

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

Laura Damo da Cruz

**CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA PARA O
ESTUDO DA *REFORMATIO IN PEJUS* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Porto Alegre

2015

LAURA DAMO DA CRUZ

**CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA PARA O
ESTUDO DA *REFORMATIO IN PEJUS* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Departamento de
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da
Silva

Porto Alegre

2015

LAURA DAMO DA CRUZ

**CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA PARA O
ESTUDO DA *REFORMATIO IN PEJUS* NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Departamento de
da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
como requisito parcial para a obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Aprovada em 1º de julho de 2015.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Pablo Rodrigo Alflen da Silva,
Orientador

Professor Doutor Mauro Fonseca Andrade

Professor Doutor Marcus Vinicius Aguiar Macedo

RESUMO

A vedação de *reformatio in pejus* coloca-se no processo penal moderno em decorrência de princípios fundamentais à sua estruturação, tais como a proibição de o juiz agir de ofício e a garantia de ampla defesa. A proibição de o juiz agir de ofício estende-se à disciplina recursal por meio do *tantum devolutum quantum appellatum*, segundo o qual só é devolvida ao Tribunal a matéria impugnada pelo recorrente. Assemelham-se, nesse aspecto, os processos civil e penal, ainda que apenas no primeiro a doutrina tenha de fato se desenvolvido para delimitar o efeito devolutivo do recurso. Embora as teorias italianas e brasileiras sobre os capítulos de sentença tenham fixado sua sede sistemática de estudo na teoria da sentença, tiveram como principal objetivo esclarecer qual o conteúdo da matéria impugnada pelo recurso. Por capítulos de sentença deve-se entender as distintas partes de que se compõe o seu dispositivo. Na sentença que condena o réu ao pagamento de valor pecuniário ou à pena privativa de liberdade, o objeto do processo é decomponível, por sua natureza, em unidades. As unidades do objeto decomponível podem constituir capítulos de sentença, podendo o recorrente repropor em segunda instância apenas uma parte da demanda inicialmente oferecida ou resistida. Na sentença condenatória penal, o valor da condenação é arbitrado mediante um rígido procedimento legal de quantificação da pena. Em razão do modelo de discricionariedade vinculada estabelecido pelo Código Penal, cada circunstância judicial legal valorada pelo julgador reflete imediatamente no montante final de pena aplicada. Em face do modelo legal de justificação da pena, cada unidade decomposta da condenação penal encontra-se vinculada a determinada(s) circunstância(s). Os capítulos da sentença condenatória penal são dependentes das circunstâncias judiciais e legais valoradas pelo juízo sentenciante. Em recurso exclusivo do réu, não pode o Tribunal readequar a pena, tornando desfavoráveis ao réu as circunstâncias consideradas positivamente pelo juízo de primeiro grau. A readequação da pena em recurso da defesa implica em *reformatio in pejus* indireta. Não obstante essa constatação, setor majoritário do Superior Tribunal de Justiça entende que o recurso do réu em face de sentença condenatória penal devolve integralmente o conteúdo desta. Segundo essa jurisprudência, a extensão do efeito devolutivo do recurso é medida com relação a cada ofensa penal imputada a um réu. Operada pela doutrina processual penal italiana, a identificação de capítulos da sentença penal com a integralidade das decisões relativas a cada delito é incapaz de acomodar a faculdade, reconhecida pela prática, que o réu tem de não recorrer quanto ao reconhecimento de sua responsabilidade pelo delito. Embora em menor quantidade de julgados, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça a ocorrência *reformatio in pejus* em face da readequação da pena pelo Tribunal, em julgamento de recurso exclusivo da defesa.

Palavras-chave: *Reformatio in pejus*. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Efeito devolutivo dos recursos. Profundidade. Extensão. Capítulos de sentença. Aplicação da pena. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The prohibition of *reformatio in pejus* finds its way into the modern criminal procedure due to principles that are fundamental to its structure, such as the ban on the judge's prerogative to act *ex officio* and the right to a full defense. The ban on the judge's prerogative to act *ex officio* extends itself to the appeal theory by means of the *tantum devolutum appellatum quantum*, according to which it is returned to the Court only the matter contested by the appellant. In this respect the civil and criminal proceedings are similar, even though it is only in the former that the doctrine has developed to delimit the devolutive effect of the appeal. Although the Italian and Brazilian theories about sentence chapters have established their systematic headquarters in sentence theory, they were designed primarily to clarify the content of the matter contested by the appeal. By "sentence chapters" one refers to the distinct parts that compose the operative part of the sentence. In the sentence which condemns the defendant to pay monetary value or to deprivation of liberty, the object of the action is decomposable, by its nature, in units. The units of the decomposable object may constitute sentence chapters, the appellant being able to evoke on appeal only part of the initially offered or resisted demand. In a criminal conviction, the value of the conviction is arbitrated by a rigid legal procedure of penalty quantifying. Due to the bounded discretion model established by the Penal Code, each legal judicial circumstance valued by the judge reflects immediately in the final amount of incurred penalty. In view of the penalty legal justification model, each decomposed unity of the penalty is linked to a particular circumstance. The condemnatory penal sentence chapters depend on the judicial and legal circumstances valued by the sentencing judgment. In the case of a defendant's exclusive appeal, the Court can not readjust the penalty making unfavorable to the defendant the circumstances valued positively by the first degree court. The readjustment of the penalty in the case of a defendant's appeal yields indirect *reformatio in pejus*. Despite this finding, the major sector of the Superior Court of Justice believes that the defendant's appeal in face of a condemnatory penal sentence fully returns its content. According to this case-law, the extent of the devolutive effect of the appeal is measured with respect to each criminal offense imputed to a defendant. Operated by Italian criminal procedure doctrine, the identification of penal sentence chapters with the whole decision with respect to each criminal offense is unable to account for the defendant's capacity, recognized by the practice, to appeal not with respect to the recognition of his responsibility for the offense. A lesser amount of decisions by the Superior Court of Justice have already recognized the occurrence of *reformatio in pejus* in face of the readjustment of the penalty by the court in the judgment of a defendant's exclusive appeal.

Key-words: *Reformatio in pejus*. *Tantum devolutum quantum appellatum*. Devolutive Effect of the Appeal. Profundity. Extension. Sentence Chapters. Penalty Application. Superior Court of Justice

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 A REGRA DA “NE REFORMATIO IN PEJUS” NO PROCESSO PENAL.....	9
2.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS.....	9
2.1.1 Sistema inquisitivo.....	10
2.1.2 Sistema acusatório formal.....	11
2.1.3 Sistema acusatório puro e a opção constitucional brasileira.....	12
2.2 O DEVIDO PROCESSO PENAL E A SISTEMÁTICA DE RECURSOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	14
2.2.1 O princípio do favor rei.....	16
2.2.2 A ampla defesa e o contraditório.....	18
2.2.3 Observações sobre a sistemática recursal no processo penal.....	20
2.3 O PRINCÍPIO NE REFORMATIO IN PEJUS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
2.3.1 Relação entre o sistema acusatório e o princípio “ne reformatio in pejus”.....	24
2.3.2 A “ne reformatio in pejus” no direito processual penal brasileiro.....	27
2.3.3 A readequação da pena pelo Tribunal pode constituir violação ao princípio “ne reformatio in pejus”?.....	29
3 A TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA.....	31
3.1 OS CAPÍTULOS DE SENTENÇA NA DOCTRINA PROCESSUAL CIVIL.....	31
3.1.1 Escorço histórico das teorias de capítulos de sentença.....	32
3.1.2 A teoria de capítulos de sentença de Cândido Rangel Dinamarco.....	36
3.2 O MÉTODO TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA.....	47
3.2.1 Princípios reitores da aplicação da pena.....	47
3.2.2 Critérios legais da individualização da pena no direito brasileiro.....	51
3.2.3 Conclusões preliminares sobre o método trifásico. A possibilidade de o Ministério Público interpor recurso em face de sentença penal condenatória.....	61
3.3 CAPÍTULOS DA SENTENÇA PENAL.....	64
3.3.1 A divisão em capítulos da sentença penal: considerações iniciais.....	64
3.3.2 O problema da decomponibilidade do objeto de condenação.....	68
4 A READEQUAÇÃO DA PENA PELO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA E A VEDAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS: CASOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	74
4.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO E PANORAMA GERAL.....	74
4.2. OS JULGADOS SELECIONADOS.....	77
4.2.1 Julgamento do habeas corpus nº 187.081/MS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 27/11/2012.....	77

4.2.2 Voto divergente da Ministra Maria Thereza Assis Moura, no julgamento do habeas corpus nº 287.365, de Relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 04/12/2012.....	81
4.3.3 Julgamento do habeas corpus nº 277.853/AL, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 04/11/2014.....	83
5 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS.....	90

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como objeto de estudo a seguinte questão: recorrendo apenas a defesa em face de sentença penal condenatória, insurgindo-se contra a aplicação de determinada circunstância judicial ou legal, pode o Tribunal reconhecer assistir-lhe a razão e, no entanto, manter a pena no patamar determinado pela sentença de primeiro grau? Nesse sentido, pode o Tribunal readequar as circunstâncias judiciais e legais reconhecidas na sentença, em recurso exclusivo da defesa?

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça divide-se sobre o tema. Parte de seus acórdãos afirma que o Tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, não poderia, para manter a pena final no mesmo patamar estabelecido pela sentença, aduzir argumentos novos em detrimento da defesa. Nesse sentido, afirmam, inclusive, que a sentença não poderia ser alterada em absoluto em prejuízo do réu, quando apenas recurso defensivo houvesse. Outra igualmente significativa parte dos acórdãos, no entanto, inclina-se no sentido contrário, assentando que o Tribunal pode alterar a sentença, desde que sem ultrapassar o montante final de pena aplicada pelo juiz, em estrita leitura do artigo 617 do Código de Processo Penal. Finalmente, há posições no sentido de que, embora possa agregar fundamentação à sentença recorrida, não pode o Tribunal avaliar negativamente uma circunstância (judicial ou legal) assim não considerada pelo juízo sentenciante.

A relevância do tema é extraída, por um lado, da diversidade de posições existentes, porquanto o problema é objeto de viva controvérsia no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Outrossim, se dá em face da imediata repercussão prática que a sua resposta determina. Finalmente, a relevância é verificada em face da circunstância de que a sua solução depende do esclarecimento doutrinário de diversos conceitos do direito processual penal, tais como o princípio *ne reformatio in pejus*, o efeito devolutivo do recurso de apelação criminal e a própria sentença penal condenatória, que fixa a pena mediante etapas pré-definidas em lei.

A seu turno, o princípio “*ne reformatio in pejus*” apresenta-se como elemento inerente ao processo penal moderno, que se estrutura sobre a máxima do *favor rei*: é dizer que a proibição de reforma em prejuízo do réu se dá em razão da garantia de prevalência do interesse do réu em sua liberdade, em detrimento do interesse coletivo na repressão estatal.

Ademais, conquanto esteja delimitada expressamente no artigo 617 do Código de Processo Penal, cuida-se essa regra de uma decorrência do sistema acusatório, em face dos princípios, nele vigentes, do *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devolvido quanto apelado) e do *ne eat iudex ultra petita partium* (o juiz não pode ir além dos pedidos das partes).

Nesse contexto, sendo a *reformatio* uma infringência ao princípio que condiciona os limites da devolução ao âmbito de impugnação do recurso (*tantum devolutum quantum appellatum*), cumpre elucidar a que este se refere, isto é, cabe esclarecer qual o objeto impugnado pelo recurso e onde estão seus limites. Para essa tarefa recorre-se à doutrina processual civil, cujas teorias sobre a divisão da sentença em capítulos têm buscado elementos para se qualificar as partes da sentença das quais se pode recorrer - partes, desde então, denominadas capítulos.

2 A REGRA DA “NE REFORMATIO IN PEJUS” NO PROCESSO PENAL

A vedação “*ne reformatio in pejus*” encontra-se expressa no artigo 617 Código de Processo Penal:

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.

Essa regra estabelece que, se houver recurso apenas do réu, ainda que reconheça o Tribunal ter sido o juízo *a quo* benéfico na dosagem da pena, não poderá aumentá-la. Do mesmo modo, tendo o juízo de primeiro grau deixado de apreciar na sentença condenatória outro crime imputado ao réu, ausente recurso da acusação, não pode o Tribunal dele conhecer. É dizer: ausente recurso da acusação, não pode o réu ver agravada sua situação pelo Tribunal.

O presente capítulo visa demonstrar que, embora possua dispositivo específico no Código de Processo Penal, a vedação de *reformatio* liga-se a elementos essenciais do processo penal, decorrendo do próprio modo como este se articula.

2.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Conforme os princípios que os regem e sua estrutura procedimental básica, os diferentes modelos de processo penal têm sido organizados em três principais *sistemas processuais*: sistema acusatório, sistema inquisitivo e sistema misto. Tal esquematização é criticada por importante setor da doutrina por ser historicamente imprecisa^{1 2}, ou por incluir no sistema acusatório características que não lhe são inerentes, tais como a impossibilidade de o juiz tomar iniciativa na condução do processo e na gestão das provas³. Não obstante, a

¹AMBOS, Kai. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades alemã e brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 9-10

²A esse aspecto alude também Mauro Fonseca Andrade, aduzindo que o conjunto de garantias do réu comumente atribuídas ao sistema acusatório encontram-se presentes também nos sistemas misto e inquisitivo. (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008, p. 455)

³GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.7, n.27, p. 71-79, jul. 1999.

classificação ora apresentada forma conjuntos principiologicamente coerentes, tendo-se como atual intuito demonstrar a relevância do sistema acusatório.

2.1.1 Sistema inquisitivo

O sistema inquisitivo, embora tenha suas raízes na Roma Imperial, desenvolve-se durante a Idade Média no interesse de esclarecer delitos capitais. Assim, a partir do século XIII, no processo canônico, passa a preponderar sobre o processo acusatório o processo inquisitivo, que até então era acolhido excepcionalmente⁴. Historicamente, a mudança de paradigma é justificada, de um lado, pelo fortalecimento do Estado, que arroga para si a administração da justiça⁵; de outro, porque as relações tornavam-se mais complexas e a prevenção da criminalidade – representada então pela justiça penal – não era mais suportada pelo processo acusatório privado, em que a função de acusar era delegada aos particulares⁶. O modelo inquisitivo perdura no continente europeu durante a Idade Moderna, vindo a declinar após a Revolução Francesa⁷. Hoje, é considerado um modelo histórico.

A principal característica deste processo é que o órgão julgante, normalmente um funcionário delegado pelo monarca absolutista, concentra as funções de acusar, julgar e defender, circunstância que compromete a sua imparcialidade no julgamento. Esta a característica central, que a doutrina aponta como necessária à qualificação do processo como dispositivo, embora acrescentando outras, observadas no mesmo período histórico: a) o procedimento é sigiloso; b) o acusado é objeto de investigações e não sujeito do processo, não tendo direito a ampla defesa ou contraditório; c) predomina o sistema de prova tarifada, que dá valor máximo à confissão – o que torna corrente a prática da tortura; d) o juiz pode assumir a posição da acusação quanto à apresentação das provas, tendo plena ingerência sobre estas ; e) o recurso de apelação devolve todo o conhecimento da causa a órgão hierarquicamente superior ao de primeira instância⁸.

Como se verá, nos Estados democráticos o processo inquisitivo foi superado pelo acusatório porque aquele era pouco capaz de garantir a imparcialidade do julgador, bem como

⁴AMBOS, Kai. **O processo acusatório ...**, cit., p. 10-26

⁵FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal** – teoria, crítica e práxis. 6ª Ed. Niterói: Editora Impetus, 2009, p. 61

⁶RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p.45

⁷AMBOS, Kai. **O processo acusatório...**, cit., p. 29

⁸FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal...**, cit., p. 62

de oferecer parâmetros de objetividade ao julgamento da causa⁹. Constatou-se, ademais, ser inviável a cumulação de funções num único órgão, revelando-se os equívocos de um processo no qual o acusado não poderia contar com garantias fundamentais mínimas contra o arbítrio do poder estatal. Destarte, foi a partir do aperfeiçoamento do processo inquisitivo que nasceu o processo acusatório moderno¹⁰, no qual a ação penal é, como regra, instaurada por órgão estatal criado especificamente para o desempenho dessa função¹¹, circunstância que, juntamente com outras, propicia uma estrutura processual mais apta a propiciar a tutela jurisdicional adequada ao caso concreto¹².

