



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

ANA CLARA CAVALCANTE DOS SANTOS

**A VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* E A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA
DA PENA: limites impostos ao segundo grau de jurisdição após o trânsito em julgado
para acusação**

Recife
2023

ANA CLARA CAVALCANTE DOS SANTOS

**A VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* E A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA
DA PENA: limites impostos ao segundo grau de jurisdição após o trânsito em julgado
para acusação**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal. Direito Penal.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Recife
2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Santos, Ana Clara Cavalcante dos.

A vedação ao reformatio in pejus e a primeira fase da dosimetria da pena: limites impostos ao segundo grau de jurisdição após o trânsito em julgado para acusação / Ana Clara Cavalcante dos Santos. - Recife, 2023.

39 p.

Orientador(a): Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, , 2023.

1. reformatio in pejus. 2. segundo grau de jurisdição. 3. pena-base. 4. dosimetria da pena. 5. circunstâncias judiciais. I. Cavalcanti, Danielle Souza de Andrade e Silva. (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

ANA CLARA CAVALCANTE DOS SANTOS

**A VEDAÇÃO À *REFORMATIO IN PEJUS* E A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA
DA PENA: limites impostos ao segundo grau de jurisdição após o trânsito em julgado
para acusação**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 22 de setembro de 2023, ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel(a) em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dr^ª. Danielle Souza de Andrade e Silva Cavalcanti (Orientadora)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^ª. Ma. Camila Montanha de Lima
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Me. Hugo de Oliveira Martins
Universidade Federal de Pernambuco

A Deus – Pai, Filho e Espírito Santo – e à
Nossa Senhora: minhas fontes inesgotáveis de
Graças Imerecidas.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Pai do Céu e à Maria Santíssima, rendo graças por, além do dom da vida, terem me presenteado com as pessoas abaixo, as quais, apesar de habitarem a terra, materializam o cuidado e o amor que, com certeza, vêm do Céu.

À minha mãe, Maria de Lourdes, por ter sonhado comigo todos os meus sonhos e por nunca haver medido esforços para que eu pudesse realizá-los. Ao meu pai, Severino, por me ensinar, desde cedo, os valores da retidão, do esforço e do trabalho honesto.

Ao meu namorado, Hyrasson, não apenas por ter me feito acreditar que sou capaz de trilhar o meu próprio caminho, mas, principalmente, por, apesar disso, ter segurado a minha mão em todas as vezes que precisei.

Aos meus irmãos, em especial Bruna Rafaela e Saulo, por serem, além de minhas grandes inspirações profissionais, verdadeiros porto-seguros, disponíveis para me ajudar em todos os momentos.

À minha orientadora, Danielle Cavalcanti, por ter sido não somente uma fonte constante de conhecimento e disponibilidade, mas reduto de uma compreensão maternal quando mais precisei.

A Dr. Alen de Souza Pessoa, por, através do seu trabalho, ter inspirado a minha vida profissional, reforçando a minha fé no Direito e nas instituições. Dos meus dias na 6ª Promotoria de Justiça Criminal da Capital, vieram a inspiração para este trabalho e a vontade de, um dia, ser servidora pública.

Aos meus amigos, gratidão por tornarem a jornada mais leve e a minha vida muito mais alegre. Em especial, menciono: Juliane, Gabriela, Letícia, Maria Vitória, Agnes, Gustavo, Anne, Beatriz e todos que fazem parte do grupo “C & C”.

RESUMO

A despeito de a dosimetria da pena ter seu procedimento detalhadamente esmiuçado pela legislação, a fim de resguardar os princípios da individualização da pena e da motivação das decisões judiciais, é cediço que, na prática, não raras vezes as sentenças judiciais contêm erros no cálculo da reprimenda, principalmente em se tratando da fixação da pena-base. Em razão disso, muitas das apelações criminais interpostas pela defesa pleiteiam, única ou subsidiariamente, a diminuição da penalidade imposta pelo édito condenatório. É desse contexto que, sabendo-se que a referida espécie recursal é dotada de efeito devolutivo, bem como que o segundo grau de jurisdição se submete ao princípio do *non reformatio in pejus*, emerge a questão central da presente análise: o tribunal *ad quem* pode, em caso de recurso exclusivo da defesa e de reconhecimento da inidoneidade dos fundamentos que levaram à majoração da pena-base, optar por alterar tais justificativas e manter o *quantum* da reprimenda ou, sendo admitido o erro do primeiro grau, a instância recursal teria o dever de reduzir pena? A referida questão é controversa a ponto de gerar entendimentos conflitantes entre as instâncias especiais – a saber, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça –, de modo que discorrer a respeito dos limites impostos aos tribunais se torna questão necessária, pois o conhecimento da legislação e a previsibilidade de suas consequências no mundo fático são condições sem as quais a noção de segurança jurídica, corolário do Estado Democrático de Direito em que se vive, é inevitavelmente ameaçada. Através de uma análise que entrelaça o processo penal com outros ramos do conhecimento, o que se conclui, por uma série de motivos detalhadamente expostos, é que não compete ao Tribunal, a fim de manter a quantidade de pena. fundada em razões inidôneas, e, o fazendo, não apenas a *non reformatio in pejus*, mas outras garantias são frontalmente ameaçadas.

Palavras-chave: *Reformatio in pejus*; Limites ao segundo grau de jurisdição; Dosimetria da pena; Circunstâncias judiciais; Agravamento.

ABSTRACT

Despite the detailed procedure outlined by the legislation regarding the sentencing dosimetry process, aimed at safeguarding the principles of individualization of the penalty and motivation of judicial decisions, it is undeniable that, in practice, judicial sentences often contain errors in the calculation of punishment, especially concerning the establishment of the baseline penalty. Therefore, many of the criminal appeals filed by the defense seek, either exclusively or alternatively, a reduction in the penalty imposed by the condemning judgment. From this context, considering that such an appellate type has devolutive effect and that the second instance is subject to the principle of *non reformatio in pejus*, arises the central issue of this analysis: Can the higher court, in the case of an appeal solely from the defense and recognizing the inadequacy of the grounds that led to the increase in the baseline penalty, choose to modify such justifications and maintain the same quantum of punishment, or, if the error of the first instance is admitted, would the appellate instance be obliged to reduce the penalty? This issue is controversial to the extent of generating conflicting understandings among the courts that compose the special instances – namely, the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice. Therefore, discussing the limits imposed on the courts becomes a necessary question, as knowledge of the legislation and predictability of its consequences in the factual world are conditions without which the notion of legal certainty, a corollary of the Democratic Rule of Law in which we live, is inevitably threatened. Through an analysis that intertwines criminal procedure with other branches of knowledge, the conclusion reached, for a series of detailed reasons, is that it is not within the competence of the Court, in order to maintain the quantity of the penalty, to do so based on inadequate grounds, and in doing so, not only *non reformatio in pejus*, but other safeguards are directly threatened.

Keywords: *Reformatio in pejus*; Bounds to the second instance of jurisdiction; Sentencing dosimetry; Judicial circumstances; Aggravation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgRg/AgR - Agravo Regimental

Art(s)/art(s). - Artigo(s)

CADH - Convenção Americana sobre Direitos Humanos

COMPAS - Perfil Corretivo de Gerenciamento de Infratores para Sanções Alternativas

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Des. - Desembargador

DJ - Diário de Justiça

DJe - Diário de Justiça Eletrônico

ed. - Edição

EDcl - Embargos de Declaração

HC - Habeas Corpus

Min. - Ministro

n./nºs - Número(s)

p. - Página

PET - Petição

Rel.- Relator

REsp - Recurso Especial

RHC - Recurso (Ordinário) em Habeas Corpus

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TRF - Tribunal Regional Federal

TJMG - Tribunal de Justiça de Minas Gerais

TJPB - Tribunal de Justiça da Paraíba

TJPE - Tribunal de Justiça de Pernambuco

v. - Volume

SUMÁRIO

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 9 |
| 2 ORIGEM DO PROBLEMA: A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DO CÁLCULO DA PENA | 12 |
| 2.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS | 12 |
| 2.2 A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: UMA ANÁLISE À LUZ DO SER E DO DEVER SER | 14 |
| 2.2.1 O procedimento na teoria: uma análise doutrinária | 16 |
| 2.2.2 O procedimento na prática: uma análise jurisprudencial | 19 |
| 3 A VEDAÇÃO LEGAL À <i>REFORMATIO IN PEJUS</i> | 21 |
| 3.1 UM BREVE ESTUDO CONCEITUAL: EM QUE CONSISTE ESSE INSTITUTO? | 21 |
| 3.2 O TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO: LIMITES IMPOSTOS À ATUAÇÃO DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO | 23 |
| 4 DOSIMETRIA DA PENA E <i>REFORMATIO IN PEJUS</i>: AS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA | 25 |
| 4.1 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO HC 159.349/PB AgR E DO HC 334.597/AL | 25 |
| 4.2 INTERPRETAÇÃO DECLARATIVA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LEI PENAL: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA | 27 |
| 4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICÁVEL AO ART. 617 DO CPP | 30 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS | 33 |
| REFERÊNCIAS | 37 |

1 INTRODUÇÃO

Em qualquer esfera do Direito, a etapa decisória é a mais importante do processo, haja vista que é nela que se julga a pretensão material pleiteada por meio do exercício da ação. No âmbito penal, essa fase ganha relevância ainda mais acentuada, vez que culmina, muitas vezes, na restrição da liberdade, direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A imposição da pena, consequência jurídica do crime, é a mais gravosa modalidade de sanção prevista pelo ordenamento, de forma que se constitui um monopólio do Direito Penal, esfera do Direito naturalmente subsidiária, ou seja, utilizada apenas quando sua intervenção se mostrar inevitável à vida comunitária (Roxin, 1976, p. 21-22).

