ao réu (aspectos quantitativos), mas também a toda a fundamentação da pena (aspecto qualitativo). Ao tribunal revisor é defeso trazer novos argumentos que acresçam ou supram a falta motivação da decisão anterior, sob pena de incorrer na *reformatio in pejus*.

Esse entendimento é corroborado por diversos julgados do Supremo Tribunal Federal, que, debruçando-se sobre situações semelhantes, reiteradas vezes decidiu que, em sede de recurso exclusivamente defensivo, *não pode haver complementação de fundamentação em detrimento do recorrente, impetrante ou requerente de pleito liberatório*.

Sobre o tema, em 2015, o Informativo nº 800 do STF tratou do julgamento do RHC nº 117.756, de relatoria do ministro Dias Toffoli. No caso analisado, o recorrente foi condenado à pena de cinco anos e dez meses de reclusão, em regime fechado, pela prática do tipo de tráfico de drogas. Em primeiro grau, o magistrado negou a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, em razão da reincidência do acusado. Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso defensivo para redimensionar a pena a cinco anos de reclusão, afastando a reincidência, pois inexistente.

Contudo, apesar da diminuição da pena aplicada, também afastou a aplicação do tráfico privilegiado, mas com *fundamentação diversa*, por entender que a minorante não poderia incidir em razão da quantidade e do alto teor viciante da droga apreendida, e pelas circunstâncias que teriam permeado o flagrante. O recorrente argumentou ter havido *inovação de fundamentação, que agregou motivos diversos daquelas invocados pelo magistrado de primeiro grau para vedar a aplicação da minorante, em recurso exclusivamente defensivo*.

A 1ª Turma entendeu pela configuração, no caso, da *reformatio in pejus*, pois o Tribunal de Justiça, apesar de afastar a reincidência conforme a tese defensiva, *"não deu efeito a isso, fazendo compensação com argumento próprio"*. A instância revisora negou a aplicação da

minorante por fundamento diverso e não constante na sentença e, como consequência, a situação do recorrente foi agravada porque, apesar da pena ter sido diminuída, houve prejuízo decorrente da possibilidade de pena ainda menor.

O ministro Luiz Fux acertadamente entendeu que o *tribunal revisor não poderia ter feito uma compensação com outro fundamento não trazido pela acusação*. Segundo o magistrado, "*a supressão de um direito em recurso exclusivo da defesa afronta, fora de dúvida, o princípio do ne reformatio in pejus, independentemente de resultar, ou não, acréscimo da pena*".

Em igual sentido estão diversos outros julgados da Suprema Corte. Nos autos do HC nº 126.763, o ministro Gilmar Mendes manifestou-se que "*a vedação da reformatio in pejus não se cinge, simplesmente, à quantidade final da pena*", uma vez que a fixação da pena é "*ato complexo [...], não se trata de mero cálculo aritmético, mas sim de efetiva valoração da conduta levada a efeito pelo sentenciado*".

No julgamento do HC 122.626, o voto do ministro Edson Fachin, consignou que "*não se admite, com assento no Princípio Acusatório, que o vício de fundamentação seja suprido, de ofício, pelas instâncias superiores (...) tal proceder, por importar gravame à situação processual do paciente, revela-se incompatível com a razão de ser do habeas corpus, garantia constitucional dirigida à proteção do cidadão em face do arbítrio estatal. De tal forma, não é razoável que o Estado-Juiz fortaleça o poderio persecutório estatal por meio da utilização deturpada de garantia posta à disposição do indivíduo*".

No mesmo julgamento, o ministro Dias Toffoli considerou ser "*vedada, em habeas corpus, a utilização de fundamentos inovadores, para suprir vício de motivação das instâncias antecedentes, ou justificar a adoção do regime prisional mais gravoso, sob pena de reformatio in pejus*".

No julgamento do HC 113.945, o ministro Teori Zavascki entendeu não caber "*[...] às instâncias superiores, em sede de habeas corpus, adicionar novos fundamentos à decisão de primeiro grau, visando a suprir eventual vício de fundamentação*".

Em autos diversos, o ministro Dias Toffoli decidiu não ser possível, "*em sede de habeas corpus, agregar fundamentos inovadores para complementar deficiência de fundamentação na dosimetria da pena, sua legalidade deve ser aferida estritamente à luz da motivação empregada na sentença*" (STF, RHC 123529).

Ou seja, há vasta jurisprudência da Corte Suprema que se inclina em direção da *impossibilidade de complementação de fundamentação em sede de julgamento de recurso exclusivamente defensivo*, pois estaria configurada a *reformatio in pejus* no aspecto qualitativo da situação jurídica do acusado.

Não importa se o recurso exclusivamente defensivo será apreciado por instância superior, pelo órgão colegiado ou até mesmo pelo mesmo juízo, quando o recurso é exclusivo da defesa, é vedada a complementação da fundamentação de modo a piorar a situação do acusado.



A importância da questão se dá, inclusive, em razão de existir efetivo prejuízo à defesa na situação narrada. No exemplo hipotético, se, após o julgamento da apelação exclusivamente defensiva, em que há alteração da fundamentação da aplicação da majorante de pena, a defesa opor embargos de declaração atacando a fundamentação inédita, o tribunal revisor poderá alegar que se trata de tese defensiva nova, não suscitada no recurso de apelação e sujeita, portanto, a preclusão, deixando a defesa de mãos atadas.

Dessa forma, tendo em vista as considerações doutrinárias e jurisprudenciais e, principalmente, o efetivo prejuízo à defesa de acusados em processos penais, a aplicação do princípio do *non reformatio in pejus* deve estender-se à proibição de alteração da fundamentação da pena, mesmo quando a nova argumentação trazida não aumente, efetivamente, a pena estabelecida.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-out-19/opinio-reformatio-in-pejus-fundamentacao-pena/>