

## APELAÇÃO CRIMINAL E A *REFORMATIO IN MELIUS* NO RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO

YVES DE FIGUEIREDO ROLEMBERG MENDONÇA<sup>1</sup>

**Resumo:** Este trabalho acadêmico visa demonstrar a possibilidade de a *reformatio in melius* ser aplicada pelo tribunal ao qual se recorre, mesmo nos casos em que apenas a acusação – representada pelo Ministério Público, via de regra, ou pelo querelante – houver interposto o recurso.

**Palavras-chave:** Apelação criminal. *Reformatio in melius*. *Reformatio in pejus*. Tribunal.

### **CRIMINAL APPEAL AND THE REFORMATIO IN MELIUS IN THE EXCLUSIVE ACCUSATION RECOURSE**

**Abstract:** This academic work intends to demonstrate the possibility of *reformatio in melius* being applied by the court which has recourse, even in cases when only the prosecution – represented by the public prosecutor, as a rule, or by the victim – has brought the appeal.

**Keywords:** Criminal appeal. *Reformatio in melius*. *Reformatio in pejus*. Court.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a apelação criminal e a *reformatio in melius* no recurso exclusivo da acusação. Dentro da temática proposta, a questão primordial a ser debatida e resolvida é o suposto conflito entre o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que veda a *reformatio in melius* na apelação criminal exclusiva da acusação, e o princípio da primazia do interesse do réu, que norteia todo o processo penal.

Da mesma forma, para tentar tornar mais clara a solução do problema, devem ser respondidos os seguintes questionamentos: a modificação da sentença em favor do réu pelo tribunal, sem que haja recurso da defesa neste sentido, configura afronta ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*?; Há a possibilidade de a *reformatio in pejus* ser aplicada contra o réu pelo tribunal, caso haja recurso exclusivo da defesa?; Havendo conflito entre os princípios do *tantum devolutum quantum appellatum* e do favor rei, qual deles deve prevalecer?

O objetivo principal dessa pesquisa é demonstrar a legalidade da *reformatio in melius* realizada pelo tribunal na apelação criminal exclusiva da acusação, bem como esclarecer que a vedação à *reformatio in pejus* quando apenas a defesa apresenta recurso ao tribunal permanece vigente no ordenamento pátrio.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes – Unit/SE. Advogado.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A APELAÇÃO CRIMINAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A persecução penal no Direito Brasileiro é formada por duas etapas principais, quais sejam a fase administrativa, representada pelas investigações em inquéritos policiais ou em procedimentos no âmbito do Ministério Público, e a fase judicial, no qual se forma, efetivamente, o processo penal.

Após a devida instrução da supracitada segunda etapa, o juiz de 1º grau esgota sua atividade jurisdicional proferindo um ato normativo *inter partes*, denominado sentença judicial. Desta decisão, caso as partes do processo, representadas pelo réu e, via de regra, pelo Ministério Público, não concordem com seus termos, é cabível um recurso específico previsto pelo Código de Processo Penal, qual seja a apelação criminal, dirigida ao Tribunal de Justiça, ao Tribunal Regional Federal ou ao Tribunal Regional Eleitoral, a depender dos critérios de competência.

Mesmo que apenas uma das partes decida interpor o recurso de apelo, uma vez que a matéria recursal é regida pelo princípio da voluntariedade, o processo ainda assim será devolvido ao tribunal competente, que será responsável por reanalisar e novamente julgar a questão a ele devolvida.

Assim, ainda que unicamente o réu interponha apelação criminal, insurgindo-se contra o conteúdo decisório da sentença, o tribunal ao qual está ligado o juiz de plano deverá proferir nova decisão sobre o tema. Neste caso, frise-se, como o *Parquet* deu-se por satisfeito com a sentença proferida, a nova decisão do tribunal não poderá agravar a situação do acusado, posto que a devolução da matéria a ele se deu unicamente por interesse da defesa.

Ao contrário, no entanto, há discussão doutrinária acerca da possibilidade ou não de o tribunal, em sede de apelação exclusiva da acusação, reformar o julgado apelado em favor do réu quanto a questões relacionadas à justeza da decisão, mesmo quando o próprio acusado conformou-se com a sentença condenatória e escolheu contra ela não se insurgir.

## 3. A VEDAÇÃO DA *REFORMATIO IN PEJUS* DE OFÍCIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dentre vários outros princípios que norteiam a disciplina processualista penal brasileira, percebe-se que o legislador ordinário reservou especial atenção à proibição da *reformatio in pejus* nos recursos exclusivos da defesa.

A vedação à *reformatio in pejus* na insurgência unicamente do réu tem origem no direito processual francês, introduzida neste ordenamento não pela via legislativa, mas por um aviso do Conselho de Estado datado de 12 de novembro de 1806. Após a iniciativa da França, o princípio em tela espalhou-se pelas legislações de diversas outras nações, tais como a alemã (arts. 272, 398 e 414 do Código de Processo Penal de 1877), a austríaca (arts. 295, § 2º, do Código de Instrução Criminal) e a egípcia (art. 252 do Código de Processo Penal) (MACHADO, 1998).

A inovação francesa regrava ideais contrários aos que vigiam na Itália à época, na qual “prevalecia norma contrária, ou seja, aquela que devolve ao juízo *ad quem*, amplo conhecimento da matéria discutida, podendo modificar a sentença sem respeitar a regra *tantum devolutum quantum appellatum*” (MACHADO, 1998, p. 97).

Observa-se o sistema inquisitorial que prosperava na Itália no período supramencionado, não revestido de respeito aos direitos do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, o que tornava amplamente possível a reforma para pior realizada de ofício pelo órgão julgador.

No âmbito do Direito Brasileiro, a vedação à *reformatio in pejus* teve origem apenas na Constituição Republicana de 1891, em seu art. 81, § 2º, especificamente no tocante às revisões criminais. No âmbito dos Estados-Membros – diante da possibilidade jurídica de legislarem sobre matéria processual – o Rio Grande do Sul foi o primeiro a adotar o princípio da *non reformatio in pejus* em sua legislação doméstica, seguido pelo Código Judiciário do Estado do Rio de Janeiro e pelos Códigos de Processo Penal do Distrito Federal e de Minas Gerais (MACHADO, 1998).

Ao final, acabou a vedação à *reformatio in pejus* sendo estendida para todos os recursos e a todos os Estados-Membros. Isto porque o art. 617 do Código de Processo Penal de 1941, em vigência até hoje, disciplina, de forma expressa, que no julgamento dos recursos unicamente do réu, não poderá o tribunal – aqui entendido no sentido *lato*, abrangendo Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunais Superiores – agravar a sua sanção, senão vejamos:

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. (grifos nossos)

A doutrina majoritária interpreta o supramencionado art. 617 do CPP, explicando que:

Se houver recurso apenas do réu, poderá o Tribunal, reconhecendo-lhe a responsabilidade e, ainda, a circunstância de que o juízo *a quo* foi benigno na dosagem da pena, aumentá-la? Se o juízo de 1º grau deixou de apreciar na sentença condenatória, outro crime imputado ao réu, poderá o Tribunal, ausente recurso da Acusação, dele conhecer? À evidência, não. O art. 617 do CPP dispõe que a pena não pode ser agravada quando somente o réu houver apelado da sentença (TOURINHO FILHO, 2012, p. 896).