É verdade que o Direito é uma ordem social coativa (Kelsen, 1999, p. 23) que, sem sanção, se torna um mero conselho, o que faz com que a imposição de penas seja condição de existência do Estado, detentor do dever de assegurar a pacificação social. Apesar disso, não se pode admitir que a aplicação das sanções seja feita de maneira arbitrária, sob risco de se violar a noção de segurança jurídica, essencial para a caracterização de um Estado Democrático de Direito.

Em razão disso, são estabelecidas, pela legislação, diversas balizas para o processo de cálculo da pena, dentre as quais se inserem as circunstâncias judiciais elencadas pelo artigo 59 do Código Penal, responsáveis por nortear a fixação da reprimenda-base, a partir dos patamares mínimo e máximo previstos pelo tipo penal. São esses critérios que o julgador de primeiro grau deverá avaliar, fundamentadamente, como favoráveis, desfavoráveis ou neutros ao réu, e, assim, determinar a pena básica que lhe será aplicada.

Nessa toada, essas circunstâncias são mecanismos que, teoricamente, concretizam, ao mesmo tempo, os princípios da individualização da reprimenda e da motivação das decisões judiciais. Tais garantias são consagradas pelos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da CRFB, e estabelecem, sintética e respectivamente, que “a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez” (Nucci, 2020, p. 103) e que a reprimenda não pode ser aplicada de forma estandardizada, mecanizada ou computadorizada, dissociada da figura do juiz como ser pensante (Nucci, 2014, p. 33).

Quanto a essas garantias, vale mencionar que a contemporaneidade tem sido um terreno fértil para que elas sejam colocadas em xeque, vez que a inteligência artificial tem ganhado espaço no processo de determinação da pena. A título de Direito Comparado,

pode-se mencionar a utilização, em algumas unidades federativas dos Estados Unidos, do COMPAS (Perfil Corretivo de Gerenciamento de Infratores para Sanções Alternativas), sistema que:

funciona a partir da aplicação de um questionário que, ao ser preenchido, gera um índice de reincidência dos acusados, com uma pontuação de 1 a 10 (baixo risco à alto risco), com previsões de “risco de reincidência” e “risco de reincidência violenta”. Dessa forma, essa classificação serve de base para o resultado gerado pelo algoritmo, em termo de quantitativo da pena. (Agra, 2021)

Embora venha sendo utilizada, no contexto judicial estadunidense, com o objetivo de atribuir maior imparcialidade ao cálculo dosimétrico, minimizando as falhas humanas que podem macular tal processo, a inteligência artificial está longe de ser a solução para o processo de fixação da pena, se mostrando, na verdade, um caminho tortuoso, ao passo em que, além de revestir de extrema frieza um processo que lida com um dos mais sensíveis bens jurídicos – qual seja, a liberdade –, pode vir a ser uma ferramenta de perpetuação de discriminações em tal procedimento.

Prova disso é se constatou que, no referido sistema, “os acusados brancos reincidentes foram classificados como de baixo risco erroneamente mais vezes do que os negros, seguida as porcentagens de 48% contra 28%, respectivamente” (Larson; Mattu; Kirchner; Angwin, 2016, p. 2 *apud* Agra, 2021).

Na realidade judiciária brasileira, em que a figura humana do julgador é central no procedimento de fixação da penal, porém, também não é difícil encontrar sentenças que, por serem carentes de fundamentação idônea quanto ao juízo de valor imposto às circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do CP, violem os dois princípios anteriormente mencionados - quais sejam, o da individualização da reprimenda e o da motivação das decisões - razão pela qual, quase sempre, as apelações criminais interpostas pela defesa pleiteiam, única ou subsidiariamente, a reforma da primeira etapa da dosimetria.

Dentre outras características, essa espécie recursal é dotada de efeito devolutivo, o que significa que o conhecimento da matéria é devolvido “para um tribunal *ad quem*, ou seja, para um órgão superior àquele que proferiu a decisão” (Lopes Junior, 2020, p. 1.522-1.523). Além disso, quando a decisão transita em julgado para a acusação, vigora, também, a vedação à *reformatio in pejus*, ou seja, ao agravamento da situação penal do réu.

Apesar de tais disposições, a jurisprudência pátria tem exarado posicionamentos distintos a respeito dos limites a que se submete o segundo grau de jurisdição quando do julgamento do apelo defensivo, especificamente quanto à possibilidade de manutenção, a partir da atribuição de uma fundamentação distinta daquela erroneamente utilizada pelo

sentenciante, da valoração negativa atribuída às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Ao proceder dessa forma, incorre-se em violação à proibição da *reformatio in pejus* ou se está diante de mera consequência do efeito devolutivo?

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no HC nº 159.349/PB, em 2019, firmou o entendimento de que o julgamento que mantém a circunstância judicial sob novo fundamento, mas sem majoração da pena, não viola a referida garantia processual.

Ao seu turno, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu, quando da apreciação do HC nº 334.597/AL, em 2018, que, tendo a condenação transitado em julgado para a acusação, não se pode, no julgamento do recurso defensivo, alterar os fundamentos usados na sentença, a fim de manter a valoração negativa de qualquer elemento da pena.

Como se vê, a temática exposta é controversa a ponto de gerar entendimentos conflitantes até mesmo entre as cortes que se situam no topo da hierarquia do sistema judicial brasileiro, mas não se resume a elas, vez que essa dissonância tem sido transportada também para os Tribunais de Justiça.

Prova disso é que, recentemente, o Tribunal de Justiça de Pernambuco e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao apreciarem, respectivamente, o Habeas Corpus Criminal nº 0001508-30.2022.8.17.9000¹ e a Apelação Criminal nº 10105210032956001² reproduziram a discordância acima referida.

O primeiro órgão entendeu que “é possível reorganizar a dosimetria da pena, sem que haja ofensa ao primado do *non reformatio in pejus*, pois é cabível nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa pelo tribunal, mesmo tratando-se de recurso exclusivamente defensivo”, ao passo que o segundo destacou a “impossibilidade de alteração ou inovação de fundamentos para valoração negativa da dosimetria da pena, em caso de recurso exclusivo da defesa”.

Essa situação se torna um problema, uma vez que, apesar da multiplicidade de acepções atribuídas, ao longo do tempo, ao conceito de justiça, é fato que, sem que a sociedade saiba a que regras está efetivamente submetida, não há ordenamento jurídico que possa ser justo. No cenário contemporâneo, marcado por um Direito complexo, o conhecimento da lei estrita não é, sozinho, pressuposto suficiente para a consumação da justiça, sendo necessário compreender, também, como o texto positivado é interpretado.

¹ Habeas Corpus Criminal 0001508-30.2022.8.17.9000, Rel. Mauro Alencar de Barros, Gabinete do Des. Mauro Alencar de Barros, julgado em 23/09/2022.

² Apelação Criminal 1.0105.21.003295-6/001, Relator(a): Des. Henrique Abi-Ackel Torres, 8ª Câmara Criminal, julgamento em 14/07/2022, publicação da súmula em 19/07/2022.

Diante da problemática exposta, o presente trabalho se debruçará, a partir de uma revisão bibliográfica e da pesquisa jurisprudencial, sobre essas duas teses conflitantes que, atualmente, coexistem no ordenamento jurídico brasileiro, baseando-se no dever de fundamentação das decisões judiciais, na compreensão do instituto do *non reformatio in pejus*, nos limites de atuação do segundo grau de jurisdição quando do julgamento do recurso de apelação, e, finalmente, analisando qual seria a hermenêutica aplicável ao art. 617 do Código de Processo Penal.

Esperança-se que a resposta à referida indagação se torne uma contribuição, ainda que singela, não apenas à comunidade acadêmica, mas à sociedade, considerando que o conhecimento das normas vigentes e, conseqüentemente, dos direitos conferidos aos indivíduos, é pressuposto para que se impeça a instauração de regimes – políticos ou judiciais – que, por serem fundados na arbitrariedade, acabem por ameaçar o Estado Democrático de Direito em que se vive.

Diante de tais escopos e, a partir de uma análise que, a despeito de haver se baseado no processo penal, percebeu a necessidade do entrelaçamento de ramos outros do conhecimento, como a teoria geral do direito e a hermenêutica, a fim de construir uma posição sólida acerca da temática, o que se entende é que o referido dispositivo não pode ser interpretado somente a partir da quantidade de pena imposta ao apelante, mas que deve ser aplicado à luz da situação processual penal do acusado, cuja proibição de agravação não se restringe ao aspecto quantitativo, mas abrange, também, o prisma qualitativo.

O que resta claro, nessa toada, é que a inovação na fundamentação, por parte do Tribunal, a fim de manter o *quantum* penal, prejudica o panorama jurídico do réu de diversas formas - as quais serão detalhadas nos capítulos finais, mas se referem, em suma, ao não reconhecimento de que atos desmotivados são, por essência, nulos; ao risco de ofensa ao acesso ao duplo grau de jurisdição; e, ainda, à relativização da interpretação atribuída ao princípio da motivação das decisões judiciais.

2 ORIGEM DO PROBLEMA: A FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO QUANDO DO CÁLCULO DA PENA

2.1 O DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, no inciso IX de seu art. 93, que todas as decisões judiciais serão, sob pena de nulidade, fundamentadas, impondo aos órgãos julgadores o dever de explicitar os motivos que embasaram o entendimento exarado no caso concreto. (BRASIL, 1988). A referida garantia possui suas raízes na noção de soberania popular, ideia que fora cunhada, outrora, pelo filósofo Jean Jacques Rousseau, na famosa obra “O Contrato Social”.

