



**Direito, Universidade e Advocacia:
homenagem à obra do**

Prof. Dr. René Ariel Dotti

**PAULO CÉSAR BUSATO
GUSTAVO BRITTA SCANDELARI**
ORGANIZADORES

As publicações do **GEDAI/UFPR** são espaços de criação e compartilhamento coletivo. Fácil acesso às obras. Possibilidade de publicação de pesquisas acadêmicas. Formação de uma rede de cooperação acadêmica na área de Propriedade Intelectual.



UFPR – SCJ – GEDAI
Praça Santos Andrade, n. 50
CEP: 80020-300 - Curitiba – PR
E-mail: gedai.ufpr@gmail.com
Site: www.gedai.com.br
Prefixo Editorial: 67141
GEDAI/UFPR

Conselho Editorial

Allan Rocha de Souza – UFRRJ/UFRRJ	J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.
Carla Eugenia Caldas Barros – UFS	Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha
Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio	Leandro J. L. R. de Mendonça – UFF
Carol Proner – UniBrasil	Luiz Gonzaga S. Adolfo – Unisc/Ulbra
Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal	Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR
Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor	Marcos Wachowicz – UFPR
Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha	Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio
José Augusto Fontoura Costa – USP	Sérgio Staut Júnior – UFPR
José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal	Valentina Delich – Flacso/Argentina

Editoração: IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1308 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR – Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br / <https://ioda.org.br/>

Capa, projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdígão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdígão Lana, Heloísa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

D598 Direito, universidade e a advocacia: uma homenagem
à obra do Prof. Dr. René Ariel Dotti / organização de Paulo César Busato, Gustavo Britta Scandelari – Curitiba: Gedai, UFPR 2021.
819p.: 23cm
Vários colaboradores
ISBN: 978-65-86233-51-3 [Recurso eletrônico]
ISBN: 978-65-86233-52-0 [Impresso]

1. Direito. 2. Universidade. 3. Dotti, René Ariel, 1934-2021. I. Busato, Paulo César (org.). II. Scandelari, Gustavo Britta (org.).

CDD 340.1 (22.ed)
CDU 340

Creative Commons 4.0
(CC BY 4.0)



PAULO CÉSAR BUSATO
GUSTAVO BRITTA SCANDELARI
ORGANIZADORES

**Direito, Universidade e Advocacia:
homenagem à obra do**

Prof. Dr. René Ariel Dotti



2021



SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DA APLICAÇÃO DA PENA PELOS TRIBUNAIS E OS LIMITES DO *NON REFORMATIO IN PEJUS*

MARION BACH¹

ISABELA MARIA STOCO²



RESUMO

O princípio da *non reformatio in pejus* estabelece – em linhas gerais – que é vedado ao Tribunal, na oportunidade do julgamento de recurso exclusivo da defesa, agravar a situação do réu. Previsto no artigo 617 da codificação processual penal, tal princípio é consectário lógico do sistema acusatório, no qual há proeminência das partes no jogo processual. O presente artigo pretende demonstrar que a *non reformatio in pejus* deve ser interpretada de forma ampla, não apenas sob o enfoque quantitativo, mas também sob o espeque qualitativo. Isso significa que não apenas o limite do *quantum* da pena deve ser observado, mas também a natureza da pena, o regime inicial de cumprimento, etc. Mais do que isso – e eis um ponto essencial – os termos do próprio fundamento também devem ser observados. Assim, o que se defende neste excerto, que metodologicamente contou com pesquisa exploratória, jurisprudencial e bibliográfica, é que não pode o Tribunal *ad quem* modificar, substituir ou reajustar a fundamentação que justifica a elevação da pena sem que haja

¹ Advogada Criminalista. Doutora em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Professora de Direito Penal em cursos de graduação e pós-graduação. Conselheira Estadual da OAB/PR. E-mail: marion@marionbach.com.br.

² Advogada Criminalista. Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Pós-graduanda em Direito Penal Econômico (PUC/MG) e Compliance (FAE). E-mail: isabela@marionbach.com.br.

recurso por parte da acusação, sob pena de incorrer – por razões distintas que serão nestas linhas demonstradas - na violação ao princípio da *non reformatio in pejus*.