45

Em igual sentido, para Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997, p. 45):

No nosso sistema processual atual vige o princípio da personalidade dos recursos, que vem expresso, com relação ao réu, na parte final do art. 617 do CPP. Assim, pelo recurso do réu e sem que haja recurso do Ministério Público, não pode ser agravada a situação do recorrente. Não se admite a *reformatio in pejus*, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo. (grifos nossos)

Ao se referir à proibição quantitativa, impossibilita-se o aumento na dosimetria da pena de ofício pelo tribunal quando não há recurso do polo ativo neste sentido; quanto ao ângulo qualitativo, manifesta-se pela impossibilidade de modificação da decisão de piso condenatória para pior em um sentido amplo, vedando acórdãos que, sem requerimento da parte, imponham, por exemplo, regime de cumprimento inicial da pena mais rigoroso ou reconheçam nulidade absoluta prejudicial ao réu.

Corroborando a impossibilidade da *reformatio in pejus* no processo penal, estão as lições de Nucci (2011, p. 899):

Não há possibilidade de a parte recorrer contra uma decisão e, em lugar de conseguir a modificação do julgado, segundo sua visão, terminar obtendo uma alteração ainda mais prejudicial do que se não tivesse recorrido. Veda o sistema recursal que a instância

superior, não tendo a parte requerido, empreenda uma *reformatio in pejus*, ou seja, modifique o julgado piorando a situação de quem recorreu.

Segundo Faria (1942), citado por Machado (1998, p. 99), “a *reformatio in pejus* é a proibição de pronunciar sobre o mesmo julgamento, uma nova sentença mais desfavorável ao acusado, em recurso por ele somente interposto”.

Esta vedação tem sentido para garantir o princípio da inércia da jurisdição, pelo qual os órgãos do Poder Judiciário apenas podem decidir sobre algo que foi posto como litígio pelas partes, bem como o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, que devolve à apreciação das instâncias superiores tão somente o objeto da insurgência, e não todo o julgado da instância inferior.

O princípio em tela também vem para resguardar a regra do *favor libertatis*, presunção máxima pela liberdade *lato sensu* do réu, sendo uma decorrência da adoção do sistema acusatório, no qual as funções de acusar e julgar são atribuídas a órgãos estatais distintos (TOURINHO FILHO, 2012).

Outrossim, “a apreciação da matéria fora dos limites da impugnação afrontaria os princípios da plenitude do direito de defesa e do contraditório, que são constitucionalmente garantidos” (MOSSIN, 2007, p. 253). E isto porque esses direitos restariam fragilizados caso a parte pudesse temer, ao exercer seu direito ao duplo grau de jurisdição, que os tribunais eventualmente modificassem livremente a decisão recorrida por opinarem pelo seu caráter demasiadamente brando.

A parte recorrente, nessa circunstância, que fora a única responsável por levar o assunto à análise do órgão jurisdicional superior – e, portanto, a única juridicamente interessada na modificação do julgado – seria ao final surpreendida com um julgamento não só em desacordo com suas pretensões recursais, mas piorando ainda mais a situação anterior, com perfeitas características de decisão *extra petita*.

Neste toar, os ensinamentos clássicos de Siqueira (1930), transcritos por Machado (1998, p. 99):

Não tendo havido recurso oficial do juiz ou do promotor público, é de presumir que a sociedade, da qual são eles os representantes, tenha prestado sua aquiescência ao julgamento, entendendo que nem a lei fora violada, nem a justiça sacrificada; e tendo o réu recorrido a seu benefício, não se compreende como o tribunal *ex officio* agrave uma penalidade que a sociedade entendeu justa. Seria excesso de competência, porque

esta vai até onde houve provocação da parte, e a provocação, no caso, limitou-se a um ponto que não pode ser arbitrariamente ampliado.

O Supremo Tribunal Federal já editou súmula, tombada sob o nº 160, aplicando o princípio da vedação *reformatio in pejus* no reconhecimento de nulidades pelos tribunais:

Súmula nº 160 STF. Decisão do Tribunal - Nulidade - Arguição de Nulidade no Recurso da Acusação - Acolhimento - Recurso de Ofício – Ressalva. É nula a decisão do tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não arguida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.(grifos nossos)

47

A supracitada súmula reforça o entendimento do Pretório Excelso pela impossibilidade de a *reformatio in pejus* ser operada de ofício pelos tribunais, quando presente apenas o recurso da defesa. Acrescente-se, ainda, que a Súmula nº 160 não faz distinção entre nulidade absoluta e nulidade relativa, dando a entender que a vedação à atividade inovadora do tribunal abrange os dois tipos de atos nulos.

Neste raciocínio, a doutrina de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997, p. 45):

Até mesmo com relação à matéria cognoscível de ofício – como, por exemplo, no caso das nulidades absolutas – o recurso do réu não pode servir de veículo para o reconhecimento de nulidade que prejudique a defesa.

O Supremo Tribunal Federal vem aplicando rigorosamente o princípio da *non reformatio in pejus* em sede de *habeas corpus*:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO CONSUMADO E TENTADO, EM CONTINUIDADE DELITIVA. NON REFORMATIO IN PEJUS. SUBSTITUIÇÃO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DOS FUNDAMENTOS ASSENTADOS PELO JUÍZO PARA FIXAR A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE RESTABELECIMENTO PELO STJ, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. ACÓRDÃO EM QUE AFASTADA A ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA CONSIDERADA DESFAVORÁVEL PELO TJ/RS. IMPERIOSA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. REFORMA PREJUDICIAL CONFIGURADA. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. O habeas corpus, assim como os recursos da defesa, sujeita-se ao princípio do non reformatio in pejus, mostrando-se pertinente a aplicação analógica do artigo 617 do CPP, *in verbis*: “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.” 2. No caso sub judice, afastado pelo STJ o único fundamento utilizado pelo Tribunal de Justiça para fixar a pena-base acima do mínimo legal, cabível tão-somente fixá-la no patamar mínimo, sob pena de, em verdade, impor reprimenda superior à fixada em sede de apelação, em manifesta reformatio in pejus. Precedente: HC 100724/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ de 1/8/2011. 3. Descabe, em habeas corpus impetrado na Instância Superior, restabelecer os motivos lançados pelo Juízo para fixar a pena-base acima do mínimo legal, porquanto estes não subsistem ante a substituição por outros declinados no julgamento da apelação, sendo certo que “uma vez julgado o recurso, não mais existirá a decisão recorrida, mas apenas a do tribunal” (MARINONI e ARENHART in Processo de Conhecimento, 7. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 526). 4. Em recurso exclusivo da defesa, não pode o Tribunal complementar a sentença para acrescentar fatos que possam repercutir negativamente no âmbito da dosimetria da pena. Precedentes: HC 108562/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 14/9/2011; HC 105768/MG, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/6/2011; HC 98307/MG, rel. min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 23/4/2010; HC 99925/RR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/3/2010. 5. *In casu*, o STJ, em sede de habeas corpus, restabeleceu os fundamentos utilizados pelo juízo para fixar a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis a culpabilidade e as circunstâncias, fundamentos estranhos aos lançados no acórdão do TJ/RS, em nítida reformatio in pejus. 6. Ordem CONCEDIDA para fixar a pena-base no mínimo legal (STF - HC: 101380 RS , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 04/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-028 DIVULG 08-02-2012 PUBLIC 09-02-2012)