Em que pese o lapso temporal entre o surgimento desse conceito, que remonta ao século das luzes, e os dias atuais, clara é a relação estabelecida entre ele e a garantia de fundamentação das decisões judiciais, dado que esta se trata de um instrumento processual que estabelece que “o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal” (Lopes Junior, 2020, p. 156).

É cediço que Carta Magna foi elaborada por representantes escolhidos pelo povo, de modo que suas disposições, dentre as quais se inclui a prerrogativa ora analisada, não podem ser consideradas outra coisa senão manifestação da vontade popular.

A necessidade de motivação das decisões judiciais, por ser estabelecida constitucionalmente, é, em regra, aplicável a todos os ramos processuais, possuindo, porém, especial relevância no processo criminal, posto que os atos decisórios, em tal seara, comumente implicam na restrição de direitos fundamentais, a exemplo da liberdade. Em razão disso, a garantia em voga, desde o advento da Lei nº 13.964/2019 – popularmente conhecida como Pacote Anticrime –, passou a ser reafirmada pela legislação penal adjetiva, especificamente pelo § 2º do art. 315 do CPP.

Os incisos do mencionado dispositivo legal, além de reforçarem a necessidade de motivação, não apenas das decisões definitivas, mas também daquelas de natureza interlocutória, esclarecem que não serão considerados fundamentados os atos decisórios que: se limitarem indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo; empregarem conceitos jurídicos indeterminados; não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo e capazes de

infirmar a conclusão do julgador; reduzirem-se à menção de precedentes; e deixarem de seguir enunciado de súmula ou jurisprudência invocado pela parte, sem demonstrar o porquê.³

Como se vê, na esfera penal, o dever de que trata o presente tópico não é uma garantia genérica ou utópica, mas um princípio que contém direcionamentos legais claros quanto à sua forma de concretização. Apesar disso, não é raro encontrar atos decisórios que, por serem desprovidos, no todo ou em parte, da devida fundamentação, violem esta prerrogativa.

2.2 A PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA: UMA ANÁLISE À LUZ DO SER E DO DEVER SER

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, passa-se a analisar a incidência do dever de fundamentação das decisões judiciais nas sentenças penais condenatórias, especificamente no que tange à primeira etapa da dosimetria da pena.

Para tanto, é necessário, em um primeiro momento, consignar que, ao lado da infração e da medida de segurança, a pena é um dos elementos estruturantes do Direito Penal, podendo ser definida como a consequência jurídica do crime (Brandão, 2006, p. 196-197). Mesmo que existam várias espécies – a exemplo da restrição de direitos, da multa e da advertência –, é fato que a mais conhecida modalidade de pena é a privação de liberdade, que se originou no contexto de ascensão do Direito Penal Canônico, em que as punições corporais passaram a ser substituídas pelas internações em monastérios.

Atualmente, a privação de liberdade se reserva às infrações de maior periculosidade, sendo, pois, a mais gravosa das sanções penais. Todavia, em seu surgimento, o referido instituto fora considerado a representação de uma punição humanizada, vez que possibilitava a preservação da vida e da integridade física do criminoso.

É verdade que existem críticas contundentes, formuladas pelos estudiosos da Criminologia, à referida concepção, uma vez que a prisão pode ser considerada,

³ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

substancialmente, um depósito de seres humanos deteriorados, no qual se anula não apenas a liberdade do condenado, mas a sua existência física e psíquica (Zaffaroni, 2002, p. 932-933). Estas, no entanto, não são cabíveis na análise em curso, que se cinge a discorrer sobre o procedimento contemporaneamente adotado, no Brasil, para a aplicação da pena, tanto em seu aspecto teórico, quanto em sua manifestação prática.

Como já mencionado, a pena deve ser aplicada de forma particular, sendo que essa individualização:

ocorre em três momentos distintos: individualização legislativa – processo através do qual são selecionados os fatos puníveis e cominadas as sanções respectivas, estabelecendo seus limites e critérios de fixação da pena; individualização judicial – elaborada pelo juiz na sentença, é a atividade que concretiza a individualização legislativa que cominou abstratamente as sanções penais, e, finalmente, individualização executória, que ocorre no momento mais dramático da sanção criminal, que é o do seu cumprimento. (Bitencourt, 2012, p. 282)

O que interessa, para o estudo em desenvolvimento, é individualização judicial da pena, ou seja, a sua aplicação pelos órgãos julgadores, a qual, hodiernamente, obedece ao sistema trifásico, estabelecido pelo art. 68 do CP,⁴ o qual preceitua que o cálculo da reprimenda deve ocorrer em três etapas: fixação da pena-base; consideração das circunstâncias atenuantes e agravantes; e análise das causas de diminuição e de aumento.

Quanto às etapas subsequentes da fixação da pena, não se fazem necessárias maiores considerações, haja vista que o que se analisa, aqui, é tão somente a primeira fase da dosimetria, momento em que o julgador, após reconhecer a materialidade e a autoria da conduta típica, antijurídica e culpável narrada pela acusação, determinará a sanção que servirá como base ao caso concreto.

Sabe-se que as normas incriminadoras contidas na legislação penal substantiva não preveem um *quantum* estático de pena para cada crime; na verdade, estipulam patamares mínimos e máximos, dentro dos quais, a partir da interpretação do caso concreto e das condições do agente, o julgador fixará a reprimenda básica adequada.

A fim de que esse processo interpretativo não seja feito de forma arbitrária, o Código Penal, no *caput* de seu art. 59,⁵ estabeleceu que a quantidade de pena aplicável deverá ser estipulada em atendimento às chamadas circunstâncias judiciais, quais sejam: culpabilidade,

⁴ Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua.

⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima.

Tais circunstâncias, conforme lecionado pela doutrina, são externas ao tipo penal, ou seja, trata-se de:

condições acessórias, que acompanham o fato punível, mas não penetram na sua estrutura conceitual e, assim, não se confundem com os seus elementos constitutivos. Vêm de fora da figura típica, como alguma coisa que se acrescenta ao crime já configurado, para impor-lhe a marca de maior ou menor reprovabilidade. (Bruno, 1967, p. 67)

Acaso os elementos já previstos no tipo penal fossem utilizados para elevar a pena-base acima do mínimo legal, se estaria diante de flagrante ofensa ao *non bis in idem*, princípio amplamente reconhecido pela jurisprudência pátria e indiretamente consagrado pelos arts. 8^o e 42,⁷ ambos do CP, e por meio do qual “procura-se impedir mais de uma punição individual – compreendendo tanto a pena como o agravante – pelo mesmo fato” (Prado, 2008, p. 184). É, também, para evitar essa situação que o juízo de valor atribuído às referidas circunstâncias deverá ser fundamentado.

Como se vê, na teoria, o sistema trifásico da dosimetria penal, especificamente a determinação da pena-base, é um processo bem desenvolvido; apesar disso, não é raro, na prática, observar sentenças penais condenatórias que, por serem fundamentadas de forma genérica ou inidônea, afrontam diametralmente o procedimento sobre o qual se discorreu até então.

2.2.1 O procedimento na teoria: uma análise doutrinária

O próprio Código Penal estabelece, no Capítulo III de seu Título V, as diretrizes que deverão guiar o cálculo da sanção penal e, considerando o objeto do presente trabalho, há que se esclarecer, neste tópico, quais são os parâmetros estabelecidos, pela lei, para a fixação da reprimenda básica, a qual pode ser definida como “a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição” (Nucci, 2014, p. 162).

Conforme pontuado acima, o art. 59 da legislação penal substantiva prevê oito critérios norteadores para a determinação da reprimenda inicial, a saber: culpabilidade;

⁶ Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.

⁷ Art. 42 - Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

antecedentes; conduta social; personalidade do agente; motivos, circunstâncias e consequências do crime; e comportamento da vítima. Esses elementos, apenas quando valorados em desfavor do réu, serão utilizados para aumentar, até o limite do máximo patamar legal, o *quantum* mínimo da pena abstratamente prevista.

A fração de aumento cabível para cada uma dessas circunstâncias não é estaticamente determinada pelo texto legal, de forma que coube à jurisprudência resolver tal questão, prevalecendo, atualmente, o entendimento de que cada um desses elementos deve majorar a reprimenda concreta na fração de $\frac{1}{8}$ (um oitavo) do intervalo entre as penas mínimas e máxima previstas pela norma incriminadora.

Nesse sentido foi a decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

[...] 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de $\frac{1}{8}$ por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. [...] (AgRg nos EDcl na PET no REsp n. 1.852.897/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2021, DJe de 29/3/2021).

É verdade que a posição supramencionada é a regra usualmente aplicada; no entanto, não se trata de um comando absoluto, vez que a mesma Turma da Corte Superior prevê a possibilidade de, havendo a devida fundamentação, a pena-base ser fixada no máximo legal, ainda que apenas uma circunstância judicial tenha sido avaliada de forma negativa:

[...] 4. Ademais, como é cediço, a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível até mesmo “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (AgRg no REsp 143071/AM, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 6/5/2015). [...] (AgRg no HC n. 699.762/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 12/11/2021).

As controvérsias quanto à fixação da pena-base, todavia, não se exaurem na fração atinente a cada circunstância judicial, mas residem, sobretudo, no significado atribuído a cada uma delas, que implicará na idoneidade do juízo de valor efetuado pelo sentenciante. Assim, entender o conceito desses elementos é condição *sine qua non* para avaliar a legalidade da pena-base fixada em cada caso e, para tanto, faz-se necessário recorrer a uma breve análise doutrinária.