Palavras-chave: *reformatio in pejus*; recurso exclusivo da defesa; vedação de modificação de fundamentação; limites ao agravamento da pena.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Princípio da *non Reformatio In Pejus*: Conceituação em breves linhas; **3.** *Non reformatio in pejus* e sua interpretação pelos tribunais superiores brasileiros; **4.** A *Reformatio In Pejus* e a Substituição de Fundamentação pelos Tribunais; **5.** Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio de vedação à *reformatio in pejus* encontra amparo no artigo 617 do Código de Processo Penal brasileiro e diz respeito à proibição – imposta aos Tribunais – de julgar desfavoravelmente à defesa nos casos em que apenas essa interpuser recurso. Noutras palavras, quer-se dizer que, ausentes recursos interpostos pela acusação, o julgador do órgão colegiado deverá valer-se dos limites impostos pela sentença penal condenatória, sob pena de incorrer no legalmente vedado prejuízo ao acusado.

O princípio da *non reformatio in pejus* encontra guarida não apenas na codificação processual, mas também na própria lógica do sistema acusatório, que tem como (principal) característica o protagonismo das partes. O magistrado, por isso, fica adstrito às teses levantadas pela acusação e pela defesa, sob pena de atuar em excesso e contaminar a própria imparcialidade, bem como de julgar em desalinho ao efetivamente contido nos autos.

Conforme se observará das linhas que seguem, a doutrina brasileira firmou-se no sentido de disciplinar que o princípio da vedação à *non reformatio in pejus* deve ser analisado não apenas sob a lente quantitativa – ou seja, do *quantum* de pena aplicado –, mas também em uma análise qualitativa, que envolve outras questões atinentes à condenação.

A jurisprudência das Cortes Superiores, por sua vez, foi inicialmente calcada em tais construções doutrinárias, de modo que há jurisprudência

dência advinda do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que leva em conta não apenas a quantidade total de pena, mas também outros aspectos insertos na lógica da condenação penal (como regime inicial de cumprimento de pena, por exemplo). Ocorre, porém, que ao longo do tempo pôde-se verificar significativa mudança – e espécie de recrudescimento – por parte dos Tribunais quando da análise do tema.

O presente trabalho pretende – em laudas não exaustivas – não apenas analisar o caminho percorrido pela doutrina e pela jurisprudência no que refere ao tema da aplicação da pena e do princípio da *non reformatio in pejus*, mas especialmente analisar criticamente prática hoje comum: a hipótese em que o Tribunal responsável pela apreciação do recurso (exclusivo da defesa) modifica/substitui o fundamento conferido pelo juiz sentenciante para subsidiar a pena imposta ao condenado.

2 PRINCÍPIO DA *NON REFORMATIO IN PEJUS*: CONCEITUAÇÃO EM BREVES LINHAS

O princípio da *non reformatio in pejus*, em linhas gerais, consiste na proibição de o Tribunal julgar desfavoravelmente ao acusado, em caso de recurso exclusivo da defesa³. Significa dizer que, em sede recursal, o julgador não poderá lançar mão de teses que não foram ventiladas no bojo do recurso e que, de alguma forma, tragam prejuízo ao condenado. Noutras palavras, “não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso”⁴.

No sistema oposto ao da *reformatio in pejus*, chamado de *communio remedi*, entendia-se que o recurso levava ao Tribunal toda a matéria inserta nos autos – efeito devolutivo amplo –, de modo que este poderia decidir tanto em favor de quem recorreu, quanto da parte contrária. Neste sistema, que tem origem romana e foi aplicado no Brasil na vigência das Ordenações Filipinas e em leis posteriores, a doutrina compreendia que a

³ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1693.