Em igual sentindo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. OCORRÊNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 69 E 71 DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. LAPSO SUPERIOR A 30 DIAS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. Não pode o Tribunal de origem, em recurso exclusivo da defesa, aumentar o *quantum* de aumento da pena referente à terceira fase de dosimetria, sob pena de violação ao artigo 617 do Código de Processo Penal, que dispõe sobre a proibição de reformatio in pejus. 2. Verificando-se ter transcorrido lapso superior a 30 dias entre os crimes de roubo praticados pelos mesmos agentes, não é possível reconhecer a regra da continuidade delitiva, devendo, incidir, portanto, a regra do concurso material. Precedentes. 3. Recurso Especial a que se dá provimento, para restabelecer a pena

aplicada pela sentença condenatória (STJ - REsp: 868784 PR 2006/0150608-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/09/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2010)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TURMA RECURSAL DO JEF DE SANTA CATARINA. DECLINAÇÃO DA COMPETÊNCIA. NOVO ENQUADRAMENTO JURÍDICO AOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. REFORMATIO IN PEJUS. ILEGALIDADE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO SENDO CUMPRIDA REGULARMENTE PELO PACIENTE. 1. O MPF formulou proposta de suspensão condicional do processo, a qual foi devidamente aceita, homologada e as condições estão sendo cumpridas regularmente pelo paciente. 2. Nessa linha de conta, incabível à Turma Recursal dos JEFs, julgar fora do pedido objeto da impetração que visava melhorar a situação do réu ou revogar, mesmo que indiretamente, *ex officio*, sem que tenha havido fato novo ou interposição do oportuno recurso, decisão do Juiz Singular do JEF que transitou em julgado, em razão da preclusão *pro judicato*, colocando, assim, em risco a segurança jurídica. 3. Ademais, da leitura mais atenta do art. 617 do CPP, depreende-se que é vedado ao Juízo ad quem proferir julgado que incida em violação ao princípio da *reformatio in pejus*, mesmo que indiretamente. 4. Nessa linha, inadmissível a alteração da tipificação da imputação em desfavor do ora paciente, que originou a suspensão condicional do processo, homologado por sentença transitada em julgado. Ou seja, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do imputado sem que ao menos tenha havido recurso da acusação (TRF-4 - HC: 33032 SC 2009.04.00.033032-5, Relator: TADAAQUI HIROSE, Data de Julgamento: 27/10/2009, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 04/11/2009).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. A DECISÃO QUE, EM SEDE DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA, AUMENTA O QUANTUM DE PENA FIXADO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, INCORRE EM REFORMATIO IN PEJUS. NO ENTANTO, QUANTO AO REGIME PRISIONAL, O ACÓRDÃO MANTEVE O REGIME INICIAL FECHADO ESTABELECIDO NA SENTENÇA, NÃO HAVENDO VIOLAÇÃO AO ARTIGO 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, HAVENDO COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 33, § 3º DO CÓDIGO PENAL. PARCIAL PROVIMENTO DOS EMBARGOS (TJ-RJ - APL: 01045898920108190001 RJ 0104589-89.2010.8.19.0001, Relator: DES. DENISE VACCARI MACHADO PAES, Data de Julgamento: 22/11/2012, QUINTA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/02/2013 11:55)

A amplitude da vedação à *reformatio in pejus* é tamanha que a doutrina e jurisprudência não vêm admitindo a sua incidência nem na modalidade indireta. Como explica Machado (1998, p. 111), “a proibição da *reformatio in pejus* abarca tanto a chamada direta



como indireta, já que o art. 617 do Código de Processo Penal não excetua qualquer das espécies”.

Nesse mesmo sentido, a doutrina de Nucci (2011, p. 900/911):

Outra hipótese que precisa ser analisada concerne à vedação da *reformatio in pejus* indireta, que é a anulação da sentença, por recurso exclusivo do réu, vindo outra a ser proferida, devendo respeitar os limites da primeira, sem poder agravar a situação do acusado.

50

A proibição da *reformatio in pejus* indireta fundamenta-se no evidente prejuízo que ocorreria ao réu, quando somente ele se insurgiu contra uma decisão eivada de nulidade, ao ser proferida nova decisão com conteúdo condenatório ainda mais gravoso a sua situação jurídica, o que tornaria mais vantajoso para o recorrente que não tivesse ele se insurgido contra a primeira sentença (NUCCI, 2011).

Exemplificando: caso o réu interpusse uma apelação criminal em face de sentença que o condenou sem lhe dar a oportunidade de apresentar alegações finais – o que a macularia de nulidade, por ofensa ao direito ao contraditório – a nova sentença a ser proferida, após a anulação da primeira pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal, não poderia atribuir ao acusado situação mais gravosa do que a primeira decisão anulada.

Estas também são as lições de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997, p. 47):

[...] na jurisprudência brasileira, a proibição tem sido estendida aos casos em que a sentença venha a ser anulada, por intermédio de recurso do réu: assim, o juiz que vier a proferir a nova decisão em lugar da anulada, ficará vinculado ao máximo da pena imposta na primeira sentença, não podendo agravar a situação do réu. Se o fizesse, argumenta-se, estaria ocorrendo uma *reformatio in pejus* indireta.

De igual forma, são as conclusões que chega Tourinho Filho (2012, p. 898):

Quando o réu, mercê de exclusivo recurso seu, consegue anular a sentença ou todo o processo, na outra decisão a ser proferida não poderá o juiz aplicar-lhe pena maior que a imposta anteriormente. Se o fizer, diz-se, haverá uma *reformatio in pejus* indireta. Trata-se de criação pretoriana, embasada no parágrafo único do art. 626 do CPP.

Neste sentido, a jurisprudência pacífica das Turmas de Direito Penal do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO AO RECURSO APROPRIADO. DESCABIMENTO. ROUBOS MAJORADOS. JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL ANULADA, EM SEDE DE HABEAS CORPUS. NOVO JULGAMENTO. MAJORAÇÃO DA REPRIMENDA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. OCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. O entendimento desta Corte é no sentido de que "nos casos em que há a anulação da decisão recorrida por intermédio de recurso exclusivo da defesa ou por meio de impetração de habeas corpus, o órgão julgador que vier a proferir uma nova decisão ficará vinculado aos limites do que decidido no julgado impugnado, não podendo agravar a situação do acusado, sob pena de operar-se a vedada reformatio in pejus indireta" (HC nº 263.085/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJe 26.2.14). 2. Habeas corpus concedido, de ofício, para anular o julgamento da apelação criminal nº 993.08.005200-0, determinando-se a realização de novo julgamento, com a observância aos limites do artigo 617, do CPP(STJ - HC: 193717 SP 2011/0001068-6, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 13/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/05/2014).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRÉVIA ORDEM CONCEDIDA POR ESTA CORTE PARA ANULAR O ACÓRDÃO DA APELAÇÃO. CÂMARAS COMPOSTAS MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS. SEGUNDO JULGAMENTO. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. 1. A regra da proibição da reformatio in pejus indireta é apanágio da segurança jurídica, que confere ao cidadão o conforto normativo de que o exercício do direito de se insurgir, diante de uma situação processual consolidada para a acusação, não lhe acarretará futuro revés. *In casu*, tendo esta Corte anulado o acórdão da apelação, na segunda deliberação, não é possível a fixação de pena mais elevada, em razão de ter o Ministério Público se contentado com o patamar punitivo estabelecido na primeira deliberação. 2. Ordem concedida para anular o segundo julgamento da apelação, determinando-se o seu refazimento, respeitando-se os limites punitivos constantes da primeira assentada (STJ - HC: 206765 SP 2011/0109956-9, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/09/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/09/2011).