A primeira circunstância judicial elencada pela legislação é a culpabilidade, que, em tal aspecto, não se confunde com aquela que compõe o conceito analítico de crime, mas diz respeito ao grau de reprovação social que a conduta e seu autor merecem, incidindo, pois,

tanto em relação ao fato quanto em relação ao agente. Pode-se considerar mais reprovável, por exemplo, a conduta que foi premeditada ou, ainda, a pessoa que pratica um crime durante o cumprimento de pena diversa.

O Código Penal também elenca os antecedentes criminais como elemento balizador da reprimenda inicial, sendo que estes podem ser compreendidos como os fatos penais praticados pelo agente, os quais, sob a égide da atual ordem constitucional – que consagra a garantia da presunção de inocência – não abrangem processos criminais em curso, mas se resumem às decisões condenatórias irrecorríveis (Bitencourt, 2012, p. 283), ainda que a pena já tenha sido extinta há mais de cinco anos. Importante destacar, quanto a este ponto, que não podem configurar antecedentes negativos aquelas condenações criminais definitivas que eventualmente tenham sido utilizadas para caracterizar a reincidência.

Outro elemento norteador da determinação da pena-base é a conduta social do agente, definida como “o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança” (Nucci, 2014, p. 184). Obviamente, a circunstância em análise não diz respeito à vida penal pregressa do acusado, sob pena de se confundir com seus antecedentes, mas ao comportamento deste no seu seio de convívio social, sendo aferida, especialmente, por meio da prova testemunhal.

A quarta circunstância judicial prevista pela legislação é a personalidade do agente, que se consubstancia no seu modo de agir, o qual resulta tanto de sua carga genética quanto das influências que, ao longo da vida, recebeu do meio em que esteve inserido. Outrora, vigorava o entendimento de que esse elemento somente poderia ser analisado mediante um laudo psicossocial.

No entanto, desde 2015, tal posição foi superada, haja vista que a Sexta Turma do STJ decidiu, no julgamento do HC n° 180.941/RJ, que:

[...] 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a valoração negativa da personalidade pode prescindir de laudos técnicos de especialistas, havendo nos autos outros elementos que demonstrem a má índole do acusado, a frieza e o comportamento perverso e voltado à criminalidade. [...] (HC n. 180.941/RJ, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 24/11/2015, DJe de 7/12/2015).

Os motivos do crime também são utilizados para balizar a pena-base e podem dizer respeito à razão de ser da conduta e aos objetivos a serem alcançados pelo agente, não se confundindo, entretanto, nem com o elemento subjetivo do crime, nem com a finalidade específica inerente a cada tipo penal, sob pena de restar caracterizada a defesa figura do *non bis in idem*.

As circunstâncias do crime, por sua vez, são elementos residuais, que, ainda que não participantes da estrutura do tipo, nem previstos como qualificadoras ou causas de aumento e de diminuição, envolvem o delito. Estas podem ser avaliadas, em desfavor do réu, quando, por exemplo, a infração é cometida em um local ermo, a fim de dificultar o seu descobrimento (Nucci, 2014, p. 203).

A legislação também estabelece que as consequências da conduta criminosa serão fatores que nortearão a reprimenda inicial, as quais não se confundem com os efeitos lógicos da conduta incriminada, mas se referem ao mal que transcende aquele previsto pelo tipo penal. A morte não pode ser utilizada como sequela desfavorável em um crime de homicídio, mas “um indivíduo que assassina a esposa na frente dos filhos menores, causando-lhes um trauma sem precedentes, precisa ser mais severamente apenado, pois trata-se de uma consequência não natural do delito” (Nucci, 2014, p. 205).

A última circunstância prevista pelo art. 59 do CP é o comportamento da vítima, o qual corresponde a “verdadeiros fatores criminógenos, que, embora não justifiquem o crime, nem isentem o réu de pena, podem minorar a censurabilidade do comportamento delituoso” (Bitencourt, 2012, p. 283). Quando o crime é praticado em razão de injusta provocação, por exemplo, a referida circunstância pode ser avaliada em benefício do agente, reduzindo ou não agravando a sua pena-base.

Nota-se, pois, que circunstâncias judiciais, conquanto não conceituadas pela legislação, possuem definições que lhes foram, ao longo do tempo, atribuídas, de forma consistente, pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de evitar a arbitrariedade ao longo da dosimetria.

Não obstante, o que se vê, na realidade processual penal brasileira, é um abismo entre a teoria e a prática, dado que, como será demonstrado no tópico a seguir, a fixação da pena-base é, não raramente, efetuada com base em fundamentos inidôneos.

2.2.2 O procedimento na prática: uma análise jurisprudencial

Não se pode concluir do fato de algo dever ser que algo, de fato, é (Kelsen, 1999, p. 146).

Consoante já discorrido, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais é um axioma que deve perpassar todas as fases do processo penal brasileiro, pois é o único mecanismo que “permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder”

(Lopes Junior, 2020, p. 1.375). Todavia, é comum encontrar sentenças condenatórias que, ao avaliarem as circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do CP, se mostram carentes de fundamentação ou fundadas em aspectos conhecidamente inidôneos.

Apesar de a interpretação sistemática da legislação resultar em um procedimento bem definido para a determinação da pena-base, esta é uma questão sobre a qual recaem, constantemente, diversos equívocos cometidos pelos aplicadores do Direito e que, por isso, se tornou frequente objeto dos recursos interpostos na seara penal – tema que será mais bem desenvolvido em capítulo próprio. Importa, por ora, entender em que consistem esses erros.

Com o fito de evitar que a presente análise se estenda *ad aeternum*, vez que não faltam exemplos de erros grotescos na fundamentação das circunstâncias judiciais norteadoras da reprimenda inicial, opta-se por conceituar e exemplificar duas espécies de fundamentos equivocados: os genéricos e os que incorrem em *bis in idem*.

Está-se diante de uma fundamentação genérica quando os elementos invocados são universais, ou seja, inespecíficos a ponto de poderem ser invocados em qualquer lide. Exemplo dessa modalidade de desacerto é a valoração negativa atribuída à culpabilidade sob a alegação de que ela é concreta e de alta reprovabilidade.

Esses fatores são notadamente vagos e, por consequência, inaptos a ensejar a majoração da reprimenda, nos termos do entendimento assentado pela Sexta Turma do STJ que, no julgamento do HC n° 704.401/PE, decidiu que “a análise da culpabilidade como concreta e de alta reprovabilidade é genérica e não pode prevalecer”.⁸

A referida falha não corresponde a um caso isolado, mas a um erro que se repete constantemente. Provas disso são as Apelações Criminais de n°s 0041562-16.2015.8.17.0001,⁹ 0008694-48.2016.8.17.0001¹⁰ e 0034103-26.2016.8.17.0001,¹¹ nas quais o TJPE precisou corrigir motivação inidônea supramencionada.

Quanto às fundamentações que incorrem em *bis in idem*, cumpre mencionar que elas são verificadas quando o sentenciante utiliza elementos intrínsecos ao próprio tipo penal para exasperar a punição. É comum verificar essa espécie de erro quando os motivos do crime de tráfico de entorpecentes são negativados em razão da busca por lucro fácil, situação repetidamente rechaçada pelo STJ, que, no julgamento do AgRg no HC n°

⁸ HC n. 704.401/PE, Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 10/03/2022.

⁹ Apelação Criminal 435902-60041562-16.2015.8.17.0001, Rel. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, 4ª Câmara Criminal, julgado em 03/05/2017, DJe 17/05/2017

¹⁰ Apelação Criminal 472319-10008694-48.2016.8.17.0001, Rel. Carlos Frederico Gonçalves de Moraes, 4ª Câmara Criminal, julgado em 21/07/2017, DJe 14/08/2017.

¹¹ Apelação Criminal 496411-20034103-26.2016.8.17.0001, Rel. Mauro Alencar De Barros, 2ª Câmara Criminal, julgado em 05/06/2019, DJe 18/06/2019.

704.098/SP, decidiu que “a busca por lucro fácil constitui elementar do tipo penal de tráfico de drogas, não justificando, por si só, o aumento da pena-base”.¹²

Da mesma forma, a fundamentação acima mencionada também é caso de erro que se repete no sistema judicial brasileiro, tendo sido objeto de análise, por exemplo, nas Apelações Criminais n° 10481180061949001/MG,¹³ n° 0001547-49.2020.822.0014/RO¹⁴ e n° 0002459-74.2012.8.02.0049/AL.¹⁵

Essas falhas reiteradas se consubstanciam em um grave problema no âmbito do processo penal, tendo em conta que culminam em uma elevada quantidade de recursos interpostos, o que não apenas aumenta as demandas a serem solucionadas por um já superlotado Poder Judiciário, mas suscita divergências a respeito dos limites de atuação impostos ao segundo grau de jurisdição.

Afinal, em caso de recurso exclusivo da defesa, quando o tribunal verificar que, apesar dos fundamentos equivocados utilizados pelo juízo de primeiro grau, existem, no caso concreto, elementos aptos a ensejar a manutenção da valoração negativa das circunstâncias judiciais, poderá mantê-las dessa forma, a partir da atribuição de uma nova fundamentação, ou, o fazendo, se estará diante de uma violação ao princípio do *non reformatio in pejus*?

¹² AgRg no AgRg no HC n. 704.098/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.

¹³ Apelação Criminal 1.0481.18.006194-9/001, Relator(a): Des.(a) Fernando Caldeira Brant, 4ª Câmara Criminal, julgamento em 10/07/2019, publicação da súmula em 17/07/2019.

¹⁴ Apelação Criminal n° 0001419-97.2018.822.0014, 1ª Câmara Criminal, Relator(a) do Acórdão: Des. José Antonio Robles, Data de julgamento: 03/08/2021.