⁴ GRINOVER. Ada Pellegrini *et all*. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 41.

apelação era um recurso comum a ambas as partes, de modo que o juízo *ad quem* não estaria limitado a apreciar apenas a matéria defendida pela própria parte recorrente.⁵

O princípio da *non reformatio in pejus* – no âmbito da teoria geral do processo – toma em conta a personalidade/pessoalidade dos recursos, que determina que estes podem beneficiar apenas e tão somente a parte que recorreu.⁶ Como consequência, quem recorreu não pode ter a situação agravada em caso de inércia da outra parte.⁷

A vedação da *reformatio in pejus*, especificamente no campo do processo penal, deriva de uma concepção do regime acusatório no processo penal, no qual há a proeminência das partes no jogo processual.⁸ O tratamento de tal princípio, nesse âmbito, é peculiar: quando o recurso é interposto pela defesa, o princípio se aplica de forma irrestrita, posto que não poderá haver prejuízo ao réu quando da análise recursal. Porém, quando o recurso é interposto pela acusação, a matéria é devolvida ao Tribunal de forma mais ampla, estando autorizados os julgadores a corrigir, de ofício, eventuais equívocos que prejudicam o sentenciado.

As premissas acima estabelecidas foram sintetizadas pelo Ministro Edson Fachin na oportunidade do julgamento do HC n. 152.752, no qual explicitou-se que o recurso é um desdobramento do direito de ação e que, por esta razão, “impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação”. Por tal razão há «íntima relação entre a vedação da *reformatio in pejus* e o sistema acusatório”⁹.

O princípio em comento encontra-se insculpido no artigo 617 da Codificação Processual Penal, que dispõe acerca da impossibilidade do

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini *et all.* *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. p. 43

⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 402.

⁹ HC 152.752 PR - Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 04.04.2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-127 27-06.2018.

agravamento da situação do réu – em especial no que diz respeito à pena – na oportunidade do julgamento do recurso defensivo.¹⁰ Não se admite a reforma do julgado do ponto de vista quantitativo, tampouco qualitativo, de modo que resta impossibilitado o Tribunal *ad quem*, inclusive, de corrigir erro material.^{11/12}

Consectário lógico desta premissa é que a expressão *agravada a pena* “deve ser entendida em sentido amplo: abrange a espécie de pena, a natureza da pena, sua quantidade, o regime inicial de cumprimento etc.”¹³ Impede-se, inclusive, o reconhecimento de nulidade favorável à acusação que culmine em prejuízo ao réu.¹⁴

Em didático exemplo, Renato Brasileiro de Lima traz que: na hipótese em que o Tribunal, sem recurso da acusação, afasta qualificadora do crime de furto tentado e acrescenta – de ofício – a causa de aumento de pena do repouso noturno, ainda há *reformatio in pejus*, mesmo que a pena fixada em primeira instância seja superior a dada em segunda instância¹⁵, de sorte que o acusado deveria responder apenas pelo furto tentado, eis que inadequado o reconhecimento do repouso noturno sem recurso adequado para tanto (e não sendo justa a aplicação da qualificadora).¹⁶

¹⁰ Art. 617. O tribunal, câmara ou turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1690.

¹² HC 115.501-MG, Sexta Turma, DJe 3/8/2015; e AgRg no HC 264.579-RS, Sexta Turma, DJe 1º/8/2013. HC 250.455-RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 17/12/2015, DJe 5/2/2016.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

¹⁴ HC 162.063/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 29/03/2012.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1691.

¹⁶ Em similar exemplo julgado pelo Superior Tribunal de Justiça: “Houve *reformatio in pejus* na exclusão da atenuante da confissão espontânea, pelo Tribunal de origem, sem que o apelo ministerial tenha se insurgido contra esse aspecto da sentença, motivo pelo qual deve ser restabelecida a referida atenuante, com a sua compensação com a agravante da gravidez da vítima (art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal).” (AgRg nos EDcl no AREsp 1826848/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 21/06/2021)

Há, porém, assunto que gera (mais) polêmica quando do estudo do princípio da vedação ao *reformatio in pejus*. Diz respeito à (im)possibilidade de alteração da fundamentação, pelo Tribunal *ad quem*, dos elementos da pena que foram valorados pelo juízo anterior. Como exemplo: imagine-se hipótese em que o acusado é condenado por furto com elevação da pena base – na circunstância judicial das consequências –, em razão de *ter havido prejuízo à vítima, que não recuperou os valores*. Ocorre que o Tribunal *ad quem*, quando da apreciação do tema após o recurso exclusivo da defesa, manifesta-se no sentido de que referido fundamento é inválido, posto que intrínseco ao delito de furto consumado, mas mantém o *quantum* da pena em razão de outro fundamento: o *sofrimento da vítima, que viu-se sem condições para sua manutenção*, por exemplo. Aqui, houve a manutenção da exasperação da pena, mas por razão distinta – fundamento distinto – daquela fixada em primeiro grau. Há *reformatio in pejus* nesta hipótese?