Igual raciocínio, no entanto, não se aplica no tocante às decisões tomadas no âmbito do tribunal do júri.

Regidas pelo princípio da soberania dos veredictos, as conclusões exaradas pelo júri não estão adstritas aos limites da decisão anterior anulada pelo tribunal, e isto em prol de ser garantida a soberania do tribunal popular que voltará, posteriormente, a julgar a causa (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1997).

Contrário a tal tese, está o posicionamento de Nucci (2011, p. 901):

[...] Embora muitos sustentem que, em homenagem ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, não exista essa vinculação, pensamos que o caminho a trilhar é outro. Se o recurso for exclusivo da defesa, determinando a instância superior a anulação do primeiro julgamento, cremos que a pena, havendo condenação, não poderá ser fixada em quantidade superior à decisão recorrida.

52

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, já pacificou o entendimento da matéria, decidindo pela não aplicação do princípio da *non reformatio in pejus* indireta no âmbito dos julgamentos do júri:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. DESCABIMENTO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI. PREVALÊNCIA. FUNDAMENTOS DO DECISUM MANTIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em crimes de competência do Tribunal do Júri, a garantia da vedação à *reformatio in pejus indireta* sofre restrições, em respeito à soberania dos veredictos. 2. Os jurados componentes do segundo Conselho de Sentença não estarão limitados pelo que decidido pelo primeiro, ainda que a situação do acusado possa ser agravada, em face do princípio da soberania dos veredictos, disposto no art. 5.º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal. 3. Não há como reconhecer a existência da prescrição, uma vez que a pena ainda não foi definitivamente fixada. Pois, *in casu*, é possível que seja fixado um quantum superior a 8 anos, por motivo de eventual reconhecimento de qualificadora que não fora admitida no primeiro julgamento. 4. Nos termos do art. 109 do Código Penal, os prazos prescricionais, antes do trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, são determinados pela pena máxima cominada abstratamente ao delito, que, no caso, é de 20 anos, isto é, 30 anos, diminuída pelo percentual menor da tentativa (1/3), por se tratar de delito tentado. 5. Agravo regimental desprovido (STJ - AgRg no REsp: 1290847 RJ 2011/0222380-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/06/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2012).

Percebe-se, então, que já é cediça a jurisprudência do Tribunal da Cidadania no sentido da prevalência do princípio da soberania dos veredictos tomados pelo tribunal do júri em detrimento da garantia à *non reformatio in pejus* indireta, podendo o novo júri, inclusive e por esta razão, fixar, no novo julgamento, pena mais elevada ao acusado, tudo para atender o que preleciona o art. 5º, XXXVIII, da CRFB/88.

#### 4. A REFORMATIO IN MELIUS NO RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO

53

Ao contrário da concordância quase que integral da doutrina quanto à impossibilidade de haver *reformatio in pejus* para o réu quando somente ele tiver recorrido, discute-se vigorosamente a possibilidade ou não de o tribunal *ad quem* promover uma *reformatio in melius* quando presente apenas o recurso ministerial.

O embate envolve a interpretação que deve ser dada à parte final do art. 617 do CPP, que assim está redigido:

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. (grifos nossos)

Diverge-se, assim, se o legislador, ao vedar a reforma para piorar a situação do réu quando for este o único recorrente, também proibiu, teologicamente, a modificação para melhor de decisão trazida ao órgão judiciário superior por insurgência exclusiva do Ministério Público, ou se deve ser feita uma interpretação gramatical do texto legal, não havendo impedimento, por consequência, de o tribunal reformar, em benefício do réu, sentença recorrida unicamente pela acusação.

Tourinho Filho (2009, p. 474), ao iniciar a discussão sobre o tema, demonstra de logo seu posicionamento filiado à interpretação literal:

Não obstante o rigor lógico do raciocínio, o art. 617 do CPP torna claro que o apelo do Ministério Público devolve, integralmente, ao juízo *ad quem* o conhecimento do *thema decidendum*. É que, naquele dispositivo, não há nenhuma vedação à *reformatio in melius*.

Seguindo o mesmo raciocínio, Mossin (2007, p. 253) afirma:

No que pertine à *reformatio in melius*, esta pode ser levada a efeito de manifesta bastante plena, que tenha havido apelo exclusivo da defesa, da acusação ou de ambos concomitantemente. Isto porque, na verdade, o que veda o art. 617 é somente a reforma para pior, quando a apelação for exclusiva da defesa.

A doutrina francesa de Vitu (1957), citado por Tourinho Filho (2009, p. 474), manifesta-se em igual sentido:

Quant au Ministère Public, représentant de la société, il échappe à la règle de l'interdiction qu'on vient d'indiquer. Son appel a toujours un effet absolu, permettant à la juridiction d'appel de maintenir, d'adoucir ou d'aggraver les peines déjà prononcées.<sup>2</sup>

Isto porque, segundo esta parte da doutrina, não seria razoável que o tribunal, vislumbrando a necessidade de alteração da sentença recorrida em benefício do acusado, deixasse de fazê-lo em homenagem ao recurso interposto pelo Ministério Público, até mesmo porque poderia o réu, posteriormente e caso se trate de erro judiciário, ajuizar uma revisão criminal, evitando-se, assim, a duplicidade de processos e a demora de sua tramitação, sempre frisando a relevância do bem jurídico que está em pauta (MOSSIN, 2007).

Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1997, p. 46) raciocinam alinhadamente ao posicionamento favorável à *reformatio in melius* no recurso exclusivo da acusação:

Numa segunda linha de entendimento, que é a acolhida pela jurisprudência dominante, a situação do réu que não recorreu pode ser melhorada pelo recurso exclusivo da acusação. Militam em prol desse entendimento vários argumentos, desde o *favor rei* ou *favor libertatis* – que ditaram a regra do art. 617, *in fine*, do CPP apenas para beneficiar a defesa –, até princípios como o da simplicidade e da economia processual, pois o mesmo resultado poderia sempre ser obtido por intermédio do *habeas corpus* ou da revisão criminal.

A jurisprudência pátria, em sua porção maior, buscando reduzir as já abarrotadas varas criminais de futuras revisões criminais ou *habeas corpus*, dita pela possibilidade de o tribunal, de logo, promover a *reformatio in melius* ao réu quando apenas a acusação houver recorrido.

---

<sup>2</sup> Quanto ao Ministério Público, representante da sociedade, pode-se dizer que escapa à regra proibitiva que acabamos de indicar. Seu chamado tem sempre um efeito absoluto, permitindo que o tribunal de apelação mantenha, amenize ou agrave penas já impostas.

Tourinho Filho (2009, p. 475), sendo um dos principais defensores no Brasil da inexistência de vedação da reforma em prol do réu na apelação exclusiva do Ministério Público, sustenta:

Se o Ministério Público apela para agravar a pena, nada obsta possa o órgão *ad quem* agravá-la, mantê-la, diminuí-la ou, então, absolver o réu. Se este foi condenado pelo órgão de primeiro grau por uma infração e absolvido quanto a outra, num *simultaneus processus*, havendo apenas recurso do Ministério Público objetivando convolar a absolvição em condenação, nada impede possa o Tribunal, entendendo que a condenação foi iníqua, proferir decisão absolutória, malgrado a regra do *tantum devolutum quantum appellatum*. Idem no caso de corréus. Se um foi condenado e outro absolvido, havendo recurso parcial do Ministério Público, pode o Tribunal negar provimento ao apelo e, ao mesmo tempo, estender a eficácia da decisão ao co-réu, tudo nos termos do art. 580 do CPP.