2.1.2 Sistema acusatório formal

Diz-se que pertence ao sistema misto ou acusatório formal o modelo de processo que se desenvolveu na Europa a partir da introdução do Code d'Instruction Criminelle na legislação francesa, em 1808¹³, época de Napoleão. Contemporaneamente, é adotado por diversos Países da Europa continental, como França e Espanha, bem como da América Latina, de que se pode citar a Venezuela¹⁴.

Quanto a seu procedimento, ele é constituído de duas fases distintas: uma instrução preliminar, na qual vigem os princípios do processo inquisitivo, inclusive com intervenção do juiz, em maior ou menor grau, e as investigações sendo conduzidas de forma secreta; e uma fase judicial, instaurada por acusação feita pelo Ministério Público ou órgão estatal afeito a essa função. Nesta segunda fase, prevalecem as garantias próprias do sistema acusatório, cujas características aborda o tópico 1.1.3¹⁵. Observa Jacinto de Miranda Coutinho que, na atualidade, não se pode falar em sistemas processuais puros, de modo que mesmo nos países onde nasceu o sistema acusatório ele sofreu atenuações, verificando-se, nesse sentido, uma tendência aos sistemas mistos.¹⁶

⁹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 46

¹⁰AMBOS, Kai. **O processo acusatório...**, cit., p. 10-26

¹¹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 48

¹²TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009t, p.123

¹³ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais...**, cit., p. 466

¹⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, cit., p. 22

¹⁵MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, cit., p. 22.

¹⁶COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.46, n.183, p. 103-115, jul./set. 2009.

É do fim do século XIV a criação do Ministério Público¹⁷, órgão criado pelo Estado para assumir o ônus da acusação, ficando em posição de igualdade com a defesa. Esta invenção, que possui como grande mérito resguardar a justiça pública criada nos Estados modernos sem comprometer a imparcialidade do juiz, não é, entretanto, típica do sistema misto, sendo ampla a sua presença em todo o sistema acusatório moderno¹⁸.

2.1.3 Sistema acusatório puro e a opção constitucional brasileira

Já se apontou que o presente trabalho toma por base uma classificação tradicional, que cria os sistemas processuais agrupando características não apenas por serem encontradas nos mesmos períodos históricos, mas principalmente em função de sua unidade lógica, isto é, da coerência com que se estruturam a partir de um princípio¹⁹. Nessa senda, tem-se vista que a presente classificação não é precisa quanto a seu aspecto histórico. A este respeito, entretanto, afirma-se que o sistema acusatório é aquele cujos primórdios são encontrados na Grécia antiga e na República romana, predominando no direito até a Alta Idade Média, tendo sido adotado principalmente pelos países anglo-saxônicos²⁰.

A principal característica desse sistema reside no fato de que as funções de julgar, acusar e defender são atribuídas a pessoas distintas (*actum trium personarum*), razão pela qual a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, não podendo o processo ser iniciado pelo juiz (*ne procedat iudex ex officio*)²¹.

Neste modelo, (i) as partes atuam em igualdade de condições, tendo como ônus provar suas alegações e dar azo à atuação jurisdicional; assim, (ii) o réu é visto como sujeito e não objeto de investigação do processo, o qual (iii) é informado pelos princípios do contraditório e da ampla defesa²². Por sua vez, (iv) o juiz deve permanecer inerte²³, distante

¹⁷RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 48

¹⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 4º volume. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 422.

¹⁹Mauro Fonseca Andrade refere que os sistemas são formados a partir da reunião, *ordenada e unificada*, de elementos fixos e variáveis no processo penal. (ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais...**, cit., p. 465)

²⁰FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal...**, cit., p.61

²¹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., 2006,

²²FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal...**, cit., p.60-61

²³A inércia do juiz é veementemente criticada por Ada Pellegrini Grinover, dentre outros, que afirma ser essa característica própria do *adversarial system*, e não do modelo acusatório. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.7, n.27, p. 71-79, jul. 1999.) Outros autores, no entanto, referem que a inércia deve ser compreendida como a manutenção da posição equidistante do juiz em relação às partes, sendo, nesse sentido, imprescindível ao sistema

frente ao conflito de alta relevância social colocado pelas partes, a fim de resguardar a sua imparcialidade para o julgamento. Por fim: (v) a regra é da publicidade dos atos processuais, admitindo-se o sigilo como exceção; (vi) o sistema de provas comumente adotado é o do livre convencimento ou, excepcionalmente, a íntima convicção²⁴.

São duas as principais críticas tecidas a essa classificação. Por um lado, em termos históricos, *processo acusatório* referir-se-ia exclusivamente à qualificação do processo quanto à iniciativa das partes, sem maiores considerações sobre as garantias emprestadas à imparcialidade do juiz ou aos direitos do réu²⁵. De outra banda, questões relativas à iniciativa do juiz na marcha processual e na gestão das provas não diriam respeito ao modelo acusatório em si, mas ao *adversarial*, típico dos sistemas anglo-saxônicos, com o qual não se confundiria²⁶. A propósito, a possibilidade de o juiz tomar iniciativa no campo probatório no âmbito do processo penal acusatório não é diretamente relevante para o objeto de estudo deste trabalho, razão pela qual não se lhe aprofunda.

Quer-se frisar, no entanto, a extrema importância que a mudança do sistema processual inquisitivo para o acusatório teve para com relação à característica de imparcialidade do órgão julgador. Mais do que com os atributos pessoais do julgador, esta relaciona-se com a estrutura do processo acusatório e o modo pelo qual ele atua, porquanto a separação inicial de funções tem como última razão a preservação da posição do julgador *supra partes*²⁷. Por essa razão é que parte da doutrina vai adiante, defendendo que a imparcialidade do juiz não é resguardada com a mera proibição de que este instaure o processo, mas depende de que este se mantenha nesta mesma posição durante todo o processo. Nesse sentido, afirma Geraldo Prado:

“Assim, a compreensão daqueles elementos que vão aos poucos, historicamente, integrar o sistema acusatório é o resultado da eliminação de outros elementos que não afetam o núcleo básico de um tipo característico do processo, isto é, aquele alicerçado na ideia da divisão, entre três diferentes sujeitos, das tarefas de acusar,

acusatório. (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.104-108)

²⁴RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. cit., p. 48-49

²⁵AMBOS, Kai. **O processo acusatório...**, cit., p. 10

²⁶Ada Pellegrini Grinover, distanciando-se da classificação tradicional de sistemas processuais, distingue o sistema acusatório, que se desenvolveu no direito continental, em especial até a Baixa Idade Média, do *adversarial*, próprio dos países anglo-saxônicos. Nesse sentido, sustenta que a vedação à iniciativa do juiz na marcha processual e na gestão probatória em nada tem a ver com o o sistema acusatório, mas apenas com o *adversarial*. (GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.7, n.27, p. 71-79, jul. 1999.)

²⁷RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 48

defender e julgar. (...) Por isso, a acusatoriedade real depende da imparcialidade do julgador, que não se apresenta meramente por se lhe negar, sem qualquer razão, a possibilidade de também acusar, mas, principalmente, por admitir que a sua tarefa mais importante, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação às quais se manteve, durante todo o tempo, equidistante.²⁸

A Constituição Federal de 1988 elege o sistema acusatório²⁹ através de uma série de dispositivos referentes às garantias do réu, que revelam a sua condição de sujeito de direitos dentro do processo penal. A primeira e mais importante disposição que relaciona o ordenamento jurídico brasileiro ao sistema acusatório é a promoção privativa pelo Ministério Público da ação penal pública (art. 129, I), tendo como exceção a garantia de direito do ofendido à ação privada subsidiária (art. 5º, LIX). Em seguida, são assegurados “o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Ademais, vigora o princípio da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX; art. 93, IX).

Aponta-se, entretanto, que o sistema processual brasileiro seria um modelo impuro ou temperado, mormente em razão de o Código de Processo Penal viabilizar ampla atuação da autoridade judiciária na fase de inquérito policial, marcando ali seu caráter inquisitivo³⁰.

2.2 O DEVIDO PROCESSO PENAL E A SISTEMÁTICA DE RECURSOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Em que pese o monopólio da administração da justiça pelo Estado seja criação da época do sistema inquisitório, foi acolhido no sistema acusatório por meio do reconhecimento de garantias ao acusado. Nesse sentido, o desenvolvimento do sistema acusatório e, posteriormente, da doutrina dos direitos humanos, através de diversos instrumentos internacionais, determinou uma verdadeira mudança de paradigma no que diz respeito ao tratamento do réu no processo penal, que passou a ser visto como sujeito de direitos³¹.

²⁸PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório...**, cit., p.104-108

²⁹MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. cit., p. 22

³⁰PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório...**, cit., p.175-176

³¹Rogério Lauria Tucci cita, como exemplos do reconhecimento internacional do acusado como sujeito portador de direitos, a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada pela ONU, em seu artigo X; a Convenção Europeia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º, 1; o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, no artigo 14, 1; e ainda a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8º, 1.(TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 199-200)

Com efeito, foram as ideias de igualdade e liberdade, apanágios do Iluminismo, que, adotadas então como princípios dos Estados democráticos, impuseram limites à intervenção estatal nas liberdades individuais³². Logo, passa a ser o processo um instrumento de proteção dos direitos fundamentais decorrentes da aplicação reflexiva de princípios instituídos pela Constituição do Estado, mormente os de liberdade e igualdade³³.

No processo moderno ou democrático, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito deve ser analisada pelo órgão jurisdicional. Destarte, o suspeito de cometer um crime, a que se comina a privação de liberdade, possui direito subjetivo material de invocar a prestação jurisdicional a fim de evitar tal consequência³⁴. Nesses termos, constitui-se a ação penal em um direito do cidadão, que exige para si proteção em face do *ius puniendi* do Estado.

Nesses termos, resta inequívoco o conflito de interesses em que se assenta o processo penal: trata-se de debate com vistas a resolver que pretensão deve prevalecer, se o interesse punitivo estatal ou a pretensão de liberdade do indivíduo (supostamente) violador da norma penal. Para a outorga efetiva da tutela jurisdicional, deve resguardar, durante o processo por meio do qual a ação penal se desenvolve, um conjunto mínimo de garantias individuais ao réu, as quais estão contidas no devido processo legal.

Do devido processo legal derivam os outros princípios processuais, as quais identificam-se, em parte, com aquele conjunto de garantias já apontadas como próprias do sistema acusatório. Tal relação se dá em razão de que tais princípios são decorrência do ideal de protetividade dos direitos fundamentais³⁵ resguardado em Constituições democráticas, típicas representantes dos sistemas acusatório e misto.

Nesse sentido, são próprias do devido processo legal as garantias de tratamento paritário de acusação e defesa, a ampla defesa e a contraditório, bem como a publicidade dos atos processuais. Integram, ademais, o devido processo: o juiz natural, a duração razoável do processo e a legalidade dos atos executórios³⁶, bem como o próprio princípio da proporcionalidade. Este, aliás, é imprescindível, na medida em que o processo legislativo de

³²BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 33

³³ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é 'devido processo legal?'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

³⁴TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal...**, cit., p. 199-200

³⁵ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é 'devido processo legal?'. **Revista de Processo**, São Paulo, v.33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

³⁶TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal...**, cit., p. 207-208

elaboração de lei previamente definido e regular deve ser conter razoabilidade e senso de justiça de seus dispositivos, necessariamente enquadrados nas preceituações constitucionais³⁷. Nesse quadro insere-se o “*devido processo penal*”³⁸, que abrange as mesmas garantias de outros processos, vistas em face do processo penal. Em face do Código de Processo Penal, instituído na década de 1940, deve o operador de direito interpretar a lei ordinária em conformidade às normas constitucionais, que adotam o sistema acusatório, buscando resguardar o devido processo penal³⁹.

O presente tópico visa abordar três selecionados princípios, inerentes ao “devido processo penal” e ao sistema acusatório como hoje conhecido, que dizem especial respeito à proibição de *reformatio in pejus*.

2.2.1 O princípio do *favor rei*

O processo consiste numa sucessão de atos por meio dos quais o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional, e que culminam numa decisão final compositiva de litígio, o qual pode ser de natureza penal ou civil. Sendo, assim, uno, as pilastras do ordenamento processual são comuns a ambos os processos civil e penal, não divergindo em suas linhas mestras⁴⁰. O conceito de devido processo legal, nesses termos, serve aos processos civil e penal.

No entanto, o processo penal possui peculiaridades que decorrem justamente em razão da natureza penal da controvérsia que busca resolver. Nesse sentido, em matéria processual penal, justifica-se o favorecimento de uma das partes justamente a fim de resguardar a paridade de armas⁴¹, mormente porque encontra-se o réu em desvantagem diante de seu opositor, o Estado, que ao propor a ação possui razoável conjunto probatório. Existem garantias individuais que são exclusivas do processo penal, assim como garantias que sofrem modificações ao ingressar na esfera penal.

³⁷FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 43

³⁸TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal...**, cit., p. 207-208

³⁹RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 52

⁴⁰TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 1º volume. 33ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38-39

⁴¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 1º volume. cit., p. 62.

O mais notável exemplo de que o réu penal possui garantias diferenciadas é a própria “presunção de inocência”, que, de um lado, proíbe sejam tomadas medidas coativas contra o réu em razão exclusivamente dos fatos narrados na peça inicial⁴², e, de outro, impõe ao julgador um *standard* diferenciado de convicção para a prolação de sentença condenatória. Não é, entretanto, o único, uma vez que o direito de permanecer calado sem que isso lhe venha em prejuízo é típico do réu penal, assim como o modo de contagem da prescrição – mais rígido em razão da pluralidade de marcos interruptivos⁴³ -, de notificação dos atos processuais – da sentença condenatória exige-se intimação pessoal⁴⁴ - e, inclusive, a capacidade postulatória para interposição do recurso de apelação, que inclui o próprio acusado⁴⁵.

É porque os Estados democráticos possuem como valores elevados a liberdade e a igualdade, sendo o empenho no reconhecimento da autonomia da pessoa humana uma constante das articulações políticas, que o princípio de *favor rei* é base da legislação processual penal. Por este princípio, no conflito entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do acusado, deve a balança inclinar-se a favor deste último, que mais protege a liberdade. Nessa senda, constitui o *favor rei* também princípio inspirador da interpretação, de modo que, nos casos de antinomia interpretativa, deve-se escolher a interpretação mais favorável ao réu⁴⁶.

São várias as disposições que consagram o princípio de *favor rei*⁴⁷, sendo talvez o exemplo mais forte do *in dubio pro reo* que, como já referido, institui *standard* de

⁴²BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalhy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012 p. 24-25.

⁴³ Dispõe o Código Penal: Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa; II - pela pronúncia; III - pela decisão confirmatória da pronúncia; IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis; V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; VI - pela reincidência. § 1º - Excetuados os casos dos incisos V e VI deste artigo, a interrupção da prescrição produz efeitos relativamente a todos os autores do crime. Nos crimes conexos, que sejam objeto do mesmo processo, estende-se aos demais a interrupção relativa a qualquer deles. § 2º - Interrompida a prescrição, salvo a hipótese do inciso V deste artigo, todo o prazo começa a correr, novamente, do dia da interrupção.

⁴⁴Conforme estabelece o Código de Processo Penal, art. 392: “A intimação da sentença será feita: I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso; II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança; III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça; IV - mediante edital, nos casos do no II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça; V - mediante edital, nos casos do no III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça; VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça”

⁴⁵ No Código de Processo Penal, assegurada através do art. Art. 577: “O recurso poderá ser interposto pelo Ministério Público, ou pelo querelante, ou pelo réu, seu procurador ou seu defensor. Parágrafo único. Não se admitirá, entretanto, recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão.”

⁴⁶TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 1º volume. cit., p. 101-102.

⁴⁷TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 1º volume. cit., p. 102.

convencimento mais rígido para a condenação penal. Cite-se, ainda, a existência de modos de impugnação de decisões exclusivos da defesa, como o *habeas corpus*, os embargos infringentes e a revisão criminal. Em que pese o *favor rei* seja visto concretamente nesses dispositivos, neles não se esgota, justamente por ser princípio inspirador da interpretação.

Nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal, a vedação *ne reformatio in pejus* é uma exigência imposta para o juiz em favor do réu, razão por que expressa também uma espécie de *favor rei*⁴⁸. Justifica-se seja assim porque a *reformatio in pejus* atenta contra a ampla defesa e o que está em jogo é o direito de liberdade do réu, que tem prevalência sobre o interesse punitivo do órgão acusador.