Referida questão – que será melhor apreciada no item 3 do presente artigo – apenas demonstra ao leitor que a análise do tema da vedação ao *reformatio in pejus* não pode ser realizada sob lentes simplistas. Ou seja: não diz respeito apenas e tão somente à quantidade (final) de pena imposta ao réu, mas sim de todas as peculiaridades que a circundam.

A análise do tema claramente não se esgota nas linhas que foram acima traçadas. Há uma série de outras questões polêmicas que circundam o tema, como (i) *reformatio in pejus* indireta; (ii) *reformatio in pejus* no caso de julgamento pelo Tribunal do Júri; (iii) *reformatio in pejus* ocorrida após *emendatio libelli*; e (iv) *reformatio in mellius*. Ocorre, porém, que por questões metodológicas, haverá renúncia da análise destas (interessantes) questões. Ao menos neste artigo.

3 **NON REFORMATIO IN PEJUS E SUA INTERPRETAÇÃO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS**

Como dito, as peculiaridades que circundam a análise do princípio da vedação à reforma em prejuízo do réu não devem ser analisadas sob lentes simplistas, na medida em que caracterizam questões sensíveis atinentes ao processo penal. Imprescindível, nesse ponto, analisar através de quais lentes os Tribunais Superiores vêm tratando da matéria. Eis o objetivo do presente tópico.

De partida, não há como deixar de notar que, em consideráveis oportunidades, as Cortes Superiores valoram o conteúdo da vedação ao *reformatio in pejus* – no que refere à pena – apenas de modo quantitativo, renunciando indevidamente à análise qualitativa.

Em recentes julgados, pode-se vislumbrar a interpretação, pelo Superior Tribunal de Justiça, de que a apelação devolve integralmente a matéria analisada ao Juízo *ad quem*, e sua atuação fica vinculada única e exclusivamente ao *quantum* (total) de pena aplicado. A saber: “no tocante ao princípio da *ne reformatio in pejus*, que se refere à proibição de agravamento da pena pelo Tribunal, em sede de recurso exclusivo da defesa, o entendimento desta Corte Superior firmou-se no sentido de que se leva em conta apenas o *quantum* final da reprimenda imposta na decisão mais benéfica.¹⁷

Isso significa dizer, em outras palavras, que admite-se, portanto, que a Corte, quando instada a se pronunciar acerca da dosimetria, do regime de cumprimento de pena ou das demais questões atinentes às particularidades do crime, realize nova ponderação e reavaliação dos fatos e circunstâncias da conduta delitativa, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, desde que a situação final do réu não seja agravada, não havendo se falar em *reformatio in pejus*.¹⁸

Em razão de tal interpretação, não raro pode-se verificar a Corte alterando/substituindo a fundamentação anteriormente adotada por outra – não trazida pela acusação –, sempre sob o fundamento de *inexistência de agravamento da pena*. Cita-se, por exemplo, caso no qual o STJ considerou válida a modificação de fundamentação mesmo em sede de execução penal, ou seja, pós trânsito em julgado. Entendeu-se que “o mero deslocamento desta circunstância da terceira para a primeira fase da dosimetria, ainda que em sede de execução penal, não configura *reformatio in pejus*, em especial, porque, na hipótese, a sanção imposta ao agravante não foi alterada”.^{19/20}

¹⁷ AgRg no HC 570.459/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021.

¹⁸ AgRg no AgRg no AREsp 1860727/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021.

¹⁹ AgRg no HC 593.889/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020.

²⁰ No mesmo sentido: HC n. 377.700/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 1/2/2017.