Desta forma, por este entendimento, caso Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal receba recurso de apelo do órgão de 1º grau do Ministério Público, requerendo a majoração da pena, ainda que não tenha a defesa se insurgido contra a sentença condenatória, pode o Tribunal abrandar sua situação ou mesmo absolvê-lo das imputações do Estado-acusação.

Ademais, a doutrina citada ainda sustenta suas razões no desinteresse que o Ministério Público, alçado, pela CRFB/88, a verdadeiro órgão de promoção de justiça e, portanto, desvestido da roupagem de promotor unicamente de acusação, possui na condenação a todo e qualquer custo do acusado (TOURINHO FILHO, 2009), sendo de interesse da própria coletividade, por se tratar de limitação a direito indisponível e de grande relevância no ordenamento jurídico, que seja promovido um julgamento final justo. É o que destaca Bonfim (2009, p. 702), no sentido de que “este raciocínio encontra sua razão de ser no papel do Ministério Público como órgão acusatório do Estado, pois objetiva a correta aplicação da lei, não havendo interesse na manutenção de uma sentença injusta”.

Delitala (1976), citado por Tourinho Filho (2009, p. 475/476) já afirmava:

(...) l'esercizio dell'accusa spettante al pubblico ministero, meglio che l'attuazione di un vero e proprio diritto soggettivo, rappresenta l'esercizio di una funzione di giustizia; che



il pubblico ministero è quindi tenuto ad agire positivamente anche a vantaggio dell'imputato; che, in altre parole, è un organo per sua natura, imparziale.<sup>3</sup>

Tourinho Filho (2007, p. 477) ainda explana:

Ademais, se o princípio consubstanciado na parêmia *tantum devolutum quantum appellatum* impedisse a *reformatio in melius*, obviamente, havendo recurso exclusivo da Defesa, o mesmo princípio funcionaria a angustiar a possibilidade de a instância superior decidir contrariamente aos interesses do réu. Assim sendo, a expressa proibição da *reformatio in pejus* no corpo do art. 617 do CPP seria uma excrescência. Como na lei não há palavras inúteis, a expressa referência àquela proibição ultrajaria o princípio proibitivo de inserção de palavras inúteis no texto legal.

56

Aqui, vale ressaltar a incoerência deste último pensamento do doutrinador mineiro, vez que o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, seja no recurso exclusivo da defesa, seja na insurgência privativa da acusação, não vincula o tribunal *ad quem* a atender os pleitos recursais. Assim, o tribunal ao qual se recorre pode decidir de encontro aos recursos da acusação e/ou defesa, inclusive mantendo, se for o caso, integralmente a decisão de piso, sem que, com isso, haja qualquer interferência na discussão da possibilidade ou não da *reformatio in melius* favorável ao réu no recurso exclusivo da acusação.

Bonfim (2009, p. 702) também é favorável à *reformatio in melius* apontada:

Por outro lado, ao inverso do que se pensaria, quando o apelo advém exclusivamente da acusação, o recurso devolve ao tribunal o conhecimento pleno da matéria impugnada, excepcionando-se o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, inobstante a observância das máximas *nemo iudex sine actore* e *ne eat iudex ultra petita partium*, pelas quais o juízo *ad quem* não pode agir sem ser provocado e fora dos limites do que foi impugnado. É a chamada *reformatio in melius*, através da qual o órgão jurisdicional superior pode absolver o réu ou minorar-lhe a pena, uma vez que não há qualquer restrição imposta pelo art. 617 do CPP, que proíbe exclusivamente a *reformatio in pejus*.

A parte da doutrina favorável à reforma de ofício pelo tribunal, na análise de recurso da acusação, também argumenta que o Código de Processo Penal Brasileiro, em diversos

<sup>3</sup> (...) o exercício da ação penal, devido ao promotor, ao invés da implementação de um direito individual de verdade, é o exercício de uma função de justiça; que o Ministério Público é, então, obrigado a agir positivamente em favor do acusado; que, em outras palavras, é um órgão, por sua natureza, imparcial.

dispositivos, regra pela prevalência de direitos do acusado, tais como a obrigatoriedade da presença de defesa técnica – art. 261 –, a absolvição por insuficiência de provas – art. 386, VII –, o recurso privativo da defesa – art. 609, parágrafo único – e a própria vedação à *reformatio in pejus* no recurso exclusivo da defesa – art. 617, motivos pelos quais deve ser interpretado este último artigo como um verdadeiro *favor rei*.

Lopes Júnior (2009, p. 473/474) também integra este corpo doutrinário a favor da *reformatio in melius* aqui discutida:

No processo penal, está sempre permitida a reforma da decisão para melhorar a situação jurídica do réu, inclusive com o reconhecimento de ofício, e a qualquer momento, de nulidades processuais que beneficiem o réu. (...) Assim, diante de um recurso do Ministério Público (sem recurso da defesa), o tribunal pode acolher o pedido do MP, manter a decisão e denegar o pedido, ou ainda, de ofício, negar provimento ao pedido do MP e melhorar a situação jurídica do réu, ainda que ele não tenha recorrido.

Rangel (2010, p. 880/881) elenca as razões pelas quais entende ser cabível a *reformatio in melius*:

Concordamos com a tese de que é possível a reforma para melhor, em recurso exclusivo do Ministério Público, pelas seguintes razões. A uma, porque o Ministério Público é uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Ou seja, os direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição têm, no Ministério Público, seu guardião mor. (...) Assim, sendo fiscal da lei, não se permite que o resultado de seu recurso impeça, mesmo sem seu pedido, de restabelecer a ordem jurídica agredida. (...) A duas, porque, pelo princípio da legalidade, o que não é proibido é permitido, ou seja, o legislador proibiu, no art. 617, a reforma para pior quando somente o réu houver recorrido e não quando houvesse recurso, exclusivo, do Ministério Público. Portanto, não havendo proibição, não há que se fazer interpretação extensiva nem analógica nessa hipótese. (...) A três, porque não podemos descuidar da verdade processual e do *favor rei*, pois em nome desses princípios é que o legislador cria institutos típicos e exclusivos da defesa (...), em uma clara alusão de que a coisa julgada material no processo penal existe para acusação, porém não para a defesa, pois esta pode, através do *habeas corpus* e da revisão, destituir a coisa julgada, em qualquer tempo. A quatro, porque a regra do art. 617 foi criada para beneficiar o réu e não para prejudicá-lo.

As variadas razões acima expostas, segundo o doutrinador mencionado, são suficientes para que possa o Tribunal, visualizando, em nível recursal, mancha à legalidade de um processo, imediatamente saná-lo, independentemente de insurgência da defesa neste sentido, devolvendo ao indivíduo injustamente condenado o direito à liberdade de locomoção (aqui entendido em sentido *lato*).