2.2.2 A ampla defesa e o contraditório

Estabelece o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal que aos litigantes e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Anota Gilmar Mendes que a garantia constitucional de ampla defesa constitui uma pretensão a tutela jurídica⁴⁹, abrangendo tanto os direitos de manifestação e de informação, como de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar. Sua assertiva é corroborada por Gustavo Henrique Righi Ivalhy Badaró, para quem defesa e ação representam diferentes aspectos do exercício de uma mesma atividade, diferindo em conteúdo apenas no que atine ao direito de iniciativa, exclusivo do direito de ação⁵⁰.

O acusado deve gozar do direito de defesa sem restrições, compreendendo todas as atividades e alegações das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, atinentes ou não às provas do processo⁵¹. É dizer que o réu deve ter asseguradas condições de trazer aos autos todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade, assim como de omitir-se ou calar-se, se entender necessário⁵².

⁴⁸TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. A 'reformatio in pejus'. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1987. p. 61-83.

⁴⁹BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 524

⁵⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalhy. **Processo penal**. cit., p. 21

⁵¹MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. cit., p.24

⁵²MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 105-106.

Por esse motivo, dizem respeito à ampla defesa todos os direitos e garantias que, de maneira indireta, servem para proporcionar ao réu maior amplitude de defesa⁵³. Destarte, é próprio dessa garantia o direito de ver respeitada sua integridade física e moral, não sendo submetido a tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III e XLIX, CF); nesse sentido, a proibição de coação ao acusado para que este efetue sua confissão (art. 8º, 3, da Convenção Americana de Direitos Humanos), que relaciona-se com a não admissão, no processo penal, de provas ilícitas (art. 157 do Código de Processo Penal). Cite-se, ainda: o direito de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, CF) e de não se autoincriminar (art. 8º, 2, 'g', da Convenção); o direito à não identificação criminal quando identificado civilmente (art. 5º, LVIII, CF); à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, 'b', da Convenção); à concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa (art. 8º, 2, c, da Convenção); à autodefesa e à defesa técnica, por profissional habilitado a tanto, inclusive gratuitamente (art. 8º, 2, e, Convenção); finalmente, o direito à dupla jurisdição, que possibilita a revisão da sentença condenatória por juiz ou tribunal superior (art. 8º, 2, h, da Convenção).

Decorre da ampla defesa a contraditoriedade dos atos processuais, que possui como fim a correta aplicação da justiça, consistindo na obrigatoriedade de que ao acusado sejam oferecidas oportunidades para que esse possa impugnar os termos e termos da parte contrária, oferecendo a sua versão⁵⁴. Nesse sentido, a instrução contraditória mostra-se como inerente ao direito de defesa, porquanto não se concebe o devido processo legal sem que se dê ao acusado a oportunidade de desdizer as afirmações feitas pela acusação⁵⁵, sejam elas atinentes às provas ou ao direito.

De outra banda, a garantia do contraditório relaciona-se com o princípio da igualdade, uma vez que pressupõe posições opostas, em idênticas condições de refutarem suas respectivas alegações. Isto é, traduz-se em isonomia processual⁵⁶, estabelecendo às partes posição de similitude com relação ao juiz⁵⁷. Nessa medida, diz respeito ao próprio sistema acusatório, pois apenas neste o acusado é considerado parte – como já se apontou –, adquirindo igualdade de condições em relação ao órgão de acusação.

⁵³FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 278

⁵⁴FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 267

⁵⁵RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 17.

⁵⁶MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, volume I. 3ª Ed. Campinas: Millenium Editora, 2009, p. 65.

⁵⁷FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**, cit., p. 58

Aliás, frisando que a ampla defesa e o contraditório devem ser lidos sob a ótica da paridade de armas, assere Mendes que mesmo o legislador, ao regular estes direitos, não pode desequiparar os interesses e as partes em conflito, mas deve estabelecer os meios necessários para que se atinja o equilíbrio entre estas⁵⁸.

A proibição de *reformatio in pejus*, nos termos em que apresentada na introdução deste capítulo, relaciona-se com a ampla defesa porque ao recorrer, buscando provimento favorável em relação à sentença, não pode o acusado temer ver sua pena agravada. Admitindo o sistema processual penal que a interposição de recurso pudesse acarretar provimento desfavorável ao réu, estaria aquele inibindo fortemente a interposição do recurso pela defesa. Nesse turno, a referida inibição representaria limite indevido ao direito à dupla jurisdição, e, por consequência, à própria possibilidade de defesa do réu.

Ademais, a vedação *ne reformatio in pejus* diz respeito ao direito ao contraditório na medida em que a interposição de recurso inaugura nova fase processual, na qual as partes apresentam argumentos para a mudança da sentença e se contrarrazoam em face das razões de recurso. Nesse contexto, a mudança da sentença pelo tribunal sem a respectiva insurgência da acusação é uma da qual a defesa não pôde se prevenir, isto é, não colaborou nesta fase para a formação da *opinio juris* atinente ao modo de aplicação da pena.

2.2.3 Observações sobre a sistemática recursal no processo penal

Uma vez que o devido processo legal relaciona-se com o estabelecimento de regras gerais de observância das partes, que garantem sejam estas tratadas em igualdade⁵⁹, é pertinente tecer algumas observações sobre a sistemática recursal no processo penal. Para falar de recursos no âmbito do devido processo penal, é necessário fazer referência ao duplo grau de jurisdição, que ocorre nos ordenamentos ao mesmo tempo como elemento do exercício da ampla defesa e garantia fundamental de boa justiça⁶⁰. Isso porque é por meio dele

⁵⁸BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. cit., p. 549

⁵⁹ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é 'devido processo legal?'. Revista de Processo, São Paulo, v.33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

⁶⁰NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 39

que o interessado pode buscar a revisão do julgado contrário aos seus interesses por um órgão superior⁶¹ na escala jurisdicional, a fim de obter nova decisão.

Este direito explica-se sob, ao menos, três aspectos, sendo o primeiro a própria falibilidade do ser humano, que torna razoável que os juízes possam ter questionados seus fundamentos. De outra banda, trata-se de uma resposta ao natural sentimento de inconformismo do ser humano em face da decisão desfavorável, que o leva a pretender novo julgamento sobre a mesma questão. Ainda, sendo uma forma de controle das decisões do Poder Público, evita o despotismo do julgador. Nessa linha de raciocínio, o duplo grau de jurisdição passa a ser considerado garantia fundamental de boa justiça⁶².

A Constituição Federal brasileira contempla o duplo grau de forma implícita, extraíndo-o do sistema de pluralidade de graus de jurisdição ali previsto, bem como do princípio da necessária revisão dos atos estatais, como forma de controle da legalidade e da justiça das decisões⁶³. Ademais, no que respeita ao processo penal, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 8, inciso 2, alínea *h*, integra o direito positivo em nível supralegal, tornando explícita a garantia do duplo grau⁶⁴.

Nessa senda, cuida-se o recurso de pedido de nova decisão judicial, formulado no interior do mesmo processo, e direcionado a órgão jurisdicional diverso, de onde se busca a substituição da decisão anterior por outra que a reforme, invalide ou esclareça ou integre⁶⁵. Trata-se de elemento dos direitos de ação e de defesa⁶⁶, pois são as partes, no exercício desses direitos, que podem formular os pedidos de reforma ou anulação do julgado, não podendo o juiz substituir a vontade das partes nesse ponto, ainda que em se tratando de hipossuficientes⁶⁷.

⁶¹Nos termos do artigo 8º, 2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos, toda pessoa tem direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Ada Pellegrini Grinover esclarece que, em que pese o uso dos termos “jurisdição inferior” e “jurisdição superior”, não existe relação de subordinação entre os juízes, que julgam com liberdade. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26-27).

⁶²NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. cit., 2004.

⁶³GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 23.

⁶⁴“2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”

⁶⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 29.

⁶⁶GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 30.

⁶⁷NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. cit., p. 179.

Sendo a voluntariedade inerente aos recursos, apenas se justifica o reexame obrigatório das decisões judiciais em face de interesse público relevante, expressamente incluído na legislação. Tais hipóteses de recurso *ex officio* não se tratam verdadeiramente de recursos, mas são mero requisito ou condição necessária à preclusão ou trânsito em julgado de uma decisão ou sentença⁶⁸. Aliás, é por esse motivo que Fernando da Costa Tourinho Filho considera questionável a obrigatoriedade, condicionada pelo Código de Processo Penal, do reexame necessário quanto às decisões concessivas de *habeas corpus*, de decisão absolutória e arquivamento de inquérito, concessão de reabilitação⁶⁹.

Ademais, dizer que é o recurso meio voluntário de impugnação das decisões significa afirmar a incidência do princípio dispositivo⁷⁰ na fase recursal, que diz respeito à vedação de o juiz proceder de ofício, é dizer, agir sem a provocação das partes. Como já referido, as fórmulas latinas *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor) ou *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não deve proceder de ofício) são essenciais ao estabelecimento do processo acusatório⁷¹, devendo ser lidas atentamente também na fase recursal.

Ao interpor o recurso, a parte não apenas declara expressamente o motivo de sua insatisfação, como afirma os motivos para tal, desse modo delimitando a matéria a ser objeto de reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente⁷². Isto é, sendo os recursos dependentes do inconformismo do interessado, cabe a este fixar a devolução proporcionada pelo recurso.

Com efeito, a configuração do efeito devolutivo dos recursos desdobra-se em duas questões, relativas à extensão e à profundidade com que o órgão ao qual se recorre poderá conhecer do processo. A extensão do efeito devolutivo precisa o que se submete, por força de recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*. Nesse respeito, encontra-se o juízo recursal vinculado ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devolvido quanto apelado), que constitui também uma manifestação do princípio dispositivo⁷³. Portanto, na sistemática recursal brasileira, tanto civil como penal, vigoram em ambas as fases do processo a proibição de atuação *ex officio* do juiz, dependendo de impugnação a matéria a ser

⁶⁸GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 307.

⁶⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 4º volume. cit., p. 313-315

⁷⁰NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. cit., p. 179

⁷¹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, 1º volume. cit., p. 77

⁷²NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. cit., p. 179

⁷³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. A 'reformatio in pejus'. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1987. p. 61-83.

conhecida na segunda instância. Nesse sentido, são chamados parciais os recursos que não atacam a integralidade da decisão recorrida, e totais os recursos que têm por objetivo toda a sua reforma.

No que atine à profundidade, que determina o material com que há de trabalhar o órgão *ad quem*, o conhecimento do julgador é pleno. É dizer que, nos limites da impugnação oferecida, e desde que não modifique o pedido e a causa de pedir, pode o julgador levar em consideração todos os aspectos, considerados ou não pelas partes, que julgar relevantes para a nova decisão⁷⁴.

Deve-se tecer uma última observação acerca dos recursos no processo penal, relativa à característica de personalidade dos recursos. O princípio da personalidade dos recursos é apontado por Ada Pellegrini Grinover, no processo penal, como determinando que o recurso só possa beneficiar à parte que o interpôs, que por sua vez não pode ter sua situação agravada, ausente recurso da parte contrária. Nesse sentido, a autora explica, acertadamente, que a personalidade dos recursos tem como fundamento o *tantum devolutum quantum appellatum*⁷⁵, o que se explica no tópico 1.3.1.

A menção à personalidade dos recursos é encontrada com mais frequência na doutrina processual civil⁷⁶, e a sua presença na teoria de Grinover justifica-se por ter sido intenso o seu estudo naquela área. Como se explicará adiante, a personalidade encontra ao menos uma marcante exceção no processo penal, que justifica não ser tratada pelos estudiosos deste.

Por ora, registra-se nosso entendimento de que essa característica tem muito em comum com o requisito do interesse em recorrer, necessário para a impugnação das decisões judiciais. Segundo este critério, para ser admissível, o recurso deve ser (i) necessário para a satisfação do direito material, bem como (ii) útil do ponto de vista prático: não é admissível o recurso se ele não for capaz de proporcionar ao recorrente situação mais vantajosa, do ponto

⁷⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 52

⁷⁵GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 41

⁷⁶SILVA, José Afonso da. **Do recurso adesivo no processo civil brasileiro**. 2ªEd. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 144.

de vista prático⁷⁷. Logo, não há falar em recurso interposto em desfavor do próprio recorrente⁷⁸ e, por consequência, provimento a ele desfavorável.

2.3 O PRINCÍPIO *NE REFORMATIO IN PEJUS* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.3.1 Relação entre o sistema acusatório e o princípio “*ne reformatio in pejus*”

O processo penal romano, malgrado tipicamente acusatório, desconhecia a proibição de *reformatio in pejus*. Entretanto, seu surgimento no sistema acusatório moderno justifica-se no desenvolvimento deste, legal e doutrinário, em relação ao sistema conhecido pelos romanos⁷⁹. Esse desenvolvimento legitima, ainda, que o princípio seja reconhecido mesmo no âmbito da legislação processual civil, mediante a interpretação sistemática das regras recursais, que assemelham-se às do processo penal⁸⁰.

Inicialmente, tem-se que o princípio máximo do sistema acusatório consiste na proibição de que o órgão jurisdicional exerça sua atividade sem ser provocado, a qual vem expressa nas fórmulas “*nemo iudex sine actore*” (não há juiz sem autor) e “*ne procedat iudex ex officio*” (o juiz não age de ofício), a qual é referida, mormente pela doutrina do processo civil, como princípio dispositivo⁸¹.

⁷⁷Leciona Ada Pellegrini Grinover que a noção de interesse recursal no processo repousa no binômio adequação mais necessidade ou utilidade. Deve o recurso ser meio necessário à obtenção de resultado mais favorável, sendo essa inclusive a razão porque o recurso é admitido contra o dispositivo, e não contra a fundamentação. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 71-74)

⁷⁸Araken de Assis frisa bem este aspecto ao tratar da *reformatio in pejus* no processo civil. (ASSIS, Araken de. Proibição da *reformatio in pejus* no processo civil brasileiro. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 624-632.)

⁷⁹TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. A '*reformatio in pejus*'. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1987. p. 61-83.

⁸⁰ASSIS, Araken de. Proibição da *reformatio in pejus* no processo civil brasileiro. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 624-632.

⁸¹Em termos genéricos, o princípio dispositivo no processo civil não abrangeria apenas a vinculação do juiz ao pedido, mas também que as partes devem ter a iniciativa para levar as alegações ao processo ou indicar onde encontrá-las, bem como levar material probatório que poderá ser utilizado pelo julgador para a formação do seu convencimento e fundamentação da decisão. Já se apontou, entretanto, que quanto a estas últimas

Tal implica que o juiz, quando da prolação da sentença, deve ater-se ao pedido formulado pelo autor, obedecendo à máxima “*ne eat iudex petitum partium*” (o magistrado não pode ir além dos pedidos das partes), sob pena de proferir decisão *ultra* ou *extra petitum* (além ou fora do pedido), ferindo o sistema acusatório. Chama-se princípio da congruência ou correlação este que submete a sentença aos limites impostos pelo pedido inicial⁸².

Referidas máximas são acolhidas pelo sistema recursal por meio do princípio *tantum devolutum quantum appellatum* (tanto devolvido quanto apelado), que constitui, assim, uma manifestação do *nemo iudex sine actore*. Os recursos podem ser parciais ou totais, conforme impugnem uma parte ou a integralidade da decisão recorrida, e nessa medida é que submetem o objeto do processo ao juízo recursal. Na sistemática recursal brasileira, tanto civil como penal, em ambas as fases do processo depende de manifestação da parte a matéria a ser conhecida pelo juízo.

Por essa razão, o tribunal não se encontra autorizado a reexaminar, de ofício, matéria não impugnada pelo recurso. O efeito devolutivo da apelação demarca a área de atuação do tribunal, que não pode extrapolá-la sob pena de violação ao princípio da congruência.

Do adágio – *tantum devolutum quantum appellatum* – decorre o princípio da personalidade dos recursos, segundo o qual este apenas pode socorrer a quem o interpôs⁸³. Sendo uma decorrência do sistema acusatório, no qual o magistrado não pode ultrapassar os pedidos das partes, o *tantum devolutum* estabelece, em princípio, que o magistrado decide no *sentido* requerido pela parte. Isto é: o sistema acusatório não cuida de delimitar unicamente o objeto de conhecimento do juiz, mas o próprio objeto do processo, que é delimitado pelo pedido do autor, do reconvinte ou do apelante. Para o sistema acusatório, não basta que o conhecimento de determinado conflito seja levado por uma parte até o julgador, este dando o provimento que acredita mais justo à situação fática vivida pelas partes. É necessário que o conflito em si seja fixado em juízo através de pedidos das partes.

características não há consenso no processo penal, razão pela qual é impróprio referir princípio dispositivo.