As interpretações conferidas ao princípio do *non reformatio in pejus*, porém, nem sempre foram assim. Ao longo dos anos, houve – aos olhos de um direito processual penal acusatório e garantista - espécie de recrudescimento na análise do tema.

Veja-se, ilustrativamente, o julgamento do HC n. 176.320 pelo STJ: compreendeu-se que sequer o erro material poderia ser reavaliado e corrigido pelo Tribunal *ad quem*, pois “tratando-se, como se trata, de Direito Penal adjetivo não se pode falar em correção ex officio de “erro material”, máxime contra o réu. Tal instituto é próprio do Direito Processual Civil (artigo 463, I, do CPC)”.²¹

Não obstante, em julgados mais recentes, pode-se verificar que reiteradas vezes a Corte manifestou-se no sentido de que “nos termos da jurisprudência desta Casa, a simples correção de erro material não viola o princípio da *non reformatio in pejus*”^{22,23}, fundamentando-se tal interpretação justamente na legislação processual civil: “embora inexista contradição no aresto, verifica-se a presença de erro material que, nos termos do art. 494, I do Código de Processo Civil/2015, pode ser corrigido de ofício, já que não tem qualquer reflexo no conteúdo decisório.”²⁴

A mesma espécie de recrudescimento interpretativo pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Se antes a Corte compreendia que “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”²⁵, os julgados mais recentes proclamam que “não se reconhece a ocorrência de *reformatio in*

²¹ HC 176.320/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 17/09/2012.

²² AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 1352120/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2020, DJe 04/06/2020.

²³ Neste mesmo sentido: “É uníssono, no âmbito desta Corte Superior de Justiça, que a revisão da dosimetria da pena em esfera de recurso especial é admissível, apenas, diante de ilegalidade flagrante ou, quando evidenciado, de “erro material no cálculo da reprimenda, passível de correção ex officio” (HC 387.792/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017).”

²⁴ (EDcl no AgRg no AREsp 843.223/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 29/11/2017)

²⁵ 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.

pejus nas hipóteses em que a pena do recorrente não se agrava por ocasião do julgamento do recurso”.²⁶

O tema que ao presente artigo especialmente importa também sofreu modificação de interpretação ao longo do tempo, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

É que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sempre caminhou no sentido de acolher a possibilidade de modificação/substituição de fundamentação previamente adotada, ao compreender que se “admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a *reformatio in pejus*”^{27,28}

O Supremo Tribunal Federal, porém, alterou significativamente seu entendimento ao longo dos anos. Inicialmente, a Corte entendia que “o aumento da pena-base mediante reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença monocrática gera *reformatio in pejus*, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP”.²⁹

Ou seja, o STF reputava relevante considerar, para fins da vedação à reforma em prejuízo do réu, não apenas o *quantum* final de pena imposta, mas sim a fundamentação e outros aspectos da sentença penal condenatória. Noutro julgado, foi clara tal acepção, na medida em que se concluiu que “a pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo

²⁶ RHC 124739 AgR, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-242 DIVULG 14-11-2018 PUBLIC 16-11-2018.

²⁷ AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021

²⁸ “A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente. Não obsta, entretanto, que o Tribunal, para dizer o direito - ao exercer, portanto, sua soberana função de *juris dictio* -, encontre motivação própria, respeitadas, obrigatoriamente, a imputação deduzida pelo órgão de acusação, a extensão cognitiva da sentença impugnada e os limites da condenação impostos no juízo de origem.” HC 251.417-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 3/11/2015, DJe 19/11/2015.

²⁹ RHC 126763, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 01/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de *reformatio in pejus*".³⁰

No entanto, mais recentemente a Corte passou a entender que "não há falar em *reformatio in pejus* se os motivos expendidos pelo julgador em sede de apelação exclusiva da defesa não representaram advento de situação mais gravosa para o réu".³¹

É com olhar de preocupação que se mira a atual compreensão jurisprudencial sobre o tema, por tantas e distintas razões que serão expostas no tópico a seguir.