Machado (1998, p. 124) expõe seu entendimento favoravelmente à *reformatio in melius* debatida:

Concessa maxima venia das doudas opiniões acima transcritas, o princípio da *reformatio in melius* tem aplicação ampla no direito processual penal, já que o tribunal, verificando um erro judiciário, não só pode como deve corrigir o erro judiciário, ainda que tenha o réu implicitamente concordado com a condenação, contra qual somente o Ministério Público insurgiu-se.

Em igual sentido, Marques (2003, p. 321) sustenta:

Como o art. 617 do Código de Processo Penal unicamente limita a extensão e área decisória do juízo de apelação quando só o réu interpõe o recurso, forçoso é concluir-se não ter havido proibição da *reformatio in melius*, pelo que, apelando o Ministério Público (ou o querelante, ou o ofendido), cabível será a redução da pena, ou mesmo a absolvição do réu. E isso se dá tanto no caso de apelação plena como naquele de apelação limitada.

Finaliza Tourinho Filho (2009, p. 478), com maestria:

Estamos atravessando uma fase em que tem sido uma constante a crítica severa quanto ao enlerdamento dos processos, tendo os próprios magistrados, em diversos pronunciamentos, reconhecido o emperramento da Justiça, atribuindo-o, contudo, à avalanche de processos e ao obsoletismo do Direito formal. Embora seja isso uma verdade, indaga-se: que mal haveria em o Tribunal, ante exclusivo apelo da Acusação pleiteando um agravamento da situação do réu, abrandá-la ou, até mesmo, preferir decisão absolutória? Que mal haveria em conceder no juízo de apelo, se pode fazê-lo no juízo revisional? Não estaria havendo uma contribuição para a agilização da Justiça?

Este é o entendimento consolidado que vem sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, no âmbito das duas Turmas voltadas ao Direito Penal e Processual Penal:

RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO. OCORRÊNCIA DA REFORMATIO IN MELLIUS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ANULAÇÃO DO EXAME PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE PROVA. 1. O art. 617 do Código de Processo Penal veda, tão-somente, a *reformatio in pejus*. Em sendo assim, infere-se do sistema processual penal que a *reformatio in mellius* deve ser admitida, pois em recurso exclusivo do Ministério Público toda a matéria resta devolvida, podendo, desta forma, ser analisada a existência de ilegalidades na condenação pelo Tribunal de Origem. Precedentes. 2. A Corte a quo absolveu os Recorridos porque reconheceu, além da nulidade da perícia, inexistir nos autos prova suficiente para a condenação. Desse modo, atender a pretensão recursal do Recorrente de, afastando a nulidade da perícia, confirmar a condenação de primeiro grau, implica, necessariamente, reexame da matéria fático-probatória constante dos autos, impossível na via estreita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula n.º 07 do STJ. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 756285 RS, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 28/09/2005, Quinta Turma, Data de Publicação: DJ 24/10/2005 p. 376) (grifos nossos)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AO QUAL FOI NEGADO SEGUIMENTO. PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXCLUSIVO DA ACUSAÇÃO. OCORRÊNCIA DA REFORMATIO IN MELLIUS. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL. 1. A jurisprudência desta Casa se firmou no sentido de que o art. 617 do Código de Processo Penal impede apenas a *reformatio in pejus*, portanto inexistente óbice legal à *reformatio in mellius* em recurso exclusivo da acusação. (Precedentes) 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 666732 RS 2004/0085918-3, Relator: Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), Data de Julgamento: 05/11/2009, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/11/2009) (grifos nossos)

Mesmo entendimento vem sendo usado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, como se vê no voto a seguir transcrito do Desembargador Edson Ulisses de Melo:

(...) Sendo, a Apelação Criminal cabível, tempestiva e inexistindo preliminares a solver, passo à análise do mérito recursal. Inicialmente, ressalto que, muito embora o Apelo da Defesa não tenha pugnado pela absolvição do acusado, restringindo-se tão somente ao pleito de desclassificação do delito de receptação qualificada para a forma simples, entendo que no processo penal, diferentemente do processo cível, o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* tem maior extensão, podendo o julgador ao

rever a matéria do apelo, reformar a decisão para absolver o réu, diante do princípio da *reformatio in melius*. Neste sentido, é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho, in Código de Processo Penal Comentado, vol. 2, pág.414: (...) Pode-se até dizer, com absoluto acerto, que o princípio do tantum devolutum quantum appellatum não pode ter no processo penal a mesma extensão que lhe é dada no cível. E por uma razão muito simples: na relação processual penal, ocupando o pólo contrário ao da Defesa, está o Estado qua Administração, e este, a toda evidência, não tem o menor interesse na manutenção de uma sentença injusta. (...). A jurisprudência do STJ caminha neste mesmo sentido (...).(TJ-SE, Relator: DES. EDSON ULISSES DE MELO, Data de Julgamento: 17/04/2012, CÂMARA CRIMINAL)

Outros tribunais pátrios também vêm adotando o entendimento em tela, inclusive absolvendo, de ofício, os acusados:

APELAÇÃO CRIME. DELITO DE DESACATO. ARTIGO 331 DO CÓDIGO PENAL. REFORMATIO IN MELLIUS. POSSIBILIDADE. PROVA DESVESTIDA DE CREDIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. Admissibilidade da *reformatio in melius* como permissivo de atenuação da situação jurídica do réu condenado ou até mesmo de sua absolvição, por ausência de impedimento, como decorrência da extensão do efeito devolutivo do recurso, porque, a teor do que preceitua o artigo 617 do CPP, o que encontra óbice é a *reformatio in pejus*. Muito embora se admita em delitos de tal espécie que o juízo condenatório repouse exclusivamente na palavra dos policiais, tal somente pode se verificar quando o contexto probatório atribua a ela a necessária credibilidade, qualidade de que não se reveste no caso dos autos. De ofício, absolveram o réu. Recurso prejudicado. (TJ-RS - RC: 71004592903 RS , Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Data de Julgamento: 14/04/2014, Turma Recursal Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/04/2014) (grifos nossos)

APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO TENTADO - CONSUMAÇÃO NÃO RECONHECIDA - REFORMATIO IN MELLIUS - POSSIBILIDADE - ALTERAÇÃO DO REGIME - NECESSIDADE. - O crime de furto não se consuma se a *res furtiva* não chega a sair da esfera de vigilância do dono. - Embora a sentença tenha transitado em julgado para a defesa não há impedimento legal para que seja aplicada a *reformatio in melius*. Sendo o réu reincidente, mas a pena a ele aplicada inferior a quatro anos, o regime prisional deve ser o semiaberto, a teor da súmula 239 do STJ. (TJ-MG - APR: 10079120638006001 MG , Relator: Denise Pinho da Costa Val, Data de Julgamento: 10/09/2013, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/09/2013) (grifos nossos)