¹⁵ Apelação Criminal 0002459-74.2012.8.02.0049, Relator(a): Des. Washington Luiz D. Freitas, Data do julgamento: 22/08/2018, Data de publicação: 24/08/2018.

3 A VEDAÇÃO LEGAL À *REFORMATIO IN PEJUS*

3.1 UM BREVE ESTUDO CONCEITUAL: EM QUE CONSISTE ESSE INSTITUTO?

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a proibição à *reformatio in pejus*, figura jurídica cuja incidência se relaciona às etapas recursais do procedimento, estas definidas como mecanismos de correção de erro que possibilitam o aprimoramento das decisões judiciais, a fim de que estas sejam justas, ou seja, corretas em seus aspectos fáticos e jurídicos (Badaró, 2017, p. 12).

O instituto em voga, parcialmente vedado pela atual legislação penal adjetiva, resumidamente, “pode ser descrito como a situação na qual a nova instância julgadora, agindo *ex officio*, modifique o objeto principal da decisão recorrida em desfavor daquele que contra ela tenha se insurgido” (Kapsa, 1976 *apud* Toniolo, 2016) e sua origem está intimamente atrelada à criação das instâncias recursais, pelo Direito Romano, o que ocorreu em um contexto de rompimento entre a ordem jurídica e a ordem religiosa.

É cediço que, durante muito tempo, a emanção do Direito fora competência atribuída à autoridade religiosa, a quem incumbia, em razão de uma legitimação sobrenatural, solucionar as lides concretas. Nesse cenário, as decisões proferidas eram dotadas de infalibilidade – dado que chancelada por divindades –, de modo que descabido seria impor a elas quaisquer espécies de revisões.

Posteriormente, a função de julgar as lides romanas foi deslocada do imperador para o *iudex*, funcionário estatal responsável por decidir os conflitos. Foi nesse cenário que surgiu o direito ao recurso, especificamente por meio da *apellatio*, modalidade recursal que, hoje, corresponde à apelação, e, naquela época, era dirigida ao imperador – o que ainda denota a forte ligação entre decisões jurídicas e religiosas, pois ele era considerado uma divindade terrena.

Foi apenas no século XVIII, no contexto da Revolução Francesa, que a garantia ao duplo grau de jurisdição, como se conhece hoje, livre de vínculos de poder fundados na religião ou na hereditariedade, se consolidou, não apenas na França, mas na maioria dos países ocidentais (Nery Junior, 2004, p. 38).

No Brasil, por exemplo, o referido princípio só foi positivado, de forma expressa, pela Constituição de 1824, especificamente em seu art. 158, que, *ipsis litteris*, dispunha que “para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos” (Brasil, 1824).

Na contemporaneidade jurídica brasileira, é bem verdade que “não foi o duplo grau de jurisdição expressamente consagrado pela Carta de 1988” (Lopes Junior, 2020, p. 1.511). Apesar disso, por ser contido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que dispõe, em seu artigo 8, 2, h, que, durante o processo, toda pessoa tem asseguradas garantias mínimas, dentre as quais se inclui o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior, tal princípio possui, no Direito interno, força constitucional, vez que “os direitos e garantias previstos na CADH passaram a integrar o rol dos direitos fundamentais, a teor do art. 5º, § 2º, da Constituição, sendo, portanto, autoaplicáveis (Lopes Júnior, 2013, p. 1.168).

Como se disse, o campo de incidência da vedação à *reformatio in pejus* é a etapa recursal, razão pela qual se procedeu a essa breve análise histórica da evolução do duplo grau de jurisdição. Pode-se, agora, passar à análise do instituto que figura como objeto central do presente tópico.

Muitas são as reflexões formuladas, pela doutrina pátria, a respeito do mencionado instituto jurídico, consagrado pelo art. 617 do CPP,¹⁶ dentre as quais algumas merecem especial destaque no presente estudo. Antes disso, porém, é preciso fazer uma ponderação quanto ao dispositivo legal, que, em sua parte final, menciona tão somente que “a pena” do acusado não poderá ser agravada quando a “apelação” for interposta exclusivamente pela defesa.

O que se percebe é que o legislador, ao dispor tal norma adjetiva, fez uso, duas vezes, da figura de linguagem conhecida como sinédoque – mencionando, expressamente, a parte, na intenção de designar o todo. Dessa maneira, é certo que o referido axioma não se trata de um princípio exclusivo da apelação, mas aplicável a todo e qualquer recurso (Badaró, 2017, p. 69), bem como que não somente as penas, mas a situação penal do acusado, como um todo, é por ele abrangida - tanto que o STF esclareceu, no julgamento do HC n° 75.238/SP, que a incidência de sua Súmula n° 525¹⁷ “subsiste apenas para vedar a *reformatio in pejus* no caso específico da medida de segurança”.¹⁸

Quanto às considerações doutrinárias a respeito do instituto em apreço, insta destacar, de início, a visão de que ele é uma consequência direta do princípio da disponibilidade e do modelo acusatório em que a posição das partes é prevalente (Badaró, 2017, p. 68). Isso significa que a vedação em tela só é possível em um sistema jurídico no qual a interposição,

¹⁶ 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.

¹⁷ A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido.

¹⁸ HC 75238, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 23/09/1997, DJ 07/11/1997.

ou não, do recurso é uma faculdade conferida aos polos envolvidos, detentores, em detrimento do julgador, do protagonismo na condução do feito.

Outra consideração que merece destaque é a de que a proibição à *reformatio in pejus* incide tanto do ponto de vista quantitativo quanto do prisma qualitativo, não podendo ser excetuada nem mesmo para a correção de erro material (Lima, 2020, p. 1743). Esse entendimento foi exarado pelo STJ no julgamento do HC n° 123.335/MS, quando se decidiu que: “Apesar de restar claramente comprovada a ocorrência de erro material na soma das penas aplicadas ao paciente, tal equívoco não pode ser corrigido em desfavor do réu quando ocorrido o trânsito em julgado da sentença para a acusação.”¹⁹

Por fim, ainda é pertinente mencionar que o referido instituto atinge, inclusive, as questões relacionadas a nulidades, as quais, se prejudiciais ao réu e não suscitadas pela acusação, não poderão ser reconhecidas de ofício pelo órgão julgador (Capez, 2012, p. 778). Nesse sentido é o entendimento assentado pelo STF, no bojo de sua Súmula n° 160, que dispõe que: “É nula a decisão do Tribunal que acolhe, contra o réu, nulidade não argüida no recurso da acusação, ressalvados os casos de recurso de ofício.”

É verdade que as considerações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do instituto da *reformatio in pejus* são muitas; para o desenvolvimento do presente trabalho, porém, considera-se suficiente o entendimento dos aspectos ora esmiuçados.

3.2 O TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO: LIMITES IMPOSTOS À ATUAÇÃO DO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO

A vedação à *reformatio in pejus*, como já visto, incide na etapa recursal da persecução penal, nascendo, especificamente, com o trânsito em julgado, para a acusação, da sentença penal condenatória. Esse entendimento se fundamenta no fato de que tal princípio tem seu âmbito de incidência limitado à hipótese de recurso da defesa, sendo que, no caso de recurso da acusação, aplica-se o sistema do benefício comum (Lima, 2020, p. 1.744), sobre o qual se farão breves considerações a seguir.

Nos termos preceituados pelo art. 593, *caput*, do CPP,²⁰ a consumação do trânsito em julgado da sentença criminal, para a acusação, se dá quando decorridos 05 (cinco) dias da intimação do autor ou de seu procurador, sem que haja a interposição do apelo ordinário. É a

¹⁹ HC n. 123.335/MS, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 3/12/2009, DJe de 1/2/2010.

²⁰ Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias:

partir desse momento processual que o princípio sobre o qual se discorre no presente capítulo passa a gerar limites impostos à atuação dos tribunais *ad quem*.

No entanto, não foi sempre assim: antes da adoção expressa do *non reformatio in pejus*, que, no Brasil, só ocorreu com o Código de Processo Civil de 1939, vigorava o sistema de benefício comum da apelação, segundo o qual o referido recurso “levava ao conhecimento do Tribunal a matéria, e este poderia decidir em favor da parte que recorreu, mas também em favor da parte contrária” (Badaró, 2017, p. 68). Havia, pois, a preponderância do órgão julgador em detrimento das partes, que poderiam ser prejudicadas ou beneficiadas independentemente de terem ou não exercido a faculdade de acessar o segundo grau de jurisdição.

Atualmente, entretanto, em razão da consagração da vedação à *reformatio in pejus*, entende-se que, quando se estiver diante de recurso interposto apenas pela defesa, não poderá o órgão julgador do recurso agravar a pena - sinédoque utilizada para designar situação jurídica - do acusado. É justamente isso que frisa o art. 617 do CPP em sua parte final, que consagra a adoção da mencionada proibição em sua modalidade parcial, vez que o dispositivo apenas torna defeso o agravamento do estado penal do acusado, e não da acusação.

Em razão desse caráter restritivo da norma penal adjetiva, o STJ consagrou, no julgamento do REsp nº 168.557/RS,²¹ a admissão da reforma da decisão em benefício do réu, ainda que somente a acusação tenha recorrido, situação que corresponde à *reformatio in pejus* para o titular da ação penal. O referido entendimento se fundamenta na conclusão de que o recurso interposto pelo Ministério Público não guarda as mesmas limitações ao poder do juízo *ad quem*.