⁸²Em matéria processual penal o princípio da correlação leva a interessantes discussões a respeito da possibilidade de *emendatio libelli* e *mutatio libelli*. No entanto, para o presente deve-se levar em consideração apenas que, em termos processuais penais, como em processo civil, é necessário que o exame pelo juízo recursal obedece à insurgência especificada no recurso, não ultrapassando o pedido deste.

⁸³GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 41. No mesmo sentido, José Afonso da Silva: “(...) Pelos termos acima descritos, já se percebe que o efeito devolutivo, até na apelação, é limitado, sujeitando-se hoje inequivocamente ao princípio da personalidade, que está bem claro naquele 'conhecimento da matéria impugnada'(...)” (SILVA, José Afonso da. **Do recurso adesivo no processo civil brasileiro**. cit., p. 142)

Conclui-se ser possível vislumbrar a incidência do princípio da personalidade dos recursos no processo penal porque neste também a disciplina dos recursos é regida pelo princípio dispositivo, estando o órgão recursal dependente de insurgência das partes. Neste, entretanto, verifica-se uma significativa exceção, à qual se alude a seguir.

A soma do *tantum devolutum quantum appellatum* com o princípio da personalidade explica a vedação de *reformatio in pejus*, reforma para pior, do modo como ela é concebida no processo civil: não é possível o Tribunal conhecer de matéria não impugnada pelo recurso; dentro da matéria impugnada, não pode beneficiar à parte que não recorreu. Que a vedação de *reformatio* subsista no processo civil independentemente de regra expressa decorre justamente diante dos pilares em que ela se funda: a vedação de que o juiz atue para além dos pedidos das partes, que atua tão intensamente no grau recursal quanto na formação do processo na origem, e a inadmissibilidade de alguém recorrer em seu desfavor, relacionada com a característica de personalidade dos recursos⁸⁴.

Dito isso, o artigo 617 do Código de Processo Penal recebe a vedação de *reformatio in pejus* com uma exceção: segundo o dispositivo, é defeso ao Tribunal o agravamento da *pena*, quando somente o *réu* houver apelado da sentença. Portanto, pela redação dada pelo diploma legal, apenas o *réu* encontra-se integralmente protegido pelo *tantum devolutum quantum appellatum* e seu corolário, o princípio da personalidade.

Em todo caso, e a par dessas divergências com o processo civil, constata-se estar a “*reformatio in pejus*” intimamente ligada ao sistema acusatório e, por consequência, ao devido processo penal. Não bastasse esse vínculo, já se apontou também como ela traduz-se numa espécie de *favor rei*, bem como resguarda os direitos de defesa e contraditório, essenciais ao *réu* penal. É precisamente porque ela é sustentada mutuamente por diversos princípios processuais penais que assume relevância, passando a ser reconhecida fora da hipótese estrita do artigo 617 do Código de Processo Penal. O ordenamento jurídico brasileiro, como se verá a seguir, admite uma interpretação flexível das hipóteses contempladas pela vedação da *reformatio in pejus*, o que ocorre devido a uma interpretação sistemática da sua posição no processo penal.

⁸⁴ASSIS, Araken de. Proibição da *reformatio in pejus* no processo civil brasileiro. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 624-632.

2.3.2 A “*ne reformatio in pejus*” no direito processual penal brasileiro

A jurisprudência e a doutrina brasileira têm reconhecido a *reformatio in pejus* fora das hipóteses alcançadas pelo artigo 617 do Código de Processo Penal. Nos termos desse dispositivo, a *reformatio* apenas seria passível de reconhecimento quando se tratasse de agravamento da pena, pelo Tribunal, em julgamento de recurso de apelação interposto pelo réu. No entanto, o entendimento predominante tem sido de que há proibição de piora qualitativa e quantitativa da situação do réu, em qualquer recurso e mesmo nos casos de prolação de nova sentença, em face do reconhecimento de nulidade da anterior.

Sendo assim, a despeito da redação legal, a proibição de *reformatio in pejus* dirige-se a todo e qualquer recurso exclusivo do réu e não só a apelação. Se o réu é denunciado por homicídio qualificado e pronunciado por homicídio simples, a interposição de recurso em sentido estrito pelo réu não permite ao Tribunal o reconhecimento da qualificadora, pois estaria agravando a situação do acusado recorrente. Do mesmo modo, não pode o órgão que julga embargos infringentes piorar a situação do recorrente.⁸⁵

Ademais, como dito, a proibição de *reformatio in pejus* abrange qualquer gravame, seja ele qualitativo ou quantitativo, na situação do réu. Assim como não pode o Tribunal impor regime inicial de cumprimento de pena mais severo em recurso exclusivo da defesa, pois isso implicaria agravamento qualitativo da pena, não pode, do mesmo modo, aumentar o valor da fiança concedida em decisão de primeira instância, nem mesmo cassar o direito do réu de recorrer em liberdade⁸⁶.

O ponto mais sensível desse movimento pretoriano passa a ser o que se denomina *reformatio in pejus* indireta, que ocorre quando o Tribunal, em julgamento de recurso exclusivo do réu, anula a sentença, remetendo os autos ao juízo *a quo* para que este profira outra em seu lugar. Nesse caso, a questão seria saber se o juiz pode proferir sentença com *quantum* maior do que no primeiro julgamento.

Atualmente, reconhece-se a proibição de *reformatio in pejus* indireta, isto é, entendem que há vedação a que a nova pena imputada ao réu supere o *quantum* da condenação anulada por meio de recurso defensivo. Assim, os Tribunais Superiores já se manifestaram inclusive no sentido de que “*anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a*

⁸⁵RANGEL, Paulo. **Direito processual penal.**, cit., p. 685-686

⁸⁶RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p. 685-686

*correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior*⁸⁷.

Gize-se que o reconhecimento da *reformatio in pejus* em caso de anulação de sentença do Júri vinha sendo vivamente questionada pela doutrina, uma vez entraria em conflito com a soberania do Conselho de Sentença⁸⁸. Com efeito, o fundamento da proibição articulada pela jurisprudência pátria em nada encontra sustento no texto de lei que, como já se viu, veda o agravamento da pena pelo Tribunal em sede de julgamento de apelação, mas nada menciona sobre a proferição de nova sentença condenatória, em substituição à primeira.

No entanto, parece ter prevalecido a posição referida, que privilegia a *reformatio in pejus* em face da soberania do Conselho de Sentença, por ser a posição que melhor atende ao princípio constitucional da ampla defesa⁸⁹. Em sentido semelhante, os mencionados Tribunais reconheceram ter preferência o *ne reformatio in pejus* sobre a incompetência absoluta, de modo que mesmo sentença considerada nula impõe limites à nova condenação pelo juízo de primeiro grau⁹⁰.

⁸⁷ STF, HC 89.544, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe de 15/05/2009. No mesmo sentido: Habeas corpus. Processual Penal. Homicídio qualificado tentado (CP, arts. 121, § 2º, IV, c/c o art. 14, II). Paciente condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão. Recurso exclusivo da defesa. Anulação do decisum. Designação de novo julgamento. Agravamento da reprimenda. Impossibilidade. Ocorrência de *reformatio in pejus* indireta. Prescrição. Cômputo pela pena concretamente dosada no primeiro julgamento. Extinção da punibilidade reconhecida. Ordem concedida. (...) (HC 115428, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013) Acesso em 11 de maio de 2015

⁸⁸ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover questiona a inexistência de texto expresso, que vedaria o reconhecimento da *reformatio in pejus*. (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**, cit., p. 43)

⁸⁹ AÇÃO PENAL. Homicídio doloso. Tribunal do Júri. (...) Anulados o julgamento pelo tribunal do júri e a correspondente sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, não pode o acusado, na renovação do julgamento, vir a ser condenado a pena maior do que a imposta na sentença anulada, ainda que com base em circunstância não ventilada no julgamento anterior. (HC 89544, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-089 DIVULG 14-05-2009 PUBLIC 15-05-2009 EMENT VOL-02360-01 PP-00197 RTJ VOL-00209-02 PP-00640 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 487-498 LEXSTF v. 31, n. 365, 2009, p. 348-366 RSJADV dez., 2009, p. 46-51)

⁹⁰ Nesse sentido: PEDIDO DE EXTENSÃO EM HABEAS CORPUS. CO-RÉUS. IGUALDADE DE CONDIÇÕES. ACÓRDÃO ASSENTADO NA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. USO DE DOCUMENTO FALSO. CADERNETA DE INSTRUÇÃO E REGISTRO (CIR). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA CONCRETA FIXADA PELA JUSTIÇA CASTRENSE E ANULADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. BASE DE CÁLCULO PARA O CÔMPUTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROIBIÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. PRECEDENTES. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. (...) O reconhecimento da incompetência absoluta da Justiça castrense para o julgamento dos requerentes não pode implicar risco de imposição de pena mais gravosa, sob pena da indisfarçável *reformatio in pejus* indireta. (...) (STF. HC 107731 Extn, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 13/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2012

Acompanhando a posição adotada pelos Tribunais Superiores, a parte da doutrina que entende estar configurada a *reformatio in pejus* fora da hipótese do texto legal considera relevante que, caso contrário, de forma oblíqua, o não reconhecimento da *reformatio* estaria coarctando o direito de ampla defesa do réu, que restaria assim intimidado de interpor recurso de apelação. Portanto, conforme já se havia ressaltado, a interpretação que flexibiliza a *reformatio in pejus* visa, justamente, priorizar seja ela interpretada em consonância com os princípios que a sustentam, quais sejam, o devido processo penal e o sistema acusatório.

2.3.3 A readequação da pena pelo Tribunal pode constituir violação ao princípio “*ne reformatio in pejus*”?

Delimitou-se o tema do presente trabalho nos seguintes termos: recorrendo apenas a defesa quanto à aplicação de determinada circunstância judicial (primeira fase na fixação da pena) ou agravante (segunda fase), pode o Tribunal reconhecer assistir-lhe razão e, no entanto, manter a pena no patamar determinado pela sentença de primeiro grau, por entender justa a pena aplicada?

A proibição de *reformatio in pejus*, nos termos do artigo 617 do Código de Processo Penal, proíbe que, havendo recurso apenas do réu, possa o Tribunal aumentar a pena, ainda que reconhecendo ter sido o juízo *a quo* benigno na sua dosagem. Em princípio, assim, não haveria razão para se cogitar de *reformatio in pejus*, porquanto a pena a que se refere o mencionado artigo seria, conforme sua interpretação tradicional, a pena definitiva fixada em desfavor do réu.

Inobstante essa constatação, entendemos que a situação supra aludida enseja análise mais cuidadosa, que leve em consideração os princípios sobre os quais se estrutura a vedação de *reformatio*. É dizer, ao tratar da *reformatio* deve-se levar em conta não apenas sua redação legal, mas sua relação com o princípio de ampla defesa e do contraditório, bem como com o próprio sistema acusatório.

Nessa senda, diferentemente dos casos mencionados no tópico 1.3.2, a readequação da pena sem a elevação do *quantum* final não se traduz em intimidação a que o réu interponha

PUBLIC 02-03-2012) No âmbito do STJ, os julgados HC 151.581/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 13/06/2012 e HC 124.149/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 06/12/2010

recurso e exerça seu direito à dupla jurisdição. Isso porque, justamente, tal operação não importa em gravame objetivo à situação do réu, que pode interpor o recurso tendo como pior expectativa a manutenção da sua situação atual.

Fica em aberto, contudo, se tal readequação importa em violação ao princípio *ne procedat iudex ex officio* e ao *tantum devolutum quantum appellatum*, dos quais a *reformatio* é consequência. A fim de averiguar tal hipótese, o capítulo seguinte busca melhor delimitar o significado do efeito devolutivo dos recursos, para o que se recorre à teoria dos capítulos de sentença.

3 A TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA

No presente capítulo, apresenta-se como chave para a resposta ao problema delimitado no 1.3.3 a teoria dos capítulos de sentença. Parte-se do pressuposto que a amplitude do efeito devolutivo da apelação pode responder à questão proposta na introdução, a saber, a possibilidade de readequação da pena, pelo Tribunal, em recurso exclusivo da defesa. Isso porque a *reformatio in pejus* encontra-se intimamente ligada ao sistema acusatório e, conseqüentemente, ao *tantum devolutum quantum appellatum*.

De seu turno, a teoria dos capítulos de sentença possui imensa relevância no processo civil, em especial quanto ao efeito devolutivo do recurso de apelação. Desse modo, em razão desse e de outros significativos fatores de congruência entre os processos civil e penal, entende-se aqui legítima a recepção – ainda que não integral - da referida teoria, que inclusive é abordada pela doutrina processual penal italiana.

Tal legitimidade, contudo, encontra óbice justamente nos intervalos verificados entre um e outro processo: por essa razão, o tópico 2.2 aborda a temática da individualização da pena segundo as normas do direito penal material brasileiro. É da conjugação desses dois campos de análise – a teoria dos capítulos de sentença e o método de individualização da pena – que se constrói uma teoria original, voltada à divisão em capítulos da sentença penal.

3.1 OS CAPÍTULOS DE SENTENÇA NA DOCTRINA PROCESSUAL CIVIL

A justificativa para uma teoria sobre os capítulos de sentença encontra-se em sua relevância prática, uma vez que o seu esclarecimento induz a uma série de respostas acerca do funcionamento dos recursos e outros institutos processuais civis. Com efeito, de um lado, a ideia de capítulos surge da própria constatação de que na sentença não é julgada uma única pretensão, mas uma pluralidade destas - o que ocorre com o simples julgamento das custas e honorários do processo, para além do objeto principal. Outrossim, que a sentença decida questões preliminares ao julgamento do mérito é suficiente para mostrar que ela é composta por partes relativamente autônomas, cujas decisões são relevantes do ponto de vista processual⁹¹.

⁹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 9

Sob outro viés, algumas disposições do Código de Processo Civil aludem à cisão da sentença em partes, como o faz o próprio artigo 515 do Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/2013), aludindo à possibilidade de o recorrente impugnar apenas uma parte da matéria⁹²⁹³.

Nessa senda, a necessidade de uma teoria de capítulos de sentença ocorre por ela cumprir uma importante finalidade no esclarecimento de matérias conexas, como a nulidade parcial da sentença, o custo financeiro do processo, a medida do interesse de recorrer e, mais importante para o campo de estudo desse trabalho, a dimensão horizontal da devolução operada pelo recurso interposto.

3.1.1 Escorço histórico das teorias de capítulos de sentença

Conquanto o atual Código de Processo Civil não se refira expressamente aos capítulos de sentença, e, portanto, passe longe de definir o seu significado, uma série de dispositivos indicam, neste diploma legal, a cisão da sentença em partes. A fim de elucidar o sentido de capítulos de sentença, a doutrina brasileira tem se voltado ao processo civil italiano, onde os estudiosos do tema tem se dividido em três principais correntes.

Essas tendências doutrinárias, às quais aqui se alude, dividem-se em considerar como capítulos de sentença⁹⁴: (a) somente a repartição dos preceitos contidos no decisório, referentes às pretensões que compõem o mérito – nesse sentido, Chiovenda; (b) a separação de capítulos referentes aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito e capítulos que contem esse próprio julgamento, conforme Liebman e Betti; ou (c) a cisão de capítulos segundo os diversos fundamentos, que decidem as questões de mérito – a proposta de Carnelutti. Posições intermediárias aceitam, conforme o recurso de que se trata, que os capítulos digam respeito a elementos do decisório e da motivação (assim as posições de Sergio Costa e Allorio).

⁹²Dispõe o caput do mencionado artigo: “Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.”

⁹³A possibilidade de se recorrer parcialmente da sentença diz respeito à incidência do princípio dispositivo em grau de recurso, à qual já se aludiu anteriormente. Isso porque o recorrente pode ter interesse em impugnar apenas uma parte da decisão e não toda. Ninguém é obrigado a deduzir em juízo, por inteiro, as pretensões que tenha, nem a insistir naquelas que porventura hajam sido repelidas. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. 5: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 353)

⁹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p.18

Nesse aspecto, é importante referir-se a tradicional divisão estrutural da sentença, em relatório, fundamentação e dispositivo, posta no artigo 458 do Código de Processo Civil:

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.⁹⁵

Mais do que uma separação formal, o artigo 458 estabelece elementos que dizem respeito ao conteúdo ou essência da sentença, na ausência dos quais ela é considerada viciada⁹⁶.