PENAL E PROCESSO PENAL - APELAÇÃO - CRIME DE FRAUDE DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO (ART. 93 DA LEI 8.666/93)- PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE - *EMENDATIO LIBELLI* ACEITA EM NOSSO ORDENAMENTO - CRIME NA FORMA TENTADA : *REFORMATIO IN MELIUS* - RECURSO NÃO PROVIDO - RETIFICAÇÃO DA SENTENÇA DE OFÍCIO : REDUÇÃO DA PENA (ART. 14, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP). 1. Diante do aparente conflito de normas (art. 93 da Lei nº 8.666/93 e arts. 297 c/c 304 do CP) aplica-se o princípio da especialidade (lei especial prevalece sobre a geral). 2. Sabendo-se que o réu se defende dos fatos imputados na denúncia e não da capitulação, pode o julgador alterar o tipo penal quando da sentença, nos limites do art. 383 do CPP (*emendatio libelli*). 3. Se o documento falso é detectado pelo agente público, ainda na fase de habilitação ao processo licitatório, não se pode falar em consumação da "fraude" (3ª figura do art. 93 da Lei 8.666/93), caracterizando-se a forma tentada do tipo penal. 4. Mesmo em hipóteses de recurso exclusivo da acusação, pode o Tribunal reformar a sentença para forma tecnicamente mais ajustada aos fatos, ainda que daí eventualmente resulte, como no caso, benefício aos réus (*reformatio in melius*). Precedentes do STJ e TRFs. 5. Recurso não provido. Retificada, de ofício, a condenação em crime consumado para crime tentado, com a consequente redução da pena (art. 14, parágrafo único, do CP). 6. Peças liberadas pelo Relator em 16/10/2001 para publicação do acórdão. (TRF-1 - ACR: 62749 DF 1999.01.00.062749-3, Relator: JUIZ LUCIANO TOLENTINO AMARAL, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ p.59 de 09/11/2001) (grifos nossos)

Há, no entanto, doutrina minoritária que defende a impossibilidade de o tribunal *ad quem*, sem recurso defensivo, reformar a sentença de 1º grau em favor do réu, por infringência à coisa julgada e ao princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*. É o que afirma Nucci (2011, p. 900):

Quanto à possibilidade de *reformatio in pejus* para a acusação, ou seja, melhorar a situação do réu, quando houver recurso exclusivo da acusação, configurando autêntica *reformatio in melius* para a defesa, há quem a sustente, sob o prisma de que, no processo penal, enaltece-se o princípio da prevalência do interesse do réu. Parece-nos, no entanto, que a prevalência desse interesse deve contar, no mínimo, com a provocação da defesa. Caso tenha havido conformismo com a decisão, não vemos razão para aplicar o princípio. (grifos nossos)

Segundo o magistrado paulista, portanto, deve o réu demonstrar o mínimo interesse na reforma da decisão tida como ilegal para que o Tribunal possa modificá-la, intenção esta exposta através da interposição do recurso apropriado. E aqui não se fale no caráter de



indisponibilidade do bem jurídico discutido, posto que o réu, reconhecendo o ilícito que praticara, pode assumir em seu íntimo a sua responsabilidade e aceitar a pena imposta pelo Estado-juiz, revelando desinteresse na modificação do julgado pelo juízo de segunda instância.

Mirabete (2007, p. 684), maior expoente e defensor no Brasil da impossibilidade da *reformatio in melius* aqui explanada, sustenta:

De acordo com o princípio *ne eat iudex ultra petita partium*, não pode o tribunal *ad quem*, em recurso exclusivo da acusação, reformar a decisão em favor do réu, seja atenuando-lhe a pena, seja beneficiando-o de outra forma. É a orientação do STF que não é possível a *reformatio in melius* pois há coisa julgada para o réu, e que incide na hipótese o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, o que afasta essa possibilidade.

O autor alega, como se vê, hipótese de julgamento *ultra petita* do tribunal, caso venha a atenuar, de qualquer forma a situação jurídica do réu, sem que haja insurgência da defesa neste sentido e subindo os autos para o tribunal através de recurso privativo do Ministério Público ou do querelante.

Ainda rebatendo a tese favorável à *reformatio in melius* no apelo somente da acusação, continua Mirabete (2007, p. 684):

Data venia de tal entendimento, o art. 617, ao se referir aos artigos 383, 386 e 387, não está ditando uma regra geral de proibição à *reformatio in pejus* e permitindo implicitamente a *reformatio in melius*, mas apenas procura prever os requisitos das sentenças absolutórias e condenatórias e traçar os limites quanto às sentenças de desclassificação, proibindo a aplicação de pena mais grave quando se der ao fato definição jurídica diversa da que constar da queixa ou denúncia, diferentemente do que se estabelece no artigo 383, ao qual, apenas nessa parte, lhe faz exceção. Cabe ao condenado, na hipótese, valer-se da revisão.

Defende o autor que o que proíbe o art. 617 do CPP é *emendatio libelli* – prevista nos arts. 383 da mesma norma – desfavorável ao réu em 2º grau, quando somente a defesa houver apelado. Isto porque a *emendatio libelli*, na 1ª instância, pode ser feita inclusive em desfavor do réu, condenando-o o magistrado por crime mais gravoso do que o definido na denúncia, desde que os fatos levem à caracterização daquele ao invés deste.

Assim, a preocupação do legislador teria sido não vedar a *reformatio in pejus* como um todo no âmbito dos tribunais quando somente a defesa tiver recorrido, mas sim proibir que pudesse ser dada, pelos desembargadores, definição jurídica diversa sem que haja pleito recursal do Ministério Público neste sentido. Neste toar, inexistindo proibição expressa à *reformatio in pejus*, não haveria o porquê de se concluir pela permissão implícita da *reformatio in melius*.

Espínola Filho (1976), citado por Machado (1998, p. 124) segue este mesmo entendimento:

Do mesmo modo que a agravação da pena, quando, apenas, o réu recorreu, não deve, também, ser admitida a melhoria da situação do réu, conformado com a condenação, servindo-se o tribunal do recurso, de que, unicamente, a acusação, lançou mão, com a preocupação de agravar aquela situação. Tal solução, rigorosamente lógica, não vem, entanto, contando com o apoio da jurisprudência e da doutrina (...).

Em sintonia também estão as lições de Capez (2009, p. 714):

Reformatio in melius: consiste na possibilidade do tribunal, em recurso exclusivo da acusação, melhorar a situação processual do acusado. Por exemplo: o promotor apela para aumentar a pena e o tribunal absolve o réu. Entendemos que não é possível, em recurso exclusivo da acusação, reformar-se a decisão em favor do réu, em face do princípio do *tantum devolutum quantum appellatum* (neste sentido, RTJ, 122/409). O tribunal estaria julgando *extra petita*, sem que tivesse competência recursal para tanto.

Ao ser analisado o posicionamento adotado pelos tribunais pátrios, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal possui antiga compreensão pela impossibilidade da *reformatio in melius* no recurso exclusivo da acusação:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA ACUSAÇÃO (PARCIAL). EFEITO DEVOLUTIVO. PRINCÍPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM". CPP, ART-599. "REFORMATIO IN MELLIUS". E INSUBSISTENTE O JULGADO QUE PROCEDE A "REFORMATIO IN MELLIUS", A PARTIR DE EXCLUSIVO E PARCIAL RECURSO DA ACUSAÇÃO QUE VISA A EXASPERAÇÃO DE DETERMINADA PENA, DE MODO DESBORDANTE DO PRINCÍPIO "TANTUM DEVOLUTUM QUANTUM APELLATUM". (STF - RE: 95801 SP, Relator: RAFAEL MAYER, Data de Julgamento: 08/06/1982, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 06-08-1982 PP-07351 EMENT VOL-01261-02 PP-00750 RTJ VOL-00103-01 PP-00398)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CRIMINAL. REFORMATIO IN MELLIUS. ANULA-SE A DECISÃO QUE, A FALTA DE RECURSO DA DEFESA, VALE-SE DO APELO DA ACUSAÇÃO PARA REDUZIR PENA QUE ESSE BUSCAVA AUMENTAR. RE CONHECIDO E PROVIDO PARA DETERMINAR QUE, ANULADO O ACÓRDÃO RECORRIDO, OUTRO SEJA PROFERIDO NOS LIMITES DA APELAÇÃO. (STF - RE: 108668 SP, Relator: Min. CELIO BORJA, Data de Julgamento: 05/08/1986, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 19-09-1986 PP-17144 EMENT VOL-01433-02 PP-00214)

Frise-se, no entanto, que referido posicionamento foi firmado no âmbito da Suprema Corte ainda na década de 1980, anteriormente à vigência da Carta Magna de 1988, inexistindo pronunciamento atual deste Tribunal acerca da matéria a partir da composição presente, inteiramente alterada quando comparada à época dos julgados supramencionados.