Assim, de maneira sucinta, tem-se o seguinte cenário: quando há o trânsito em julgado para a acusação, a decisão acerca do apelo pode apenas melhorar ou manter o panorama penal do acusado; todavia, quando o trânsito em julgado ocorre para a defesa, havendo interposição de recurso pela parte acusadora, a decisão do órgão julgador poderá não só agravar ou manter a situação criminal do réu, mas também melhorá-la, apesar de sua inércia.

Trata-se da admissão da *reformatio in melius*, que:

Significa dizer que, no recurso exclusivo da acusação, é plenamente possível que o juízo ad quem melhore a situação da defesa, seja para aplicar causas de diminuição

²¹ [...] Nada há que impeça a *reformatio in melius* em face de recurso exclusivo do Ministério Público. Isto porque a impugnação do Ministério Público não guarda em seu bojo limitações ao poder do juízo ad quem. Tanto é que o mesmo Ministério Público que acusa pode, ante a fatos novos, pleitear a absolvição. Se o tribunal pode conceder habeas corpus ex officio, nada impede que, ante a recurso exclusivo da acusação, abrande-se a situação do acusado. [...] (REsp n. 168.557/RS, relator Ministro Jorge Scartezzini, Quinta Turma, julgado em 13/9/2000, DJ de 18/12/2000, p. 224).

de pena ou circunstâncias atenuantes não reconhecidas pelo juízo a quo, seja para excluir qualificadoras constantes da decisão impugnada, podendo, inclusive, absolver o acusado. (Lima, 2020, p. 1.752)

É nesse contexto que se insere a indagação central do presente trabalho. Como já demonstrado, são comuns, no cenário jurídico brasileiro, sentenças que, ao fixarem a pena-base, incorrem em equívocos quanto à fundamentação das circunstâncias judiciais que as determinam.

Destarte, acaso transitada em julgado, a sentença, para a acusação, poderia o acórdão, apesar de reconhecer a inidoneidade dos fundamentos, manter, a partir de uma nova definição, o *quantum* da pena fixado pelo primeiro grau? Quando assim procede, o órgão responsável por apreciar o apelo age em obediência aos limites impostos pelo art. 617 do CPP ou ofende a garantia assegurada por este dispositivo?

A resposta para tal questão não é simples. Na verdade, é complexa a ponto de gerar entendimentos conflitantes entre o STJ e o STF, órgãos julgadores que, ao lado do Tribunal Superior do Trabalho, do Tribunal Superior Eleitoral e do Superior Tribunal Militar, compõem as instâncias superiores da jurisdição brasileira.

4 DOSIMETRIA DA PENA E *REFORMATIO IN PEJUS*: AS POSIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS DO HC 159.349/PB AgR E DO HC 334.597/AL

A Segunda Turma do STF, no ano de 2019, firmou o entendimento de que a manutenção da pena, por meio de nova fundamentação extraída de elementos constantes na sentença condenatória, não implicaria violação ao princípio do *non reformatio in pejus*.

A referida posição foi exarada, por unanimidade, no julgamento do AgRg no HC n° 159.349/PB,²² caso em que, no primeiro grau, as consequências do crime de atentado violento ao pudor foram avaliadas em desfavor do acusado, sob a vaga justificativa de se demonstrarem drásticas.

A irresignação defensiva, quando da interposição do apelo, partiu do caráter genérico da mencionada fundamentação, o que foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, que concordou que as consequências drásticas para a vítima seriam elementos inerentes ao tipo penal em apreço. Contudo, o órgão recursal, na mesma oportunidade, se opôs à redução da reprimenda, uma vez que, nos autos, restou comprovado que a vítima teve que ser submetida a tratamento psicológico prolongado, o que ensejaria, idoneamente, a avaliação, em desfavor do réu, da circunstância em voga.

Insatisfeita com tal desfecho, a defesa impetrou *habeas corpus*, remédio constitucional “destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, liberdade de ir, vir, parar e ficar” (Silva, 2005, p. 445) e cabível, nos termos estabelecidos pelo inciso LXVIII do art. 5° da CRFB, sempre que alguém sofrer ou se considerar ameaçado de sofrer violação, por ilegalidade ou abuso de poder, em seu direito à liberdade de locomoção.

Na ocasião, alegou-se violação ao *non reformatio in pejus*, argumento não acolhido pelo relator, que, no bojo de seu voto, vinculou-se à jurisprudência anterior do STF acerca da matéria – especificamente o HC n° 99.972/PR²³ e o RHC n° 118.658/SP²⁴ –, nos quais se entendeu, resumida e coincidentemente, que o apelo defensivo devolve integralmente o conhecimento da causa do tribunal, nos limites em que impugnada, podendo o órgão recursal confirmar, rechaçar ou alterar os motivos da sentença apelada, desde que não agrave, ou seja, piore, a situação do réu.

²² HC 159349 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 06/05/2019, DJe 16/05/2019.

²³ HC 99972, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe 13/09/2011.

²⁴ RHC 118658, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 02/06/2014.

Apesar de tais fundamentos, posição distinta é a sustentada, acerca da mesma questão, pelo STJ, que entende que, em caso de recurso exclusivo da defesa, o tribunal *ad quem* não pode alterar ou inovar quaisquer dos fundamentos utilizados, a fim de justificar a valoração negativa de qualquer elemento da dosimetria da pena, de forma que, o fazendo, estaria incorrendo em violação ao *non reformatio in pejus*.

O entendimento em voga foi exarado, por unanimidade, quando da apreciação do HC nº 334.597/AL,²⁵ no qual o relator consignou que a proibição da reforma em prejuízo do réu é a derivação do princípio *favor rei* e que, acaso o tribunal, no julgamento do apelo defensivo, exclua a valoração negativa de alguma circunstância judicial do art. 59 do CP, a redução da pena seria consectário lógico de tal decisão, ao passo em que sua manutenção se equipararia ao agravamento.

Diante desse contexto, vê-se que o ordenamento jurídico convive, atualmente, com jurisprudências conflitantes, situação que, além de se mostrar um risco à noção de segurança jurídica, ameaça a tese de coerência do ordenamento jurídico, se consubstanciando em uma espécie de “antinomia judicial”.

É verdade que não se pode olvidar que a referida expressão, cunhada por Norberto Bobbio, segundo o qual o Direito é um sistema dinâmico, em que os entes constituintes devem, necessariamente, interagir em um relacionamento de coerência entre si (Bobbio, 1995, p. 71), foi desenvolvida a partir da análise de normas propriamente ditas, e não de precedentes judiciais.

Contudo, hodiernamente, é cediço que o ordenamento jurídico não se exaure na legislação positivada, mas é composto também por fontes outras, dentre as quais se inclui a jurisprudência, razão pela qual proceder à associação em voga se torna possível.

Do exposto, pode-se consignar que o conflito jurisprudencial em análise não implica, taxativamente, a existência de uma visão correta e outra equivocada, vez que, conforme se demonstrará a seguir, se trata de um problema de origem hermenêutica, de modo que existem argumentos que corroboram para as duas teses apreciadas. Isso não significa, contudo, que a presente análise se eximirá de indicar qual dos posicionamentos aqui estudados se mostra mais adequado à realidade jurídica brasileira.

²⁵ HC n. 334.597/AL, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 15/5/2018, DJe de 29/5/2018.

4.2 INTERPRETAÇÃO DECLARATIVA OU INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DA LEI PENAL: UMA QUESTÃO DE HERMENÊUTICA JURÍDICA

A hermenêutica jurídica é o ramo da Teoria Geral do Direito que se destina ao “estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (Maximiliano, 1961, p. 13). A razão de ser dessa ciência reside, pois, no reconhecimento de que, embora inegavelmente importante, o texto positivado não pode ser considerado perfeito e autossuficiente, mas, para ser bem aplicado aos casos concretos, exige ser adequadamente interpretado, a fim de que seja encontrada a *mens legis*.

Sinteticamente, a hermenêutica jurídica é classificada com base em três parâmetros: quanto às fontes, pode ser autêntica, doutrinária e judicial; quanto à natureza, pode ser gramatical, lógica, sistemática, ontológica, histórica e teleológica; e, quanto aos resultados, pode ser declarativa, restritiva e extensiva.

O que se busca, no presente tópico, é conceituar, de forma breve, cada um desses parâmetros, a fim de que se torne possível classificar as interpretações adotadas pelo STF e pelo STJ no julgamento dos casos supramencionados.

No que tange às fontes, há que se esclarecer que a interpretação será chamada autêntica quando o significado do texto legal for estabelecido pelo próprio legislador ou por outro ato de natureza normativa; será denominada doutrinária a interpretação que é realizada por autores e estudiosos do ramo jurídico, ao longo de suas obras; e, por último, será classificada como judicial a interpretação que decorrer de entendimentos exarados pelos órgãos jurisdicionais.

Em relação à natureza, seis são as possibilidades de classificação da interpretação das leis, a saber: gramatical, quando o significado é extraído a partir de elementos linguísticos; lógica, quando o significado é obtido por meio da análise da lei em seu conjunto; sistemática, quando o significado é resultante da análise de todo o ordenamento jurídico em que o dispositivo se insere; ontológica, quando o significado decorre da essência da lei; histórica, quando o significado é compreendido por meio das razões pelas quais a legislação foi criada; e teleológica, quando o significado advém das exigências sociais.

Por derradeiro, quanto ao resultado, a hermenêutica será considerada declarativa nos casos em que se concluir que o disposto no texto legal corresponde, exatamente, ao pensamento do legislador; restritiva nas hipóteses em que se compreender que a lei escrita quer dizer menos do que o legislador intencionou; e extensiva quando se entende que a norma positivada acaba por dizer mais do que o legislador dispôs.