No que diz respeito à fundamentação, é onde “*expõe o magistrado as razões de seu convencimento, de forma clara e de molde a que tantos quantos a lerem tendam a chegar a mesma conclusão a que chegou. Trata-se de dispositivo legal (art. 458, CPC) em que se manifesta e se concretiza de forma inequívoca o princípio de livre convencimento motivado, da mesma forma que ocorre no artigo 131 do CPC*”⁹⁷.

Portanto, é na fundamentação que o juiz soluciona questões de fato e de direito, em caráter instrumental com relação ao dispositivo e sem se projetar para fora do processo, colocando apenas os pressupostos para decidir a causa⁹⁸. Questões, por sua vez, são os pontos controversos dos quais dependam a admissibilidade e o teor do julgamento do mérito⁹⁹. Portanto, inobstante a redação do referido artigo 458, é na fundamentação que o juiz resolve as questões de mérito, sejam elas processuais ou regidas pelo direito material.

Por outro lado, na parte dispositiva o juiz julga o mérito, isto é, o objeto do processo, e não as questões a ele relativas. Nessa fase, o juiz julga o *petitum*¹⁰⁰, ou a

⁹⁵Essa disposição é mantida na Lei nº 13.105/15, que estabelece o novo Código de Processo, com a pertinente correção terminológica: “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.(...)”

⁹⁶WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 110

⁹⁷WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, cit., p. 110

⁹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 690

⁹⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, cit., p. 112-113

¹⁰⁰WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**, cit., p. 115

pretensão, contida na petição inicial, resolvendo o mérito da causa. Dessarte, trata-se o dispositivo do *preceito concreto e imperativo* ditado pelo juiz em relação à causa¹⁰¹.

Estando assim caracterizados os elementos essenciais da sentença, uma das questões centrais para o tema dos capítulos de sentença é saber se eles dizem respeito a resolução de questões de mérito ou a resolução do próprio mérito.

Atribui-se Giuseppe Chiovenda a mais restritiva das teorias sobre os capítulos de sentença, os quais seriam apenas as unidades do decisório portadoras de julgamento de mérito¹⁰². Segundo essa interpretação, o autor partiria do texto do *Codex* processual italiano, que afirma que o recurso parcial importa aquiescência às partes não recorridas na sentença, que restam intactas no julgamento de recurso a menos que dependentes do capítulo reformado. Daí, concluiria que os capítulos de sentença devem ser independentes, isto é, não podem ser condicionados pelo teor dos outros tópicos, devendo ter vida própria. Ademais, seriam os capítulos autônomos, no sentido de que as diversas parcelas do *petitum* poderiam ter sido objeto de demandas separadas, propostas em tempos diferentes e dando origem a dois ou mais processos distintos, sendo circunstancial sua junção em um processo só¹⁰³¹⁰⁴.

É de Chiovenda, ademais, a primeira proposta relevante sobre como se constitui o capítulo que decide o pedido relativo a uma quantidade, decomponível por sua natureza em unidades, de que é exemplo o pedido de condenação em pecúnia. Na visão deste autor, as unidades do decisório constitutivas dos capítulos conteriam o julgamento ou de um pedido veiculado no processo ou sobre parcelas do pedido decomponível¹⁰⁵. Sua proposta, no entanto, foi criticada por Liebman e Carnelutti, este último representado, na doutrina brasileira, por José Frederico Marques:

¹⁰¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 20

¹⁰²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 20

¹⁰³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 20

¹⁰⁴Outra linha interpretativa sugere que a autonomia e a independência dos capítulos não seriam, na obra de Chiovenda, essenciais à caracterização dos capítulos. Em seu texto ele afirma que *"exige-se ainda, para aplicar a regra do art. 486, que os capítulos de sentença sejam autônomos e independentes, visto que não se pode considerar aceita a sentença no que se refere ao capítulo dependente, mesmo se não mencionado na apelação que a impugna no que se refere ao capítulo principal"*. A regra do mencionado dispositivo é a que estabelece reputarem-se aceitos os capítulos da sentença não impugnados. Nessa segunda interpretação, Chiovenda admite a existência de capítulos dependentes, mas afirma que o artigo 486 do *Codex* italiano apenas tem lugar quanto aos capítulos independentes. (BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**. 23 de junho de 2006. 179 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2006, p. 62)

¹⁰⁵BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 64

“Para Chiovenda, quando estão em jogo questões pertinentes à quantidade, pode a sentença 'desmembrar-se em tantos artigos quantas forem as unidades', noção essa de todo inaceitável, como o demonstraram Delitala e Carnelutti, pois, além de fragmentar a sentença em um número quase ilimitado de capítulos, confunde estes com frações ou partícipulos 'do interesse ou bem em litígio'. Quando a sentença dá 50, em lugar de 100, como pretendia o autor da demanda, o que se verifica é que os fatos constantes do Processo suscitaram, como questão, a possibilidade de o autor ter tão só direito a 50. Isso significa que numa lide o valor do bem ou interesse em contenda pode dar origem, quantitativamente, a tantos capítulos quantas forem as variações numéricas que os fatos possam suscitar.”¹⁰⁶

Em oposição a Chiovenda, Francesco Carnelutti identificou capítulos não no julgamento da lide, mas na solução das questões de fato e direito, mediante as quais a tutela do interesse é contestada ou o bem, controvertido. Na proposta de Carnelutti:

“Convém distinguir aqui conforme as questões explícita ou implicitamente resolvidas pelo juiz para pronunciar o provimento sejam uma ou mais uma. O leitor sabe que a resolução de cada questão é o que se chama extremo do provimento e, especialmente, da sentença; por isso, a distinção estabelece-se entre o provimento ou, especialmente, a sentença com um só extremo e o provimento e, especialmente a sentença com mais de um extremo (...). Assim sendo, a hipótese da sentença com pluralidade de extremos apresenta, diferentemente das da sentença simples, a possibilidade de que a ampliação tenha uma amplitude diversa, no sentido de que abranja um número maior ou menor das questões resolvidas mediante o provimento impugnado.”¹⁰⁷

No que toca à sentença que decide pedido de condenação, a cisão em capítulos não se daria em função do objeto decomponível em unidades, mas das questões resolvidas na motivação. Desse modo, independentemente do valor postulado na inicial, os capítulos na sentença seriam sempre dois, porquanto duas questões resolvem se o valor devido é o afirmado pelo autor ou pelo réu¹⁰⁸¹⁰⁹.

¹⁰⁶MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.4. Campinas: Millenium, 1999, p. 141

¹⁰⁷CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. V.3. 1ª Ed. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 815

¹⁰⁸BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 69

¹⁰⁹José Frederico Marques adotou a explicação de Carnelutti sobre o pedido de quantidade, como já se referiu. Este afirmava: “quando o juiz de primeiro grau condenou a pagar cinquenta, ele resolveu as duas questões, uma em favor do autor e outra, dando razão ao réu”. Essa posição condiz com a sua premissa fundamental, de que “o capítulo não é uma parte ou fração do interesse ou do bem em lide, mas uma das questões mediante as quais a tutela do interesse é contestada, ou o bem, controvertido”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 72)

As ideias de Carnelutti foram, por seu turno, criticadas por Liebman, que, inspirado em Betti¹¹⁰, retomou a noção chiovendiana de localizar os capítulos na parte decisória, mas nela incluindo também as decisões sobre o processo.

Ele entende que o fracionamento da sentença segundo as questões resolvidas na motivação seria estranho à noção tradicional de capítulos de sentença, que diz respeito apenas aos preceitos imperativos contidos no decisório¹¹¹. Sustenta, contudo, a existência de corpos simples ou unidades elementares “*justapostas no invólucro de uma só sentença, quando o juiz decide imperativamente mediante a rejeição de uma preliminar impeditiva do julgamento do mérito e decide, também imperativamente, sobre a procedência ou improcedência da demanda em julgamento*”¹¹². Nesse caso, a sentença seria composta por dois capítulos, sendo um relativo à admissibilidade do julgamento de mérito e outro que contém esse julgamento.

Ainda, cada capítulo seria autônomo no sentido de que um único capítulo relativo à admissibilidade de julgamento de mérito poderia, sozinho, ser objeto de uma sentença, se houvesse acolhido a preliminar impeditiva de julgamento do mérito.

Na tese de Liebman, ademais, ganha solução semelhante à de Carnelutti o problema do pedido de condenação. Para esse autor, na prolação da sentença o juiz pode optar fracionar o objeto, apresentado na inicial como único. Destarte, a sentença teria um capítulo condenando ao pagamento de parte da quantidade demandada, outro rejeitando o restante do pedido.

3.1.2 A teoria de capítulos de sentença de Cândido Rangel Dinamarco

No que diz respeito ao direito processual brasileiro, a temática dos capítulos de sentença foi poucas vezes retratada e, de modo geral, apenas com relação à teoria geral dos recursos, de forma esparsa. Há pouco mais de uma década, o professor Cândido Rangel Dinamarco propôs-se a apresentar um estudo sistematizado dos capítulos de sentença, elaborando uma *teoria pura* que dialogasse com as disposições do Código de Processo Civil

¹¹⁰BADDAUY, Letícia de Souza. *A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva*, cit., p. 75

¹¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, cit., p. 22

¹¹²DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*, cit., p. 22

referentes à matéria dos recursos, embora afirmando que sua tese seria, mais propriamente, pertencente à teoria da sentença.

Ademais, ambas doutrina e jurisprudência tem aderido à teoria dos capítulos de sentença, conforme lecionada por Dinamarco. Embora não seja uníssona¹¹³, de modo geral pode-se afirmar o reconhecimento, pelos Tribunais pátrios, da existência de capítulos autônomos na sentença, dependentes ou independentes entre si, mas subordinados às pretensões deduzidas na inicial¹⁴¹¹⁵. Destarte, na mesma medida em que se aceita o fracionamento da sentença, entende-se que ele se dá nos termos propostos por Dinamarco, que, por sua vez, seguiu em grande parte a tese de Liebman e Betti.

O autor observa que as únicas disposições acerca dos capítulos de sentença no direito brasileiro encontram-se na disciplina dos recursos, mormente nos artigos que referem a

¹¹³CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. FRACIONAMENTO DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A INDIVISIBILIDADE E UNICIDADE DA AÇÃO. SENTENÇA CASSADA. 1. Conquanto haja entendimento doutrinário respeitável sobre a aplicação da teoria dos capítulos da sentença, admitindo o seu fracionamento, tal possibilidade é afronta manifesta à unicidade da ação e à celeridade processual, pois além de dilatar o curso do processo, duplica a prestação da atividade jurisdicional gerando a possibilidade de vários apelos da mesma parte e de vários acórdãos do Tribunal. 1.1. Aliás, tal forma de agir é um retrocesso processual trazendo mais burocracia para o judiciário que já se encontra apinhado e sem válvula de escape. 1.2. No presente caso a sentença monocrática extinguiu o processo com resolução de mérito sobre determinado ponto, extinguiu o feito sem resolução de mérito sobre outro ponto e, ainda, determinou o seguimento da ação quanto a terceiro ponto. 2. Precedente. 2.1. A eg. Corte Especial, por maioria, adotou o entendimento no sentido de que, sendo a ação una e indivisível, não há que se falar em fracionamento da sentença/acórdão, o que afasta a possibilidade do seu trânsito em julgado parcial, contando-se o prazo para a propositura da ação rescisória a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa" (AgRg no Ag 724.742/DF, Rel. Min. (...)) (AgRg no AREsp 79.082/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe 08/02/2013). 2.2 (...). I- O entendimento predominante nesta e. Corte é que, tendo em vista a unicidade da ação, não é possível o fracionamento da decisão, descabendo falar-se, assim, em trânsito em julgado parcial. AgRg na Rcl 2655 / MT, Ministro FelixFischer, DJ 01/02/2008) 3. Sentença cassada. (TJ-DF - APC: 20130510049347 DF 0004865-31.2013.8.07.0005, Relator: JOÃO EGMONT, Data de Julgamento: 08/10/2014, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/10/2014 . Pág.: 70) Em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/146470130/apelacao-civel-apc-20130510049347-df-0004865-3120138070005> acesso 31.05.15

¹¹⁴COISA JULGADA – ENVERGADURA. A coisa julgada possui envergadura constitucional. COISA JULGADA – PRONUNCIAMENTO JUDICIAL – CAPÍTULOS AUTÔNOMOS. Os capítulos autônomos do pronunciamento judicial precluem no que não atacados por meio de recurso, surgindo, ante o fenômeno, o termo inicial do biênio decadencial para a propositura da rescisória. (RE 666589, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 25/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-106 DIVULG 02-06-2014 PUBLIC 03-06-2014)

¹¹⁵MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO DEFINITIVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA. É cediço que toda sentença é subdividida em capítulos, que podem ser autônomos, dependentes ou independentes entre si, subordinando-se às pretensões e aos pedidos formulados na petição inicial. Neste sentido, leciona Cândido Rangel Dinamarco, em sua valiosa obra Capítulos de Sentença. Destarte, considerando que a execução de capítulos autônomos e independentes é perfeitamente admissível pelo ordenamento jurídico pátrio, sendo medida, inclusive, que prestigia os princípios da celeridade e duração razoável do processo, a execução de capítulos transitados em julgado. (TRT-5 - MS: 725008920095050000 BA 0072500-89.2009.5.05.0000, Relator: LUÍZA LOMBA, SUBSEÇÃO II DA SEDI, Data de Publicação: DJ 03/12/2009)

reforma ou a execução parcial da sentença, residindo ali o adequado material para reflexão sobre o tema. Nessa senda, observa o autor o primeiro elemento relevante para a caracterização dos capítulos no direito pátrio, qual seja, que os recursos visem todos à mudança do decisório.

Diferentemente do direito italiano, que acolhe o recurso no interesse da lei¹¹⁶, na sistemática recursal brasileira, mesmo os recursos especial ou extraordinário servem para mudança do decisório, enquanto as críticas aos motivos da decisão servem apenas como “alavanca destinada a remover o resultado desfavorável”¹¹⁷. Daí conclui o autor que são os capítulos de sentença unidades do decisório, portadoras de preceitos concretos e de imperativa eficácia prática¹¹⁸.

Com efeito, a tese de que capítulos de sentença são unidades autônomas do decisório acompanha melhor as disposições do Código de Processo Civil que referem a cisão da sentença. Nesse sentido, o reconhecimento de capítulos como questões jurídicas resolvidas na sentença é desfuncional em face da disciplina legal de recursos, que constitui justamente a sua repercussão mais importante. Isso porque a substituição de um argumento do juízo de primeiro grau por outro, do Tribunal, não acarreta, em princípio, qualquer efeito sobre a parte dispositiva da sentença. E ao recorrer, não buscam as partes simples mudança dos fundamentos adotados pela sentença, mas efetiva melhora do provimento jurídico a elas destinado pelo *decisum*.

Qualificados os capítulos de sentença como unidades do decisório, o segundo movimento de Dinamarco será no sentido de alocar como capítulos de sentença também as decisões relativas à admissibilidade de julgamento do mérito, resolvidas na sentença, aproximando-se ainda mais da tese proposta por Liebman¹¹⁹.

Assere Dinamarco que, ao propor sua demanda em juízo, o autor postula, simultaneamente, uma sentença favorável de determinada espécie, mas também o julgamento

¹¹⁶O instituto encontra-se previsto no artigo 363 do Código de Processo Civil italiano. Cuida-se de modalidade recursal cuja legitimação é restrita ao Procurador Geral da Corte. Tem como escopo obter a declaração da errada ou inexata aplicação da norma por parte do juiz a quo, podendo ser interposto inclusive em face de sentenças transitadas em julgado – caso em que o recurso não surtirá qualquer efeito prático. (MOLFESE, Giuseppe; MOLFESE, Alessandra. **Ricorso e controricorso per cassazione in materia civile**. 2ª Ed. Editora CEDAM, 2013 p.9)

¹¹⁷Assim, o autor rejeita expressamente a tese de Carnelutti (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 33)

¹¹⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 34

¹¹⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 52

da pretensão ao bem da vida. A pretensão tem, assim, caráter bifronte, porquanto traduz-se em dois pedidos: a pretensão de mérito e a pretensão ao julgamento do mérito, sendo aquela dependente do julgamento desta¹²⁰. Já o objeto ou mérito do processo consiste, precisamente, na pretensão deduzida pelo demandante, que é decidida pelo juiz na parte dispositiva da sentença¹²¹.