4 A REFORMATIO IN PEJUS E A SUBSTITUIÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO PELOS TRIBUNAIS

Conforme visto, o princípio da *non reformatio in pejus* fora outrora analisado com lentes mais harmônicas a um processo penal acusatório e garantista. Atualmente, firmou-se a interpretação de que a reforma em prejuízo do réu está relacionada direta e especificamente ao *quantum* total de pena. É dizer: não havendo recrudescimento da pena final imposta, o princípio está respeitado.

Neste sentido, especificamente quanto à possibilidade de alteração/substituição da fundamentação anteriormente adotada, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento pela inexistência de *reformatio in pejus*, justamente sob o argumento de que não há piora no *quantum* de pena fixado pelo juiz de piso. O Supremo Tribunal Federal por muito tempo compreendeu que a mudança da fundamentação configurava, sim, *reformatio in pejus*, porém os julgados mais recentes demonstram a alteração da posição da Corte, que passou a valer-se do fundamento do STJ na apreciação da problemática.

Sobre o tema, a doutrina – que de forma escassa se manifesta a respeito – não é uníssona. Renato Brasileiro de Lima é no sentido de

³⁰ HC 129333, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 11-12-2015 PUBLIC 14-12-2015.

³¹ HC 126457, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 12/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 - DIVULG 11-12-2018 - PUBLIC 12-12-2018.

que “não se proíbe, entretanto, que, em impugnação contra sentença condenatória, possa o órgão de jurisdição superior, no exercício de sua competência funcional, agregar fundamentos à sentença recorrida, quer para aclarar-lhe a compreensão, quer para conferir-lhe melhor justificação”³².³³ Em sentido oposto, Pacelli aduz que “se o juiz avaliou negativamente algumas das circunstâncias e não o fez em relação a outras, não pode a instância revisora valorar de forma negativa as segundas, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, ainda que não haja aumento na dosimetria da reprimenda.”³⁴

Pois bem.

A vedação à *reformatio in pejus* é decorrência lógica do sistema acusatório ao qual o processo penal brasileiro está – ou deveria estar – vinculado, na medida em que se privilegia o protagonismo das partes em detrimento à atuação de ofício pelo magistrado. Por tal razão, o magistrado está – ou deveria estar - necessariamente adstrito às teses levantadas pela acusação caso entenda necessário recrudescer a situação do acusado no jogo processual.

O constructo do processo penal salvaguardado pelas garantias constitucionalmente previstas admite o julgamento *ex officio* tão somente nas hipóteses de irregularidades que, quando corrigidas, favoreçam ao réu. Não raras vezes pode se observar, por exemplo, ordens de *habeas corpus* concedidas de ofício pelos Tribunais Superiores após a aferição de prejuízos ao réu que não foram levantados pela defesa técnica do acusado.

Tais premissas decorrem, em essência, da conjugação do princípio da pessoalidade dos recursos com o princípio – que marca essencialmente

³² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 1692.

³³ Registre-se, uma vez mais, que é nesse sentido a atual compreensão do STJ. “Não é vedado ao julgador alterar a fundamentação do decreto condenatório, pois seria legítimo que este 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”. AgRg no AREsp 1854459/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021.

³⁴ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 763.

o direito e processo penal – do *favor rei/favor libertatis*,^{35/36} os quais preconizam, respectivamente, que os recursos devem favorecer àqueles que recorrem e que o processo penal deve priorizar, sempre, direta e indiretamente, a liberdade.

Por tal razão é que conceber a possibilidade de revisão da fundamentação pelos Tribunais Superiores – sejam os Tribunais estaduais/federais ou as Cortes Superiores –, quando da análise de recurso exclusivo da defesa, se desvela preocupante.

Inicialmente, veja-se que, para realizar a substituição da fundamentação em recurso exclusivo da defesa, o Tribunal necessariamente terá de atuar *como se acusação fosse*. Sim, pois a acusação, no caso, ficou inerte – não confrontando a fundamentação anteriormente adotada (e equivocada), quando poderia/deveria fazê-lo –, e está o Tribunal a substituí-la, de ofício, por fundamentação mais adequada. Em outras palavras: está o Tribunal *suprindo a inércia do órgão de acusação* e adotando fundamentação que não fora pela parte acusadora sequer arguida.