Ainda que breves, essas considerações acerca do processo interpretativo são suficientes para que se possa proceder à classificação dos entendimentos jurisprudenciais que figuram como pedra angular do presente trabalho. Esclareça-se, porém, desde logo, que não se objetiva, neste momento, elaborar juízos valorativos acerca da assertividade, ou não, de cada entendimento; na verdade, está-se, tão somente, constatando os substratos interpretativos adotados por cada um dos tribunais superiores.

Quanto à fonte, não são necessárias maiores considerações para se concluir que os dois entendimentos em apreço são espécies de interpretações judiciais, dado que emanados por órgãos jurisdicionais, ou seja, entes estatais “encarregados de promover a pacificação de conflitos, mediante a realização do direito justo e através do procedimento” (Cintra; Grinover; Dinamarco, 2011, p. 155).

Cenário distinto é o que se verifica em relação à natureza das referidas interpretações, bem como quanto aos seus respectivos resultados. Ora, conforme se demonstrará a seguir, o STF procedeu a uma análise gramatical do dispositivo legal, concluindo por uma interpretação restritiva; o STJ, por sua vez, fez uso de uma análise ontológica, entendendo que a hermenêutica do art. 617 do CPP seria do tipo extensiva.

Quanto à posição do Supremo, o que se percebe é que este órgão julgador, ao apreciar a questão, entendeu que, no artigo ora analisado, o vocábulo “agravamento” significa exata e estritamente aumento do prejuízo, o que se equipara ao significado gramatical do termo, que, nos dicionários, é colocado como um substantivo que designa uma ação de agravar, verbo que, por sua vez, indica uma ação de tornar pior ou exacerbar um mal.

Ressalte-se, que, neste momento, não se está procedendo a juízos valorativos acerca da assertividade, ou não, de tal posicionamento – o que será feito no tópico seguinte – mas, por ora, está-se apenas verificando seus substratos interpretativos. *In casu*, vê-se que o resultado da hermenêutica foi uma interpretação declarativa, alcançada por meio do método gramatical, que conclui que a *mens legis* do art. 617 do CPP corresponde exatamente ao que foi escrito pelo legislador, isto é, que somente existe a proibição do endurecimento da sanção imposta ao réu.

Por outro lado, o entendimento emanado pela Corte Superior, de natureza ontológica, ou seja, que considera que o significado de determinado dispositivo – no caso, o art. 617 do CPP – é extraído pela *ratio legis*, isto é, pela essência do diploma legal, uma vez que parte da associação com o princípio do *favor rei*, o qual determina que, em caso de dúvidas, a legislação penal deve ser interpretada da forma mais favorável ao acusado (Capez, 2012, p. 84).

De acordo com essa perspectiva, o órgão jurisdicional não poderia, em caso de recurso exclusivo da defesa e de procedência dos argumentos recursais, agir de qualquer forma senão *in bono pro reo*, sendo vedada a inovação na fundamentação a fim de manter a situação penal do acusado. Assim, pode-se dizer que o STJ adotou conclusão extensiva, que transcende o disposto, de forma literal, no texto positivado.

4.3 A HERMENÊUTICA JURÍDICA APLICÁVEL AO ART. 617 DO CPP

O que se percebe é que, à primeira vista, o problema que figura como objeto da presente análise reside no significado normativo atribuído ao termo “agravamento”, trazido pelo controverso art. 617 do CPP. Embora, de fato, este seja o primeiro aspecto a ser considerado, neste trabalho, ao se analisar a hermenêutica jurídica aplicável ao referido dispositivo, não é o único.

Aqui, opta-se por se realizar uma análise trifatorial, que considera, além do supramencionado aspecto, sobre o qual se discorrerá à luz da noção de segurança jurídica, a dupla dimensão da situação penal do acusado e, ainda, a aplicação sistemática dos princípios processuais penais.

Como visto, há argumentos aceitáveis para as duas correntes jurisprudenciais, o que não significa, todavia, que este estudo se eximirá de indicar não apenas aquela que se mostra mais acertada, mas também as razões que levaram a tal entendimento.

Fundamento consistente para basear a interpretação restritiva do dispositivo em comento é a de que ela é aquela que mais se coaduna à noção de segurança jurídica, princípio constitucional que, a despeito de suas poucas menções explícitas, está contido no *caput* do art. 5º da Constituição e figura como corolário do Estado Democrático de Direito, vez que é responsável por garantir um ambiente jurídico estável, ou seja, fundado em leis e decisões previsíveis. É em razão deste paradigma que “o indivíduo não só conhece aquilo que pode e não pode fazer e as consequências da eventual violação da norma, mas também sabe que o Estado nunca o surpreenderá” (Dimoulis, 2011, p. 86-87).

É bem verdade que as normas jurídicas não são unívocas, mas comportam uma pluralidade de significados, de modo que:

a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. (Kelsen, 1999, 247)

Como se vê, a multivocidade das normas é fato reconhecido até pelos mais positivistas dos teóricos do Direito. Inobstante, é imperioso que “a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica” (Kelsen, 1999, p. 251), pois, conquanto os órgãos jurisdicionais atuem dentro de uma margem de discricionariedade, ela deve ser limitada pela norma posta, que figura como uma moldura que limita o ato de vontade, ou seja, a esfera de subjetividade, do julgador. Veja-se:

O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. (Kelsen, 1999, p. 247)

Nesse passo, considera-se que a excessiva flexibilização do significado normativo de determinados termos pode ser um caminho perigoso. No caso analisado pelo presente estudo, nota-se que o legislador, ao fazer uso do termo “agravamento”, quis designar o estado de piora da situação penal do acusado e que, acaso quisesse vedar, também, a manutenção daquela, em razão de novos fundamentos, teria incluído um parágrafo no próprio art. 617 do CPP, indicando essa ressalva.

O que se vê é que, ao estender o sentido do termo agravamento, a fim de abarcar, também, tal hipótese, não explicitada no texto positivado, o Poder Judiciário passa a invadir a competência do Poder Legislativo, fato que não pode ser relativizado em nome das consequências produzidas, nem mesmo quando estas culminam um cenário mais benéfico para o réu.

Permitir que o órgão jurisdicional exerça o papel de legislador é algo que colocaria em xeque não apenas a ideia de tripartição dos poderes – ao passo em que institucionalizaria não a interdependência entre o Judiciário e o Legislativo, mas a prevalência do primeiro em face do segundo –, como também a liberdade dos indivíduos, haja vista que:

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado dos Poderes Legislativo e Executivo. Se estivesse unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (Montesquieu, 2000, p. 168)

Isso não significa, todavia, que o fato de o termo “agravamento” ser, de fato, sinônimo de piora, implique na assertividade do posicionamento segundo o qual a inovação de fundamentos, por parte do segundo grau de jurisdição, não implique na violação ao *non reformatio in pejus*.

Como se demonstrou anteriormente, inclusive por entendimento sumulado, ao fazer uso da expressão “pena”, na parte final do art. 617 do CPP, o legislador se valeu da sinédoque, sendo certo que este termo abrange, na verdade, o estado penal do acusado como um todo. Prova disso é que, doutrinariamente, a *reformatio in pejus* é definida como “a possibilidade do tribunal prejudicar a situação processual penal do réu, em virtude de recurso da defesa” (Capez, 2012, p. 777) – e não apenas a pena.

Assim, o referido termo não pode ser analisado de forma tão restrita que se limite ao seu aspecto quantitativo, ou seja, à quantidade de punição imposta ao réu. Ora, se esta fosse a intenção da norma, o legislador, muito provavelmente, teria vedado diretamente o aumento, e não o agravamento, da pena.

Contudo, o que se percebe é que a *mens legis* do art. 617 do CPP abrange, também, o aspecto qualitativo do estado penal do réu, de modo que, sob este prisma, não caberia ao segundo grau suprir o erro de fundamentação constante na sentença condenatória, que incorreu em violação ao princípio da motivação das decisões judiciais, sob pena de restarem ofendidas, também, outros axiomas que devem perpassar todas as fases da persecução penal.

Nessa toada, conforme lecionado por Antonio Magalhães Gomes Filho (2013, p. 41), o princípio da motivação das decisões judiciais é uma espécie de garantia de segundo grau – também chamada de garantia das garantias –, vez que possui o condão de assegurar a efetividade das de outros direitos processuais, como o juiz natural, a imparcialidade, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa.

A ofensa ao referido princípio, quando da prolação da sentença condenatória fundada em razões inidôneas, é cristalina e já fora exaustivamente demonstrada ao longo deste estudo. Ocorre que, ao suprir tal deficiência, ao invés de reconhecer a nulidade do ato decisório não fundamentado, como preceitua o art. 564, V, do CPP,²⁶ o segundo grau acaba por violar, também, as garantias que dele decorrem.

Especificamente em relação ao duplo grau de jurisdição, mencione-se que sua consequência direta é:

conferir sempre à defesa pelo menos uma oportunidade de reexame das decisões desfavoráveis que possam afetar os direitos fundamentais dos acusados; e, sob a ótica das garantias, tal reexame não deve estar limitado às questões de direito decididas, como previsto em alguns sistemas, pois é justamente na apreciação errônea ou deficiente dos fatos que se encontram as mais sérias violações dos mencionados direitos (Gomes Filho, 2013, p. 41).

²⁶ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:
V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

Essa necessária oportunidade de reexame das decisões desfavoráveis, no caso de inovação fática, pelo segundo grau, restaria afrontada, ainda que os novos fundamentos derivassem de fatos já discutidos ao longo da ação penal. Isso porque esses fatos, apesar de conhecidos, por não terem sido utilizados em prejuízo do acusado quando da prolação da sentença condenatória, possivelmente não foram – e nem teriam que ser – objeto de discussão quando da interposição do apelo.