Transpondo a estrutura bifronte da pretensão para a conceituação do mérito como o julgamento da pretensão, tem-se então que o mérito do processo é julgado em dois momentos distintos, um dependente do outro. Na tese de Dinamarco, poder-se-ia falar em objeto bifronte do processo, pois o juiz deverá primeiro verificar pressupostos de admissibilidade do mérito, para após julgar o mérito em si mesmo¹²².

Por consequência, o julgamento de preliminares de mérito e dos capítulos de mérito traduz, no processo, capítulos heterogêneos, gerando a rejeição das preliminares extintivas um único capítulo¹²³. No entanto, a unicidade do capítulo que respeita à admissibilidade do julgamento de mérito apenas subsiste em face da constatação de que, na doutrina mais moderna, tais preliminares de extinção não são avaliadas de forma estanque. O autor defende que se faça uma distinção entre as preliminares extintivas e as não extintivas porque a divisão entre essas se dá de forma mais estanque¹²⁴, abrindo também aí mais uma possibilidade de cisão em capítulos.

Esse é um dos principais movimentos do pensamento do autor, pois além de justificar a sua opção em seguir a tese de Liebman (conforme 2.1.1), quebra duas vezes com a ideia de que capítulos de sentença referem-se a objetos que poderiam, em tese, ser tratados em processos distintos: a primeira com a existência de capítulos de eficácia processual, e a segunda com a cisão destes capítulos em preliminares de extinção e de não-extinção.

¹²⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 52

¹²¹O objeto do processo difere-se do objeto de conhecimento do juiz, que constitui o conjunto de dúvidas a serem resolvidas no *iter* da formação daquela conclusão final, na parte da fundamentação. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 60)

¹²²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 79

¹²³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 80

¹²⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 42

Nessa senda, a existência de capítulos de eficácia puramente processual leva o autor a concluir que a autonomia dos capítulos de sentença¹²⁵ não pode ser vista como a total independência ou não condicionamento dos tópicos uns aos outros¹²⁶.

Substancialmente, o decisório ou dispositivo comporta divisão, porque integrado por mais de uma unidade elementar – residindo cada unidade em um dos *preceitos imperativos ali ditados*. Portanto, em princípio estariam associadas as noções de capítulos de sentença e a existência de objetos autônomos, a serem alvo de julgamentos também considerados autônomos. A autonomia, nesses termos, se daria pela possibilidade de que as pretensões pudessem ser julgadas por sentenças separadas, em dois ou mais processos.

Dinamarco responde aos capítulos de eficácia puramente processual afirmando que cada capítulo é uma unidade autônoma, no entanto, a autonomia absoluta só se dá entre os capítulos de mérito. Quanto aos capítulos processuais, a autonomia se dá no sentido de que cada capítulo é regido por pressupostos próprios, que não se confundem necessariamente nem por inteiro com os pressupostos dos demais¹²⁷. Nesse caso, são autônomos os capítulos ainda que haja entre eles uma relação de dependência, casos dos capítulos atinentes às preliminares de mérito e ao custo financeiro do processo¹²⁸.

Sendo assim, na mencionada tese a autonomia é reconhecida, no caso dos capítulos exclusivamente processuais, em face da existência de pressupostos próprios para o seu julgamento. Ademais, para este autor é imprescindível o estudo sobre as relações de prejudicialidade e dependência existentes entre os diversos capítulos pois, eventualmente, tais conexões induzirão ao julgamento do recurso para além dos capítulos recorridos, sem que isso acarrete violação às normas processuais¹²⁹.

¹²⁵Conforme já mencionado, Dinamarco conceitua capítulos como unidades autônomas da parte decisória da sentença. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 35)

¹²⁶Na interpretação de Dinamarco, a posição de Chiovenda seria aquela segundo a qual cada capítulo equivale a uma parcela do petitum que poderia ter sido objeto de demanda separada, proposta em tempo diferente e dando origem a um ou mais processos distintos, sendo assim autônoma e independente. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 20.) No entanto, outras leituras propiciam uma interpretação diferente, no sentido de que Chiovenda admitisse também os capítulos dependentes, bem como inclusive capítulos de eficácia exclusivamente processual. (BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 64)

¹²⁷No pensamento de Liebman, a autonomia dos capítulos de eficácia exclusivamente processual consistiria no fato de que eles poderiam ser objeto de uma sentença sem o julgamento de mérito, no caso de que essa acolher as preliminares e por fim ao processo sem incluir capítulos de mérito. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 43)

¹²⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 63

¹²⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 111

O desenvolvimento da tese de Dinamarco o conduz a especificar melhor suas conclusões a respeito dos capítulos de mérito, levando em consideração as peculiaridades que possam apresentar o objeto do processo. Esse será, então, mais um movimento relevante para a sua teoria, porque serve para caracterizar as disposições constantes na sentença, isto é, os preceitos imperativos ditados pelo juiz no julgamento do mérito do processo.

O autor afirma ser jurídica a decomposição do dispositivo da sentença condenatória, em que o réu é condenado a pagar um valor líquido. Quando o demandante formula uma pretensão condenatória, ele postula ao mesmo tempo o reconhecimento da existência da obrigação do réu (*an debeat*) e a fixação do valor devido (*quantum debeat*). Ao julgar procedente esta demanda, a sentença estará ao mesmo tempo (a) declarando que a obrigação existe e (b) afirmando que o valor devido é x. (a) e (b) são, nesses termos, capítulos distintos: a declaração do direito do autor e mais a aplicação da vontade condenatória, que determina a constituição do título executivo¹³⁰.

Essa a posição também defendida por Liebman e Betti, que defendem a existência de dois capítulos distintos quando a sentença reconhece a existência da dívida, mas nega sua exigibilidade, ou entende que o valor devido pelo réu é menor do que o postulado pelo autor da demanda¹³¹. Segundo Dinamarco e esses autores, a sentença assim contém dois capítulos, um favorável ao autor e outro ao réu¹³².

No que toca ao objeto simples decomponível, objeto do pedido de condenação, igualmente é viável a decomposição em capítulos. A decomposição do objeto do processo em capítulos ocorre quando a pretensão deduzida pelo demandante incide sobre um conjunto de bens suscetíveis de serem dimensionados em peso, extensão, quantidade, ou, em geral, em unidades possíveis de serem separadas.¹³³

Em casos tais, Dinamarco assere que as parcelas ideológicas da pretensão deduzida são então tratadas como se fossem pretensões autônomas desde a formulação. O objeto do processo é tratado como se fora uma reunião de diversas pretensões, autônomas desde a sua formulação, e cada uma incidente sobre uma das partes resultantes da

¹³⁰DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 75

¹³¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 72

¹³²BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 131

¹³³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 71

decomposição ideológica, mediante a qual um conjunto de unidades menor do que o postulado pelo autor constituirá um capítulo, nessa medida, favorável ao réu¹³⁴.

O autor não refere, contudo, o pedido de reparação por danos morais, tido pela doutrina como ilíquido. Mesmo sendo o pedido ilíquido, pode o autor considerar o valor insuficiente, interpondo recurso em face da sentença que reconheceu a procedência do pedido. Para esse caso, a tese de Dinamarco é insuficiente, mostrando-se mais adequada a posição de Chiovenda, para quem a sentença é passível de decomposição em capítulos em tantas quantas forem as unidades do objeto¹³⁵.

Observe-se, nesse sentido, que embora tenham sido várias as críticas à posição de Chiovenda sobre o pedido de quantidade¹³⁶, afirmando que uma decomposição tal do conceito de capítulo pulverizaria este deveras, pois seria então passível de ser concebido em termos de centavos, elas não subsistem. Isso porque a decomposição se dá em nível abstrato e ideológico, podendo ser fixada unidade mínima para evitar tal pulverização. Nesse sentido, aliás, o próprio Dinamarco, quando refere ser o objeto tratado como uma reunião de pretensões.

Conjugando-se as visões de Chiovenda e Dinamarco, o objeto decomponível é tratado como uma reunião de pretensões, incidentes cada qual sobre uma parcela da decomposição, podendo o recorrente apresentar ao Tribunal apenas uma parte dele¹³⁷. Sendo assim, caso tenha postulado na inicial condenação de R\$5.000,00 (cinco mil reais) e seja parcialmente vencedor na demanda, sendo-lhe fixada em seu favor condenação de R\$2.000,00, pode o autor pedir em seu recurso os R\$3.000,00 não concedidos ou valor menor, em virtude do princípio dispositivo que rege os recursos. Nesse panorama, os R\$2.000,00 concedidos em primeiro grau são considerados um capítulo, sendo outro o capítulo atinente aos demais R\$3.000,00 (ou o valor inferior que o autor postule em segundo grau).

¹³⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 71

¹³⁵MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.4. cit., p. 141

¹³⁶Carnelutti, Emilio Betti, Delitala, José Frederico Marques e Araújo Cintra. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 72).

¹³⁷BADDAUY, Leticia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 126

Para situar a relevância do trabalho de Dinamarco para a disciplina dos recursos do processo civil, importa trazer à baila o artigo 515 do *Codex* processual¹³⁸¹³⁹ que, embora trate diretamente do recurso de apelação, dispõe regras aplicáveis aos recursos em geral. Dispõe o mencionado dispositivo:

Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
 § 1º-Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.
 § 2º-Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Quanto ao *caput*, ele assegura ao recorrente a faculdade de interpor recurso parcial, conforme impugne apenas uma parte da decisão; a matéria examinada pelo Tribunal, assim, circunscrever-se-á à impugnação do recorrente, nos termos do mencionado *tantum devolutum quantum appellatum*. Isto é, a parcialidade do recurso, quando ocorre no processo em razão da vontade do recorrente¹⁴⁰, é expressão do princípio da voluntariedade, bem como da vedação de o juiz agir de ofício em segundo grau. Nesse diapasão, a tese de Dinamarco explicita a noção de “matéria impugnada”, que passa a ser interpretada como “capítulos da sentença impugnados”. Nesse sentido, o autor asse:

“Recurso integral é o que contém a impugnação de toda a decisão, em todos os seus capítulos, e portanto opera a devolução de toda a matéria decidida; parcial, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros”¹⁴¹.

Assim, o recurso será parcial conforme impugne a não-integralidade dos capítulos de sentença, estes interpretados como preceitos imperativos autônomos da parte decisória,

¹³⁸São também pertinentes os artigos 516 e 517: “Art. 516. Ficam também submetidas ao tribunal as questões anteriores à sentença, ainda não decididas. Art. 517. As questões de fato, não propostas no juízo inferior, poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.”

¹³⁹No novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.015/15, subsiste as disposições no artigo 1013:

“Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.”

¹⁴⁰O recurso pode ser parcial por força de lei, quando uma das partes só é autorizada a recorrer por algum capítulo, sem poder recorrer de todos; por vontade do recorrente, quando ele estiver autorizado a interpor um recurso integral mas optar por recorrer de algum capítulo, deixando irrecorridos os demais; pela conjugação desses fatores, quando o recorrente reduz mais do que a lei o âmbito de extensão do recurso. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 99)

¹⁴¹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 98

ainda que não autônomos em sentido absoluto. Por sua vez, os capítulos não devolvidos ao Tribunal – seja por ausência de impugnação do recorrente, seja por força de lei – reputam-se cobertos pela preclusão adequada ao caso, tendo o mesmo destino que teria o ato decisório inteiro, se não houvesse sido interposto recurso. E os capítulos preclusos são inatacáveis, resultando nula a decisão recursal que for além do recorrido, por infração ao artigo 515 e às normas sobre a coisa julgada contidas na Constituição Federal¹⁴².

Já no que atine ao §1º do artigo 515, cuida o dispositivo de regular o objeto de conhecimento do Tribunal, isso inobstante a sua redação imprecisa, que refere o *juízo* de questões. Enquanto o *caput* do artigo 515 trata do objeto do processo no âmbito do julgamento recursal, o §1º refere quais as questões a serem pelo juízo recursal conhecidas, isto é, seu objeto de conhecimento¹⁴³.

Com efeito, a questão da cognição ou conhecimento do juiz sobre o processo é usualmente tratada sob dois aspectos, atinentes à profundidade e à extensão do conhecimento efetuado. Nesse sentido, o juízo vertical de cognição refere-se à profundidade com que as questões são decididas, estando associado ao grau de certeza com que as alegações são examinadas. Enquanto a cognição exauriente exige juízo de certeza, a cognição sumária – realizada mediante um corte no plano vertical de conhecimento – é verificada nos juízos de possibilidade, verossimilhança ou probabilidade sobre as assertivas¹⁴⁴. A seu turno, o plano horizontal atine à quantidade de questões a serem examinadas pelo juízo, de modo que a parcialidade nesse sentido horizontal implicará o conhecimento de número limitado de questões¹⁴⁵.

Ao prescrever a apreciação de todos os pontos controvertidos no processo, informa o §1º que a cognição do Tribunal em relação ao objeto do recurso será plena e exauriente, ou seja, completa em relação a ambos os planos de conhecimento. A cognição plena é condizente com a lição de Liebman, segundo quem “o objeto da cognição do juiz de segundo grau é diretamente a controvérsia já decidida pelo primeiro juiz, não somente a sentença pronunciada por este e as censuras levantadas contra ela”¹⁴⁶. Portanto, em princípio todos os pontos controvertidos são analisados pelo Tribunal. Há, entretanto, um corte nesse

¹⁴²DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 105

¹⁴³DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 98-99.

¹⁴⁴WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 113.

¹⁴⁵WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**, cit., p. 113

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 98-99

plano, que se dá em função da própria redução do objeto do processo: são examinadas todas as questões relativas ao pedido feito no recurso. Conforme não sejam todos os capítulos da sentença devolvidos ao Tribunal, não serão analisadas as questões que a eles não digam respeito, precisamente por serem impertinentes¹⁴⁷¹⁴⁸.

A conclusão – apenas aparentemente contraditória – a se retirar do *caput* e §1º, artigo 515, é a seguinte: relativamente aos capítulos impugnados, serão conhecidas todas as questões debatidas no processo e todos os fundamentos utilizados pelo juiz de primeiro grau. A conceituação dos capítulos se sentença refina a interpretação do dispositivo legal que traz as principais regras sobre a sistemática recursal civil, afastando a superficial contraditoriedade existente em seus parágrafos.

A regra da subsunção da devolutividade recursal aos limites do capítulo impugnado é excepcionada por Dinamarco em três casos, mas para o propósito do presente trabalho apenas um é relevante, qual seja, o que consiste na devolução dos capítulos dependentes, em decorrência de recurso sobre o principal. Argumenta o autor que onde seja muito intensa a relação de prejudicialidade entre os diversos capítulos, deve-se estender ao capítulo portador de julgamento de uma pretensão prejudicada, quando irrecorrido, a devolução operada por força de recurso que julgou a matéria prejudicial. Assim, por exemplo, dispensa-se na apelação os pedidos de juros e outros acréscimos, pois consequentes da demanda principal. Tal se dá em razão da economia e da harmonia entre os julgados, buscada não só quando da reunião de diversas pretensões em uma única, como no julgamento dos recursos. Adverte, entretanto, ser excepcional uma extensão desse tipo, não restando autorizada com a mera conexidade entre demandas¹⁴⁹.

Finalmente, a última consequência relevante a se verificar no âmbito dos recursos seria aquela atinente à *reformatio in pejus*, cujos casos de incidência serão: (i) ocorre a

¹⁴⁷Essa conclusão é retirada da observação feita por Dinamarco de que as questões decididas na fundamentação relacionam-se diretamente com os cortes feitos no decisório: “Os cortes do decisório incidem verticalmente atuando sobre o plano horizontal em que se distribuem os diversos preceitos contidos na sentença. Inversamente, alinham-se verticalmente as diversas proposições residentes na motivação da sentença: elas descem à profundidade que o juiz entender necessária, suficiente e adequada para preparar as conclusões imperativas a serem lançadas depois, no decisório.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 17)

¹⁴⁸Não apenas da teoria de Dinamarco extrai-se o corte no plano horizontal de conhecimento do juízo recursal. Segundo Frederico Marques, a divisão da sentença em capítulos segundo a quantidade de questões resolvidas é também capaz de operar a devolução parcial do apelo: nesse caso, são as questões debatidas na fundamentação e contra as quais insurge-se o recorrente que efetuam diretamente a redução do âmbito de conhecimento do juízo recursal. (MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.4. cit., p. 141)

¹⁴⁹DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p. 108-112

reformatio in pejus quando o Tribunal decide sobre capítulo inatacado, cujo teor não fora devolvido pelo recorrente, piorando a situação deste; e também quando (ii) nos limites do capítulo impugnado, isto é, dentro do âmbito de devolução proporcionado pelo recurso, o juízo recursal piora a situação do recorrente¹⁵⁰.