É por isso que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu – antes de modificar o próprio entendimento – que “impor situação prejudicial ao réu sem insurgência da acusação consubstancia ato semelhante à submissão de pleito condenatório despido de imputação”.³⁷

Antes que se diga que a acusação *não teria razões para recorrer*, posto que, a princípio, a pena final lhe soava adequada/justa, há que se esclarecer que, evidentemente, a acusação não deve estar atenta única e exclusivamente ao resultado final do julgamento, mas ao julgamento *como um todo*. É dizer: se o resultado final está correto, mas o caminho percorrido para chegar a tal resultado está juridicamente equivocado, é dever da acusação recorrer para garantir o acerto também do caminho – justamente na intenção de preservar o resultado que lhe soou justo.

³⁵ MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 706.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, s.p.

³⁷ HC 152.752 PR - Relator: Min. Edson Fachin. Data de julgamento: 04.04.2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-127 27-06.2018.

Ademais, e este é ponto essencial, ao substituir a fundamentação anteriormente adotada por uma nova, o Tribunal acaba por, indubitavelmente, *violar os princípios do contraditório e da ampla defesa*, tão caros ao processo penal. Isso porque, uma vez que não houve recurso por parte da acusação, confrontando a fundamentação anterior, restou a defesa impossibilitada de contrarrazoar eventuais argumentos expostos. Assim, quando o Tribunal substitui a antiga fundamentação por uma nova, o faz *sem nunca ter tido a defesa a chance de se manifestar a respeito*.

Há, ainda, outro aspecto que deve ser considerado. Veja-se que, caso haja (i) inconsistência na fundamentação inicialmente adotada e (ii) omissão por parte da acusação em provocar o Tribunal a corrigi-la, resta ao Tribunal um único caminho: extirpar da pena os acréscimos advindos através de equivocada/insuficiente fundamentação. O réu, portanto, passa a ter direito àquela extirpação em sua pena. Caso o Tribunal escolha caminho diverso, está a violar tal direito do réu, atuando em seu absoluto desfavor e violando o princípio da *non reformatio in pejus*.

Isso se reflete em outras questões de relevo. Pense-se na seguinte situação: havendo equívocos na fundamentação inicialmente adotada e se omitindo a acusação de recorrer para que tais equívocos sejam corrigidos, o caminho natural é o trânsito em julgado da decisão marcada por equívocos. Assim, tem o réu a chance de, identificados referidos equívocos posteriormente, ter sucesso em uma revisão criminal, com o consequente reajuste benéfico da pena.

Assim, caso o Tribunal atue de ofício – ou seja, mesmo diante da indevida e descuidada omissão por parte da acusação – para corrigir a fundamentação equivocadamente imposta, sob o (simplista) argumento de que “a pena final não será aumentada”, está, sim, a atuar de modo que prejudica o réu, violando o princípio da *non reformatio in pejus*. Afinal, está o Tribunal, de ofício, a impedir que haja o trânsito em julgado de decisão má fundamentada, o que geraria ao réu o direito à ação de revisão criminal.

Por todo o exposto é que se compreende – diferentemente do que vêm entendendo os Tribunais brasileiros – que o princípio da *non reformatio in pejus* impede que o Tribunal, de ofício, modifique, substitua ou melhore a fundamentação previamente adotada, mesmo que isso não re-

sulte em um recrudescimento na pena final imposta ao réu. Ou, dito de outro modo, se compreende que o princípio da *non reformatio in pejus* possui alcance muito mais amplo, impedindo que o Tribunal atue, em recurso exclusivo da defesa, de qualquer modo que, direta ou indiretamente, configure um prejuízo ao réu e à sua liberdade.

5 CONCLUSÕES

Após pontual estudo e reflexão sobre o tema eleito para protagonizar o presente artigo, registrem-se as principais conclusões.