## 5. CONCLUSÃO

Ao final da exposição das correntes favoráveis e contrárias à *reformatio in melius* no recurso exclusivo da acusação, restou possível catalogar os argumentos que cada doutrina se utiliza para sustentar o seu pensamento.

Defendendo a viabilidade de esta modificação poder ser feita pelo tribunal, os doutrinadores favoráveis embasam seu posicionamento em argumentos como a inexistência de vedação legal à *reformatio in melius* (diferentemente do que ocorre com a *reformatio in pejus*); na possibilidade de o tribunal, independentemente do trânsito em julgado da sentença condenatória, vir posteriormente a modificar a decisão definitiva, quando constatada ilegalidade ou injustiça, através da revisão criminal; na prevalência do direito fundamental do acusado à liberdade frente ao formalismo da regra processual do *tantum devolutum quantum appellatum*; e na transformação do Ministério Público, com a CRFB/88, em verdadeiro órgão de promoção de Justiça, não mais lhe interessando, portanto, a manutenção de decisão injusta ou ilegal em desfavor do acusado.

De outra banda, percebeu-se que quem aponta para a impossibilidade de a *reformatio in melius* poder ser aplicada de ofício pelo tribunal firma-se no respeito à coisa julgada e no citado princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, com julgamento extra petita do tribunal caso assim proceda, e que deve o réu demonstrar o mínimo interesse na reforma/invalidação da decisão para que possam os desembargadores modificar o julgado em

seu favor. Ademais, expõem que o art. 617 do CPP não se preocupou em vedar, de forma generalizada, a *reformatio in pejus* nos recursos exclusivos da defesa, mas sim, e unicamente, a *emendatio libelli* pelo tribunal quando não houver pleito do Ministério Público neste sentido.

Após a análise das duas correntes antagônicas, resta imperioso concluir que a que alcança maior sintonia com os postulados constitucionais do favor rei e da celeridade processual é aquela que permite a modificação, de ofício, pelo tribunal, de julgado ilegal ou revestido de injustiça, posto que, pensando em sentido contrário, apenas estar-se-ia postergando tal análise através da revisão criminal.

Ademais, como bem destacam os doutrinadores que apoiam este posicionamento – que, assim como os tribunais pátrios, formam a doutrina e a jurisprudência majoritária sobre o tema –, o Ministério Público, com a promulgação da CRFB/88, deixou de lado seu papel unicamente de acusador para assumir a função de verdadeiro órgão promotor de Justiça, não interessando ao Estado-acusação a preservação da sentença ao custo de qualquer que seja o bem jurídico afligido.

Logo, tendo em vista os preceitos que decorrem da Carta Magna brasileira, nação esta regida sob os ditames do Estado Democrático de Direito, bem como a inexistência de norma infraconstitucional em sentido diverso, conclui-se que a corrente mais salutar aos direitos fundamentais da pessoa humana é a que permite a *reformatio in melius* no recurso exclusivo da acusação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de processo penal, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial 1290847-RJ. Quinta Turma. Relatora: Laurita Vaz. Julgado em 19 jun. 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22257471/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1290847-rj-2011-0222380-9-stj>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no recurso especial 666732-RS. Sexta Turma. Relator: Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP). Julgamento em 05 nov. 2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5706140/agravo->

regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-666732-rs-2004-0085918-3>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 193717-SP. Quinta Turma. Relator: Moura Ribeiro. Julgamento em 13 mai. 2014. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25082683/habeas-corpus-hc-193717-sp-2011-0001068-6-stj>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 206765-SP. Sexta Turma. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 01 set. 2011. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21079111/habeas-corpus-hc-206765-sp-2011-0109956-9-stj>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 756285-RS. Quinta Turma. Relatora: Laurita Vaz. Julgado em 28 set. 2005. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=REsp+756285&processo=756285&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=REsp+756285&processo=756285&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 868784-PR. Sexta Turma. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 21 set. 2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16799729/recurso-especial-resp-868784-pr-2006-0150608-5>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 101380-RS. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Julgamento em 04 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273460/habeas-corpus-hc-101380-rs-stf>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 95801-SP. Primeira Turma. Relator: Rafael Mayer. Julgamento em 08 jun. 1982. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/911761/recurso-extraordinario-re-95801-sp>>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário 108668-SP. Segunda Turma. Relator: Celio Borja. Julgamento em 05 ago. 1986. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14679720/recurso-extraordinario-re-108668-sp>>. Acesso em: 13 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula 160. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2747>>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação Criminal 62749-DF. Terceira Turma. Relator: Juiz convocado Luciano Tolentino Amaral. Julgamento em 09 nov. 2001. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21583569/apelacao-criminal-acr-62749-df-19990100062749-3-trf1>>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4. Região). Habeas corpus nº 33032-SC. Sétima Turma. Relator: Tadaaqui Hirose. Julgamento em 27 out. 2009. Disponível em: <<http://trf->

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6929735/habeas-corpus-hc-33032-sc-20090400033032-5-trf4>. Acesso em: 08 jun. 2014.

CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance. Recursos no processo penal. Teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MACHADO, Marlon Wander. Os recursos no processo penal e a reformatio in pejus. Um estudo sobre os direitos do réu perante os tribunais. São Paulo: WVC editora, 1998.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. 2. ed. Campinas: Millennium, 2000.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 10079120638006001. Sexta Câmara Criminal. Relatora: Denise Pinho da Costa Val. Julgamento em 10 set. 2013. Acesso em: 10 out. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOSSIN, Heráclito Antonio. Prática processual penal. São Paulo: Lemos e Cruz, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível 01045898920108190001. Quinta Câmara Criminal. Relatora: Denise Vaccari Machado Paes. Julgamento em 22 nov. 2012. Disponível em: <<http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115068398/apelacao-apl-1045898920108190001-rj-0104589-8920108190001>>. Acesso em: 08 jun. 2014.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça. Recurso Crime 71004592903. Turma Recursal Criminal. Relator: Luiz Antônio Alves Capra. Julgamento em 14 abr. 2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117325773/recurso-crime-rc-71004592903-rs>>. Acesso em: 10 out. 2014.

SERGIPE (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Criminal 0273/2012. Processo 2012304900. Câmara Criminal. Relator: Edson Ulisses de Melo. Julgamento em 17 abr. 2012. Disponível em: <<http://tj-se.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21811537/apelacao-criminal-acr-2012304900-se-tjse/inteiro-teor-21811538>>. Acesso em: 10 out. 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de processo penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.





\_\_\_\_\_. Processo penal. 34. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. V. 1.

\_\_\_\_\_. Processo penal. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 4.