É de se apontar que, embora situe a sua teoria dentro do estudo da sentença civil, o que se observa é que Dinamarco visa adequá-la com o funcionamento dos recursos e com as características mais salientes de direito cível material e processual. Isso se dá especialmente no que tange aos recursos, pois é a partir deles que extrai as principais regras de definição dos capítulos de sentença: em razão de outros institutos jurídicos é que Dinamarco decide que capítulos são partes do decisório, bem assim enquadra como capítulos distintos o julgamento de preliminares de admissibilidade do mérito extintivas e não extintivas, ou, ainda, entende ser decomponível em múltiplos capítulos o objeto que, por sua natureza, seja também decomponível.

Nesse diapasão, é uma leitura possível da teoria de Dinamarco que, de um lado, ela busque assegurar a funcionalidade da divisão em capítulos em face da sistemática de recursos dada pela prática; de outro, vise a sua autonomia, no sentido de que cada capítulo possa ser julgado independentemente de outro. Por essa razão, a autonomia de cada decisão incluída como capítulo deve ser lida, em princípio, relativamente ao conjunto de pressupostos próprios para que ela seja tomada. Uma nota tal a respeito da tese de Dinamarco é relevante para o tópico 2.3, onde ela será retomada.

Em todo caso, para o presente trabalho tem-se em conta que, embora a cisão dos fundamentos da sentença tenha efeitos importantes sobre outros institutos processuais – tais como os recursos especial e extraordinário, ou mesmo os embargos declaratórios -, deve-se manter em vista que o que motiva a discussão sobre capítulos é justamente a possibilidade de o recorrente não buscar a integral revisão do julgado pelo Tribunal, o que pode se dar por sua vontade ou mesmo por determinação legal. Logo, a teoria dos capítulos de sentença diz respeito à parte dispositiva da sentença, na medida em que é ela a responsável pelos efeitos práticos sobre a vida das pessoas.

¹⁵⁰MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil**: comentado artigo por artigo. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 525

3.2 O MÉTODO TRIFÁSICO DE APLICAÇÃO DA PENA

3.2.1 Princípios reitores da aplicação da pena

Já se pontuou que no sistema inquisitivo o poder punitivo era excessivamente concentrado pelos juízes. Estes, sendo representantes do absoluto poder soberano, atuavam ao mesmo tempo como acusadores e julgadores do conflito penal, o que resultava em um sistema a serviço do Estado e de sua tirania, despreocupado com a justiça das decisões e não reconhecedor do réu como sujeito de direitos. Com efeito, o direito penal – se for possível falar de algum – da era medieval não servia efetivamente como escudo ao arbítrio estatal, antes sendo instrumento para a aplicação de sanções cruéis aos acusados de cometer delitos¹⁵¹.

O Iluminismo - movimento teórico de oposição ao Antigo Regime – trouxe consigo as primeiras reações a esse sistema, as quais restaram bem expressas por Cesare Beccaria no clássico “Dos delitos e das penas”, no qual afirmava, concluindo:

“Concluo com uma reflexão, a de que a grandeza das penas deve ser relativa ao estado da nação mesma. Mais fortes e sensíveis devem ser as impressões sobre os espíritos endurecidos do povo apenas emergido do estado selvagem. É preciso o raio para abater um leão feroz que não se abala com o disparo de um fuzil. Mas à medida que os espíritos se abrandam nos estados de sociedade, cresce a sensibilidade e, com ela, deve decrescer a força da pena, se houver que se manter constante a relação entre o objeto e a sensação. Do quanto se viu até agora pode tirar-se um teorema geral muito útil, mas pouco conforme ao uso, esse legislador ordinário das nações, a saber: para que cada pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão privado, deve ser essencialmente pública, rápida, necessária, a mínima possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos e ditada pelas leis.”¹⁵²

Consequente à revolução teórica que inspirou a Revolução Francesa, no plano legislativo a primeira reação à arbitrariedade na aplicação das penas consistiu em um modelo de pena fixa, pelo qual o juiz restava totalmente adstrito à aplicação da pena fixada pela lei parlamentar¹⁵³. Tal sistema, que se mostrava intimamente ligado aos ideais de soberania do povo, diametralmente opostos à concentração de poder por uma autoridade estatal, logo se mostrou inconveniente em virtude da inexistência de ajustamento da pena ao fato e ao agente.

¹⁵¹BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, cit., p. 524

¹⁵²BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 139

¹⁵³BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 148-150

Verificou-se, assim, que um certo grau de indeterminação legal da pena seria útil, justamente a fim de possibilitar a imprescindível adequação da pena à realidade concreta¹⁵⁴.

Em razão desses fatores, a partir de 1810 observa-se na França a passagem para um sistema de indeterminação relativa, que, evoluindo, ao fim conteria o estabelecimento legal de limites mínimo e máximo para a pena privativa de liberdade, dentre os quais o julgador poderia transitar, de forma fundamentada, para decidir a pena aplicável ao caso concreto¹⁵⁵. Essa orientação, que conjuga aspectos legais e de discricionariedade, condicionando o julgador a guiar-se pelo princípio de livre-convencimento motivado, é designada pela expressão “individualização da pena”, encontrando previsão constitucional no artigo 5º, XLVI:

- XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos;

Ao afirmar que a lei regulará a individualização da pena, o dispositivo constitucional propõe um método para a individualização da pena que abrange três fases distintas¹⁵⁶: uma legal, na qual o legislador comina abstratamente limites máximo e mínimos para a pena relativa ao delito, isso com base em critérios políticos, sociais, econômicos, ideológicos, estabelecendo também fatores de agravamento e atenuação da pena; a fase judicial, onde a individualização da pena se dá em concreto pelo juiz competente para a prolação de sentença, este não exercendo poder arbitrário no procedimento quantificador, mas guiando-se fundamentadamente por critérios legais e jurisprudenciais para proclamar a pena em espécie e quantidade que reflita o ideal de proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal; por fim, uma fase de execução da pena, que tem como referência os limites da sentença condenatória.

Conquanto se costume referir com mais frequência à individualização como um procedimento de adequação da pena ao caso concreto, tendente à valorização das inúmeras

¹⁵⁴BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, cit., p. 526

¹⁵⁵GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 175

¹⁵⁶BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 149-150

peculiaridades que envolvem o delito mais do que com as generalidades dos tipos penais¹⁵⁷, o fato é que a individualização, desde que corretamente compreendida, diz respeito a pelo menos dois grandes princípios do Estado Constitucional de Direito: a legalidade e a proporcionalidade.

No que diz respeito à legalidade, impõe na fase judicial a obediência, pelo juiz, de critérios e limites eleitos pelo legislador com base em considerações genéricas a respeito dos tipos penais e da conduta humana - como por exemplo na descrição legal das agravantes e atenuantes e de tipos penais qualificados. Afeiçoa-se ao paradigma da segurança jurídica¹⁵⁸, uma vez que por meio da previsão legal dos critérios de fixação da pena pode o cidadão conhecer, antecipadamente, as consequências do delito que praticar. Decorrem, assim, do princípio da legalidade: a taxatividade dos tipos penais, que devem ser clara e minuciosamente construídos, a anterioridade e a irretroatividade da lei penal, que exige a prévia cominação da pena ao fato considerado criminoso¹⁵⁹.

Outrossim, entendemos que, reduzindo a possibilidade de divergência entre diferentes juízes, garante o princípio da legalidade a fixação de penas semelhantes a sujeitos que pratiquem crimes semelhantes. Esse aspecto – a isonomia na aplicação da pena – relaciona-se ademais com o princípio da proporcionalidade, pelo qual pode o juiz garantir o tratamento desigual aos desiguais¹⁶⁰.

A seu turno, a proporcionalidade relaciona-se com a individualização na medida em que preconiza que a intensidade da sanção deve variar conforme a gravidade da conduta praticada pelo agente, a ser desvendada pelo juiz. Apenas este pode, efetivamente,

¹⁵⁷Esse o aspecto da individualização que levou o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º, da Lei nº8072/90, que determinava o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. ("A Constituição Federal, ao criar a figura do crime hediondo, assim dispôs no art. 5º, XLIII: (...) Não fez menção nenhuma a vedação de progressão de regime, como, aliás - é bom lembrar -, tampouco receitou tratamento penal stricto sensu (sanção penal) mais severo, quer no que tange ao incremento das penas, quer no tocante à sua execução. (...) Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII). Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica." (HC 82959, Voto do Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento em 23.2.2006, DJ de 1.9.2006)

¹⁵⁸GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 174

¹⁵⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 34

¹⁶⁰NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 37

personalizar e particularizar a pena de acordo com as circunstâncias do delito e as características pessoais do infrator, garantido a justiça do caso concreto¹⁶¹. Assim, quantidade e espécie de pena devem refletir o ideal de proporcionalidade entre a ação criminosa e a resposta penal.

É em razão da conjugação desses dois princípios que se afirma ser a fixação da pena um exercício de discricionariedade vinculada, que encontra seus limites na lei ordinária, sendo a violação inconstitucional em face dos princípios da pena determinada e de sua individualização¹⁶².

No mais, também a fundamentação é essencial para que o procedimento de quantificação da pena resulte, por fim, na pena justa¹⁶³. Em verdade, constitui a fundamentação das decisões judiciais princípio-garantia inerente e essencial ao devido processo penal e ao Estado Democrático de Direito, permitindo a fundamentação e o controle das decisões relativamente às questões de fato e de direito¹⁶⁴¹⁶⁵. Nesse sentido, cuida-se de uma exigência imposta a todas as decisões do Poder Judiciário, conforme previsão do artigo 93, X da Constituição Federal¹⁶⁶:

Segue-se daí que a motivação da decisão judicial quanto à quantificação da pena insere-se no conjunto de garantias abrangidas pelo devido processo penal, representando meio de controle de sua correta individualização pelo julgador¹⁶⁷. Observa-se cumprir papel extremamente relevante para o acusado, que assim como tem direito de saber os motivos pelos quais condenado, deve saber quais os fatores considerados na definição da pena, quantitativa e qualitativamente¹⁶⁸. Não é, contudo, de seu interesse exclusivo, pois também a acusação tem direito de conhecer os critérios de fixação da pena. A insuficiência de fundamentação impossibilita o ataque lógico ao julgado objeto de recurso, e isso diz respeito

¹⁶¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**, cit., p. 39

¹⁶²BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal...**, cit., p. 535

¹⁶³BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 150

¹⁶⁴CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 34

¹⁶⁵Dispõe o artigo 381, III do Código de Processo Penal ser elemento essencial da sentença a indicação dos motivos de fato e de direito nos quais se funda a decisão.

¹⁶⁶Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

¹⁶⁷BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 155

¹⁶⁸GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 175

não só ao acusado, pois o órgão acusador tem interesse em recorrer para promover a justiça da pena.

Ademais, quando se trata da motivação na aplicação da pena, a lei penal não apenas ordena os fatores que devem pesar na decisão, como o próprio procedimento decisório que deve ser seguido pelo juiz e vir reproduzido na motivação¹⁶⁹. Nessa senda, a não observância da ordem estabelecida pela lei penal acarreta a nulidade da decisão, por vício de motivação¹⁷⁰. Portanto, a fundamentação e a individualização funcionam ambas como garantias de racionalização da pena, notando-se entre os princípios forte vinculação, sendo frequente que a violação a um se dê concomitantemente a outro¹⁷¹.

3.2.2 Critérios legais da individualização da pena no direito brasileiro

Para o presente trabalho, interessa sobremaneira a fase judicial de individualização da pena, para a qual a legislação dispõe de um método relativamente rígido a ser observado pelo magistrado. Trata-se do método trifásico, conhecido por diplomas internacionais em oposição ao método bifásico: no Brasil, até 1984 a ausência de indicação legal expressa do método aplicável induziu diversos debates doutrinários, protagonizados principalmente por Nelson Hungria, defensor do método trifásico, e Roberto Lyra, em favor do bifásico. O atual artigo 68 do Código Penal suplantou essa discussão, referindo em seu *caput* três momentos distintos na aplicação da pena:

¹⁶⁹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p.176

¹⁷⁰GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 177

¹⁷¹HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELAÇÃO JULGADA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ILEGALIDADE MANIFESTA. OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PATENTE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SISTEMA TRIFÁSICO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. INOBSERVÂNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Hipótese em que há ilegalidade manifesta a ser reconhecida. O Magistrado sentenciante não logrou fundamentar de maneira idônea a dosimetria da pena, porquanto não procedeu à análise das circunstâncias judiciais do art. 59, nem analisou a existência de atenuantes, agravantes, causas de diminuição e de aumento de pena, consoante determina o art. 68 do Código Penal, em patente inobservância ao sistema trifásico, ao princípio da individualização da pena, e ao art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988. 3. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para, mantida a condenação, anular a sentença e, por conseguinte, o acórdão guerreado, no tocante à dosimetria da pena, a fim de que seja proferida nova sentença, de forma fundamentada. (STJ - HC: 215680 SP 2011/0191032-5, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 18/04/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2013)

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.

Por sua vez, o artigo 59 complementa o trajeto de aplicação da pena, referindo o momento inicial de eleição da pena aplicável ao caso em virtude da tipificação escolhida, e ainda as etapas posteriores de fixação do regime inicial de cumprimento de pena e, se cabível, de substituição de penas:

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:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Ademais, refere o *caput* do artigo 59 quais os vetores a serem analisados pelo juiz no arbitramento da pena-base, isto é, quais as circunstâncias do caso concreto a serem valoradas pelo juiz na aplicação da pena. Pena-base é a pena individualizada que tem como norte as circunstâncias dispostas neste artigo. Os conceitos nele colocados exigem cuidadosa imersão do juiz nas provas dos autos, através da qual conhecerá o máximo de aspectos inerentes ao caso, concretizando-se a pena-base precisamente à vista da realidade de cada caso¹⁷².

Nesse diapasão, podem as circunstâncias judiciais – como são denominados os vetores do art. 59, CP – ser classificadas em subjetivas ou objetivas, conforme digam respeito, respectivamente, ao autor e sua vida anterior ao crime ou ao fato em si¹⁷³. Em todo caso, independentemente de sua classificação, cada um dos termos é analisado, em princípio, individualmente, exigindo a respectiva interpretação e motivação judicial para a sua valoração positiva ou negativa¹⁷⁴. A esse respeito, aliás, reiteradamente afirmou o Superior Tribunal de

¹⁷²BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 192

¹⁷³Refere Antonio Magalhães Gomes Filho: “Assim, há elementos que relacionam a uma avaliação sobre a maneira de ser do agente (antecedentes, conduta social, personalidade); outros dizem respeito à reprovabilidade do fato praticado (culpabilidade, conseqüências e comportamento da vítima); e, finalmente, aponta o legislador as ideias fundamentais, o sentido teleológico que deve ser dado a essas valorações: a reprovação e a prevenção do crime.” (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p.178)

¹⁷⁴Embora acrescentando que cada uma das outras sete circunstâncias judiciais deveria ser lida com relação à culpabilidade, sendo esta a verdadeira determinante do valor da pena-base, até mesmo José A. Paganella Boschi

Justiça que o aumento da pena-base em virtude das circunstâncias judiciais desfavoráveis depende de fundamentação concreta e específica que extrapole os elementos inerentes ao tipo penal.

Tais elementos, mencionados pelo artigo 59, são designados como circunstâncias judiciais porque a sua valoração – positiva ou negativa – se dará no caso concreto, inclusive em termos quantitativos. Desse modo, a carga de valor de cada um dos elementos é aferida em concreto para cada uma das circunstâncias, ou, talvez mais corretamente, para o conjunto delas. Segue então a pena-base, a qual fornece um *quantum* de partida que, posteriormente, será agravado ou atenuado conforme as circunstâncias legais estabelecidas pelo *Codex* penal. Cuida-se a quantificação da pena-base de um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado¹⁷⁵.