01. O princípio da vedação à *reformatio in pejus* consiste, em síntese, na vedação conferida aos Tribunais de julgar desfavoravelmente ao réu nas hipóteses em que houver única e exclusivamente recurso interposto pela defesa. Além de estar previsto na legislação processual penal – mais especificamente no artigo 617 –, citado princípio é decorrência lógica do sistema penal acusatório, cuja característica principal é a proeminência da atuação das partes.
02. Na doutrina brasileira prevaleceu, ao longo dos anos, o entendimento de que não apenas o *quantum* final de pena estaria abarcado pela vedação à *reformatio in pejus*. Ou seja, a análise não pode apenas ser quantitativa, mas também qualitativa, de modo que outros aspectos também devem ser considerados.
03. Especificamente sobre a violação – ou não – da vedação à *reformatio in pejus* na hipótese em que, não obstante não haja recrudescimento da pena final, o Tribunal, em recurso exclusivo da defesa, modifica o *fundamento* da exasperação da reprimenda, substituindo fundamento anteriormente adotado por novo, viu-se que atualmente os Tribunais Superiores possuem entendimento alinhado no sentido de que tal conduta *não é violadora do princípio*.
04. Não se entende que o atual entendimento adotado pelos Tribunais Superiores seja o mais adequado a um processo penal democrático, acusatório e garantista.

05. A um porque ao substituir, em análise de recurso exclusivo da defesa, a fundamentação previamente adotada, estaria o Tribunal *atuando como se acusação fosse*. Mais do que isso, estaria o Tribunal *suprindo uma omissão da parte que acusa* que tem, evidentemente, o dever de se atentar não apenas ao resultado final do julgamento, mas ao julgamento como um todo, podendo/ devendo recorrer sempre que o caminho que conduziu ao resultado esteja equivocado ou insuficiente.
06. A dois porque ao substituir, quando de recurso exclusivo da defesa, a fundamentação previamente adotada, o Tribunal *está a violar os princípios do contraditório e da ampla defesa*. Sim, pois diante da ausência de recurso por parte da acusação, a defesa está impossibilitada de contrapor eventuais argumentos, de modo que a nova fundamentação adotada – de ofício – pelo Tribunal *admirá sem que a defesa jamais tenha tido a chance de se manifestar a respeito*.
07. A três porque, quando uma decisão adota fundamentos insuficientes ou equivocados e a acusação se omite em provocar o Tribunal a corrigi-los, o réu *passa a ter direito de que tais fundamentos sejam afastados e a sua pena seja, conseqüentemente, favoravelmente corrigida*. Ao corrigir tais fundamentos de ofício, o Tribunal está a violar referido direito do réu, violando a ideia calcada na *non reformatio in pejus*.
08. A quatro porque, quando uma decisão adota fundamentos insuficientes ou equivocados e a acusação se omite em provocar o Tribunal a corrigi-los, o caminho natural é que tal decisão transite em julgado com as marcas de tal insuficiência ou equívoco – o que, posteriormente, pode ensejar uma ação de revisão criminal. Ao corrigir tais fundamentos de ofício, o Tribunal está a eliminar futura chance de revisão criminal por parte do réu e, assim, está a prejudicá-lo em análise de recurso exclusivo seu (mesmo que, naquele momento, não esteja incrementando a sua sanção), violando a *non reformatio in pejus*.
09. Por todo o exposto, se compreende que – diferentemente do que vêm entendendo os Tribunais brasileiros – o princípio da

non reformatio in pejus impede que o Tribunal, de ofício, modifique, substitua ou melhore a fundamentação previamente adotada, mesmo que isso não resulte em um recrudescimento na pena final imposta ao réu. Ou, dito de outro modo, se compreende que o princípio da *non reformatio in pejus* possui alcance muito mais amplo, impedindo que o Tribunal atue, em recurso exclusivo da defesa, de qualquer modo que, direta ou indiretamente, configure um prejuízo ao réu e à sua liberdade.

REFERÊNCIAS

- ARANHA, Adalberto José Camargo. *Dos recursos no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Manual dos Recursos Penais*. 4. ed. em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- GRINOVER. Ada Pellegrini *et all*. *Recursos no processo penal: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 7 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Curso de Processo Penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- ROCHA JR., Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. *Recurso Especial e Recurso Extraordinários criminais*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.