Assim, mesmo que a defesa se insurgisse contra eles por meio de outras vias recursais, como os embargos de declaração, se estaria diante de um risco iminente de o órgão julgador não conhecer o recurso, dado que a jurisprudência pátria é pacífica no sentido que a matéria não discutida na apelação é atingida pela preclusão, instituto que consiste na perda de uma faculdade processual (Capez, 2012, p. 63).

Nesse diapasão:

[...] 3. Mostra-se incabível a análise do pedido de afastamento da causa de aumento de pena prevista no art. 155, § 1.º, do Código Penal, pois, ao julgar os embargos declaratórios opostos pelo Sentenciado, a Corte local deixou de analisar a matéria, por entender que a tese defensiva configurava inovação recursal. E, de fato, “[é] incabível a inovação recursal em embargos de declaração, pela preclusão consumativa” (STJ, EDcl no REsp n. 1.973.397/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe 18/10/2022). Assim, afigura-se inviável o exame do pleito defensivo, de forma originária, por esta Corte Superior de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. [...] (AgRg no HC n. 792.901/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 31/3/2023).

Ademais, vale mencionar que o descabimento de inovação na fundamentação, pelo segundo grau, é entendimento pacífico da jurisprudência no que se refere às decisões relacionadas à prisão preventiva.

Sobre o tema, entende o STJ que: “Não é dado ao Tribunal estadual agregar fundamentos não presentes na decisão do Juízo singular, sob pena de incidir em indevida inovação.”²⁷ Como se vê, não cabe ao tribunal, na tentativa de conferir validade à decisão desmotivada, inovar na fundamentação a fim de manter a custódia preventiva do réu.

Assim, considerando-se que as garantias em voga, bem como que a imposição da nulidade dos atos desprovidos de fundamentação devem perpassar todo o processo penal, diversa não pode ser a posição sustentada em relação a tal possibilidade, em se tratando de sentença condenatória, sob pena de a aplicação dos princípios processuais ser feita sem paridade ao longo da ação penal.

²⁷ RHC n. 68.375/RS, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 7/4/2016, DJe de 19/4/2016.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A fixação da pena é um tema de particular importância na seara processual penal, vez que culmina, diretamente, na restrição de um dos bens jurídicos mais sensíveis que o ordenamento tutela: a liberdade. Do impacto dessa temática, nasceu o presente estudo, que pretendeu, à luz de uma revisão bibliográfica, dar relevância ao conflito jurisprudencial acerca dos limites impostos, pela vedação à *reformatio in pejus*, ao segundo grau de jurisdição quando do trânsito em julgado, da sentença condenatória, para a acusação.

De início, optou-se por analisar a origem do problema estudado, que reside na violação, por parte do primeiro grau de jurisdição, do dever de fundamentação das decisões judiciais. Restou esclarecido que, apesar de a legislação trazer um procedimento bem definido para a dosimetria da pena, consistente em três etapas, é comum encontrar sentenças que, por serem carentes de fundamentação ou fundamentadas de forma inidônea, acabam por violar as garantias constantes dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, ambos da Constituição, que vedam a fixação da pena de forma padronizada ou estandardizada.

A título de Direito Comparado, mencionou-se que tais garantias, vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, têm encontrado, na inteligência artificial, um terreno fértil para suas violações, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, país onde alguns estados adotam, para o cálculo dosimétrico da pena, o sistema denominado COMPAS. Quanto a este ponto, foram tecidas breves críticas, uma vez que, além de fria para lidar com questões tão sensíveis como a liberdade, a artificialidade é um instrumento passível de ser usado para perpetrar discriminações históricas, como o racismo.

Entende-se que o procedimento humano é, de fato, a melhor via de fixação da pena, o que não significa, porém, que seja desprovido de falhas. Na verdade, são os erros cometidos por julgadores do primeiro grau, quando da avaliação das circunstâncias judiciais elencadas pelo art. 59 do Código Penal, que geram toda a problemática sobre o qual se debruça o presente trabalho.

Ora, o fato de as apelações criminais – espécie de recurso cabível contra as sentenças condenatórias ou absolutórias, nos termos do art. 593, I, do Código de Processo Penal – quase sempre pleitearem, única ou subsidiariamente, a reforma da primeira etapa da dosimetria, é que culmina na discussão acerca dos limites impostos ao segundo grau de jurisdição quando do julgamento dos apelos.

Destacou-se, dentre outras questões, que vigora, no ordenamento jurídico brasileiro, quando de apelo interposto pela acusação, o sistema do benefício comum, ou seja, a

possibilidade de que qualquer das partes se beneficie com aquele recurso. Entretanto, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, ou seja, quando se verifica o trânsito em julgado para o polo acusatório, vigora a vedação à *reformatio in pejus*, o que significa que, por força do art. 617 do CPP, o réu não pode ter sua pena agravada quando somente ele tiver recorrido da sentença.

Nessa conjectura é que surge a dissonância que figura como objeto central do presente estudo: é possível que o segundo grau, corrigindo a fundamentação reconhecidamente inidônea, utilizada na primeira fase da dosimetria, mantenha a pena do acusado ou, o fazendo, afrontaria a proibição supramencionada?

Responder a tal indagação não foi tarefa fácil; inclusive, é por existirem argumentos consistentes para as duas posições que as instâncias especiais do ordenamento jurídico brasileiro proferiram posicionamentos conflitantes sobre o tema. Apesar disso, o estudo não se eximiu de indicar o entendimento que considera mais acertado, tendo, para tanto, se baseado tanto na Teoria Geral do Direito, quanto nas normas processuais penais.

Inicialmente, destacou-se que a excessiva flexibilização do significado normativo de determinados termos, especificamente do substantivo “agravamento”, que designa piora, é um caminho perigoso, vez que o julgador não pode invadir a competência legislativa e acabar por atuar fora da moldura imposta pelo texto positivado.

Contudo, também se ponderou que, acaso a *mens legis* do art. 617 do CPP se restringisse à vedação da quantidade da pena do acusado, a tendência seria de que, no próprio dispositivo, ao invés de se proibir o agravamento da pena do acusado, teria se vedado tão somente o aumento da reprimenda. Diante disso, o que se conclui é que a expressão “pena” se trata de uma sinédoque que designa a situação penal do réu como um todo, não podendo, pois, ser analisada somente do ponto de vista quantitativo, mas devendo ser percebida, também, em seu aspecto qualitativo, a partir do qual a alteração da fundamentação, pelo tribunal, implica não somente na piora do estado do acusado, mas na ofensa a princípios basilares do processo penal.

Ora, se, eventualmente, o segundo grau viesse a inovar na fundamentação negativa das circunstâncias judiciais, ainda que se baseando em fatos mencionados ao longo do processo, mas não utilizados, na sentença, em desfavor do réu, o acusado estaria diante de uma decisão nova e não questionável em outro grau de jurisdição, haja vista que o tema, por óbvio, não pôde ser debatido em sede de apelação e poderia ser considerado, na eventual interposição de embargos, como precluso.

Restou demonstrado, portanto, que, da violação à motivação das decisões, decorrem as afrontas ao contraditório, à ampla defesa e ao duplo grau de jurisdição, o que corrobora com a ilibada afirmação de que:

acima de tudo, as garantias em questão não apenas se somam ou justapõem, mas se articulam em relações mais complexas; na verdade, há entre elas uma interpenetração recíproca, de tal modo que umas conferem efetividades às outras e são também por estas reforçadas, dando lugar a um sistema circular apto a assegurar, em níveis cada vez mais elevados, a proteção do indivíduo por meio do processo. (Gomes Filho, 2013, p. 29)

Outrossim, não se pôde deixar de mencionar a consagrada posição jurisprudencial de que, em julgamento de *habeas corpus* impetrado contra a motivação utilizada para embasar a prisão preventiva, indevida seria a inovação de fundamentos, a fim de manter a custódia, por parte do órgão julgador. Dessa forma, tendo em vista que os princípios processuais penais devem ser aplicados de forma uniforme ao longo da persecução, posição diversa não se sustenta quanto à atribuição de novos fundamentos, em prejuízo do réu, no julgamento do apelo, situação que culminaria na violação ao *non reformatio in pejus*, ao passo em que agravaria, qualitativamente, a situação penal do acusado.

Assim, o que se conclui é que, a partir do duplo aspecto – quantitativo e qualitativo – que caracteriza a situação penal do acusado, e da análise sistemática dos princípios que baseiam o processo penal, que a *mens legis* do art. 617 do CPP torna defeso que o segundo grau de jurisdição, em caso de recurso exclusivo da defesa, inove na fundamentação atribuída à valoração negativa das circunstâncias judiciais, a fim de manter a quantidade de pena fixada por um édito condenatório fundado em motivação reconhecidamente inidônea.

REFERÊNCIAS

- AGRA, Júlia Monteiro Lucena. Inteligência artificial e a dosimetria da pena: robôs racistas? **Revista Juristas**, 2021. Disponível em: <https://juristas.com.br/2021/01/28/inteligencia-artificial/>. Acesso em: 11 set. 2023.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Manual dos recursos penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRANDÃO, Cláudio. Significado político-constitucional do Direito Penal. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 195-213, jan./jun. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/312>. Acesso em: 11 set. 2023.
- BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 11 set. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 13 mar. 2023.
- BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Problemas basicos del derecho penal**. Madrid: Reus, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TONIOLO, José Ernesto. A evolução do conceito de reformatio in pejus e a sua proibição no sistema recursal do processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 41, n. 254, p. 257-280, abr. 2016. Disponível em:
http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.254.13.PDF. Acesso em: 11 set. 2023.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2002.