E em que pese o Código Penal não estabeleça um método próprio para a aferição da pena-base, genericamente é possível reconhecer-se alguns critérios indicados pela jurisprudência para a aferição do valor quantitativo das circunstâncias judiciais. Destarte, se do exame do conjunto das circunstâncias judiciais conclui-se a sua valoração positiva ou neutra, a pena é fixada no mínimo legal; por outro lado, a valoração de algumas circunstâncias negativamente leva a quantificação acima do mínimo legal, aproximando-se, conforme o caso, do termo médio (este equivalendo a soma, dividida por dois, das penas mínima e

traça as características de cada uma das circunstâncias colocadas no artigo 59 do Código Penal, deixando claro que a valoração negativa ou positiva de cada uma depende da verificação de pressupostos próprios de cada. (BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 192 e ss.)

¹⁷⁵BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 182

máxima cominadas ao delito)¹⁷⁶¹⁷⁷¹⁷⁸¹⁷⁹. Por consequência, a constatação da reprovabilidade máxima do conjunto de circunstâncias implica a fixação da pena-base no meio termo entre os limites máximo e mínimo previstos legalmente¹⁸⁰¹⁸¹. Este, por sua vez, é escolhido como limite à pena-base em função da progressividade que ele assegura, pois garante que o aumento da pena nas segunda e terceira fase seja efetivo.

Gize-se ser controvertido esse método mesmo na jurisprudência nacional, onde um setor minoritário – embora prevalente no Rio Grande do Sul – defende inclusive um

¹⁷⁶PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 10 DA LEI N. 9.296/1996 (INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL). DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. AFERIÇÃO DO QUANTUM ARBITRADO A TÍTULO DE ATENUANTE. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...) 3. Na hipótese dos autos, aumentou-se a pena-base em 6 meses pelo reconhecimento da culpabilidade do agente, da sua personalidade, bem como dos motivos do crime, e, em razão da atenuante da confissão, reduziu-se a sanção em 3 meses, o que não é desproporcional ou desarrazoado, levando-se em consideração o preceito secundário da norma incriminadora (de 2 a 4 anos). 4. Habeas corpus não conhecido. (HC 265.556/GO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2015, DJe 21/05/2015)

¹⁷⁷“(...) 14. Havendo tão-somente três circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu, a fixação da pena-base no termo-médio mostra-se exageradamente elevada, devendo, por conseguinte, ser reduzida. (...)” (TRF-4 - ACR: 35854 PR 2003.70.00.035854-2, Relator: Relatora, Data de Julgamento: 12/12/2006, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: D.E. 17/01/2007)

¹⁷⁸PENAL. (...) 2. Se as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal forem desfavoráveis ao Réu, a pena-base deve ser fixada no termo médio da pena abstratamente cominada ao delito de estelionato, qual seja, 3 (três) anos. (...) (TRF-5 - ACR: 3654 PE 2000.83.00.004559-7, Relator: Desembargador Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho (Substituto), Data de Julgamento: 28/04/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 16/06/2005 - Página: 661 - Nº: 114 - Ano: 2005)

¹⁷⁹Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) 3. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 16/04/2010; HC 116.541/ES, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 6/6/2013; HC 98.366/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe de 5/2/2010. 4. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 5. A pena-base foi devidamente fixada, em razão da valoração negativa das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, em especial pela qualidade e grande quantidade do entorpecente furtado, bem como no tocante à circunstâncias e consequências do crime revelada pelo modus operandi que o crime foi praticado. (...) (STF - RHC: 117094 SP , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/11/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013)

¹⁸⁰Paganella.

¹⁸¹AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENAL. CRIME DE PECULATO-FURTO. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE, SE A CULPABILIDADE E AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME EXTRAPOLAM AS NORMAIS À ESPÉCIE. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 5. Por outro lado, revela-se excessivo o aumento da pena-base, na medida em que o Tribunal de origem a fixou em quantum médio, com fundamento em apenas 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, dentre as 8 (oito) previstas no art. 59 do Código Penal, sobretudo porque a exasperação da reprimenda deve respeitar o princípio da proporcionalidade. 6. Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no Ag 1276131/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA

modelo mais rígido, atribuindo a cada circunstância um valor correspondente a um oitavo da distância entre a pena mínima e o termo médio¹⁸²¹⁸³. Tal entendimento não encontra respaldo pelo Superior Tribunal de Justiça, que interpreta ser mais adequado à redação do art. 59, CP, que a fixação dos valores de cada circunstância se dê com base na discricionariedade do julgador¹⁸⁴. Nesse contexto, a rechaça ao critério matemático deve-se, de um lado, a este não ser estabelecido por lei e, de outro, porque o simples número de circunstâncias judiciais desfavoráveis não expressa adequadamente a gravidade de cada uma.

TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe 25/04/2011)

¹⁸²Nesse sentido, é exemplificativa a seguinte ementa:

Ementa: APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADES. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA ALTERADA. SENTENÇA REFORMADA. (...) 4. A pena-base deve ser fixada no mínimo legal apenas quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao acusado. Existindo circunstância desfavorável, a pena deve ser elevada até o limite do termo médio entre a pena mínima e a máxima. No caso, das oito circunstâncias judiciais, uma delas foi desfavorável (circunstâncias). Considerando o intervalo de 9 (nove) anos entre a pena mínima em abstrato (12 anos) e o termo médio (21 anos), o aumento poderia ter sido fixado em cerca de 01 (um) ano e 01 (um) mês (aproximadamente 1/8 do intervalo entre a pena mínima e o termo médio). Alterada, portanto, a pena base para 13 (treze) anos e 1 (um) mês de reclusão. (...) RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70055297725, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto Data de Julgamento: 17/10/2013 Publicação: Diário da Justiça do dia 05/12/2013

¹⁸³PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO OBJETIVA DE PUNIBILIDADE DO DELITO DE CONTRABANDO. DESNECESSIDADE. DELITO FORMAL. NÃO EXIGÊNCIA A CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO DÉBITO PARA A CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL OU COMO CONDIÇÃO DE SUA TIPICIDADE. PENA-BASE. (...) 1. O delito de descaminho previsto no artigo 334 do Código Penal se perfectibiliza com a simples entrada da mercadoria em território nacional sem o pagamento dos impostos devidos, sendo, portanto, crime formal e não exigindo a constituição definitiva do débito para caracterização do tipo penal ou como condição de sua tipicidade. 2. Para calcular-se o peso de cada circunstância do artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado o termo médio entre o mínimo e o máximo da pena cominada, do qual se reduz o mínimo, dividindo-se este resultado pelo número de circunstâncias (EINUL 2000.04.01.134975-0, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, D.E. 28-5-2009). (...) (TRF4, ACR 5002578-85.2013.404.7002, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Altair Antonio Gregório, juntado aos autos em 17/09/2014)

¹⁸⁴HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. LATROCÍNIO. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE EXACERBADA EM RAZÃO DA AUTORIA INTELLECTUAL DO CRIME. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PREMEDITAÇÃO. AUMENTOS IDÔNEOS. PERSONALIDADE DO AGENTE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em recentes decisões, não admitem mais a utilização do habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso próprio ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido da impossibilidade de mensurar matematicamente o aumento da pena-base, de forma a se atribuir igual acréscimo de pena para cada circunstância judicial considerada negativa, pois a lei confere ao julgador certo grau de discricionariedade na análise das circunstâncias judiciais, de modo que o que deve ser avaliado é se a fundamentação exposta é idônea e proporcional, autorizando a fixação da pena-base no patamar escolhido. 3. Não há motivação idônea na sentença para o aumento da pena-base decorrente da personalidade e das consequências do crime, pois utilizados argumentos vagos, que não trazem qualquer especificidade do caso. 4. É idôneo o recrudescimento da pena daquele que é o mentor intelectual do crime, em razão da culpabilidade exacerbada, bem como o aumento decorrente da premeditação do delito, circunstância do crime que não é inerente ao tipo. 5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para reduzir a reprimenda-base da paciente. (HC 316.907/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 02/06/2015)

Acrescem-se às críticas jurisprudenciais as doutrinárias, também no sentido de que a mera verificação do número de circunstâncias judiciais negativas não faz jus a uma adequada individualização da pena, devendo ser valorados concretamente pelo juiz. Nessa senda, José Antonio Paganella Boschi afirma que as sete outras circunstâncias do artigo 59 deveriam ser interpretadas como ferramentas de verificação da culpabilidade, esta sim a ser considerada mais ou menos grave¹⁸⁵.

Para além do modo de cálculo, constata-se que as circunstâncias judiciais possuem caráter residual, apenas emergindo na ausência de circunstâncias legais. Por esse motivo mesmo é que, constatada a pluralidade de qualificadoras ou majorantes do tipo penal, a mais grave será considerada para determinar a moldura da pena, enquanto as demais serão enquadradas como agravantes e, nessa impossibilidade, servirão para o agravamento da pena-base¹⁸⁶¹⁸⁷. Finalmente, a residualidade dos vetores do art. 59 se confirma na possibilidade de

¹⁸⁵ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 253

¹⁸⁶BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 253

¹⁸⁷PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. LEGALIDADE. DUPLA IMPUTAÇÃO DO DELITO DO ART. 148 DO CPB. INOCORRÊNCIA. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA E CONCURSO FORMAL CONCEDIDOS A CORRÉU EM AÇÃO PENAL DESMEMBRADA. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...) 3. O Superior tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, na hipótese de se configurar a pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização da primeira para qualificar o delito e das subsequentes para exasperação da pena-base ou agravamento da pena intermediária na segunda fase do critério trifásico. Precedentes. 4. In casu, a exasperação da pena-base para cada um dos quatro homicídios qualificados em sete anos, em razão das três qualificadoras restantes e das circunstâncias judiciais anotadas, não extrapola o limite do razoável, uma vez que a pena abstratamente culminada varia de doze a trinta anos. O mesmo argumento se aplica ao aumento da pena-base em um ano para o sequestro simples (e em dois anos para a forma qualificada) e em dois anos para a extorsão majorada em razão dos motivos e consequências do delito. 5. Legalidade da sanção imposta relativa ao delito do art. 148 do Código Penal, levando em conta o número de vítimas de sequestro (cinco), bem assim a circunstância de uma das vítimas ser menor, autorizando o reconhecimento da qualificadora (art. 148, § 2º), não havendo que se falar em "dupla apenação" como sustenta a impetração. 6. Este Superior Tribunal tem reconhecido que, configurado o concurso de agentes, os benefícios alcançados por um dos corréus deverão ser estendidos aos demais, desde que haja identidade das situações fático-processuais e que o benefício não tenha sido alcançado em razão de circunstâncias pessoais do beneficiado. Na espécie, não se vislumbra qualquer circunstância de caráter pessoal aplicável ao corréu ou diversidade de circunstâncias fático-processuais que impeçam a extensão dos efeitos da decisão ao paciente, ainda que proferida em processo desmembrado. 7. Sob pena de se incorrer em mácula à isonomia, devem ser reconhecidas em favor do paciente a ficção legal da continuidade delitiva (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) para os crimes de homicídio qualificado a ele imputados bem como a figura do concurso formal homogêneo (art. 70 do Código, primeira parte) para os delitos de sequestro e cárcere privado. 8. Habeas corpus não conhecido. Concessão parcial da ordem, de ofício, para estender ao paciente, na forma do art. 580 do Código de Processo Penal, os efeitos do benefício concedido a corréu, reconhecendo a continuidade delitiva (art. 71, parágrafo único, do Código Penal) para os crimes de homicídio qualificado e o concurso formal homogêneo (art. 70, primeira parte) para os crimes de sequestro e cárcere privado, devendo as instâncias ordinárias redimensionar a pena aplicada de acordo com os novos parâmetros adotados. (HC 162.101/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 18/05/2015)

ali se aplicar “agravantes por analogia”, na hipótese de a situação dos autos se mostrar análoga, mas não perfeitamente coincidente com previsão legal de agravante.

Fixada a pena-base, passa o juiz a verificar a existência de circunstâncias legais, fixando a pena provisória com atenção às agravantes e atenuantes e, por fim, a pena definitiva com base nas majorantes e minorantes. Tais são, todos, mensuráveis individualmente, tratando-se de fatores de agravamento ou abrandamento da pena-base, que, como se apontou, é o ponto de partida para a verificação dos demais.

São regidas pelo princípio da legalidade as causas de agravamento e atenuação da pena contidas entre os artigos 61 e 65 do Código Penal, não admitindo por isso interpretação analógica, justamente por esta ser vedada em matéria penal. Nesse sentido, ademais, são causas de modificação da pena taxativas, não se encontrando fora dos mencionados dispositivos – seja por analogia, ampliação ou extensão. Estes artigos, com os respectivos incisos, referem-se a circunstâncias que, sem modificá-lo, agregam-se a qualquer delito indistintamente, sendo por isso chamadas genéricas. Finalmente, são obrigatórias, porque não podem ser ignoradas pela sentença, salvo quando constituírem elementar do delito; no mais, apenas a atenuante do artigo 66, CP não possui redação muito rígida, prescindindo de previsão expressa em lei o fato relevante, posterior ou anterior ao crime, que o atenua¹⁸⁸.

No cálculo da pena provisória, tem o julgador latitude para decidir quanto a seus efeitos, uma vez que não há previsão legal do quanto cada circunstância deva agravar ou atenuar a pena. Para contornar problemas relativos à insegurança jurídica dessa ausência de indicação, sugere a doutrina quantos de 1/6 (um sexto) ou 1/8 (um oitavo), anotando Boschi que uma quantificação mais elevada geraria o inconveniente de equiparação com as causas especiais ou de diminuição, que possuem intensidade mais elevada¹⁸⁹. E, presentes causas agravantes e atenuantes, poderá o juiz considerá-las separadamente ou compensar umas pelas outras, salvo seja qualquer delas preponderante, nos termos do artigo 67 do Código Penal¹⁹⁰.

Fixada a pena provisória, passa o juiz às causas de aumento e de diminuição, que são especiais quando previstas para determinados delitos, e gerais quando aplicáveis a todos indistintamente. São estas classificáveis, assim como as circunstâncias agravantes e

¹⁸⁸BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 200

¹⁸⁹BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 254

¹⁹⁰Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

atenuantes, em objetivas e subjetivas, e em intrínsecas – quando atinentes ao momento da prática delitiva – e extrínsecas – quando respeitam a momentos imediatamente anteriores ou posteriores à conduta criminosa¹⁹¹.

São as causas de aumento ou diminuição também regidas pelo princípio da legalidade e taxativamente previstas no diploma legal. Quanto a estas, entretanto, o Código Penal aponta a quantidade de pena aplicável, que pode ser fixa (caso do §4º do artigo 121, CP) ou variável (como é o artigo 14, II, e o artigo 70, do Código Penal). Nesse último caso, é o aplicador da pena quem determinará a fração aplicável, fundamentadamente, mediante critérios práticos recomendados pela jurisprudência¹⁹²¹⁹³.

São relevantes, nesse contexto, os casos de concurso de crimes, também contemplados dentre as causas genéricas de aumento da pena. São os artigos 69 a 71 que, no Código Penal, estabelecem o tratamento a ser dado ao acusado que é condenado pela prática de mais de um delito:

Concurso material

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Crime continuado

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de

¹⁹¹GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p.176

¹⁹²BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 259

¹⁹³ “O Superior tribunal de Justiça pacificou o entendimento segundo o qual, na hipótese de se configurar a pluralidade de qualificadoras, é plenamente possível a utilização da primeira para qualificar o delito e das subsequentes para exasperação da pena-base ou agravamento da pena intermediária na segunda fase do critério trifásico. Precedentes.” (STF, HC 110.021, rel. min. Joaquim Barbosa, julgamento em 5-6-2012, Segunda Turma, DJE de 19-6-2012.)

execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Assim, há concurso material de crimes quando o agente comete mais de uma ação típica e com diversidade de desígnios, caso em que as penas serão simplesmente somadas¹⁹⁴. De outra banda, o concurso formal se dá quando uma mesma conduta e uma mesma vontade resultam em mais de um delito. Nesse caso, o Código Penal determina a aplicação da pena mais alta, aumentada de um sexto até metade, conforme o número de vítimas ou de crimes¹⁹⁵¹⁹⁶¹⁹⁷.

Dispõe o artigo 71 sobre o crime continuado, ficção jurídica criada por razões de política criminal segundo a qual uma pluralidade de infrações, com diversos desígnios e resultados, passam a ser consideradas como uma infração única, mediante o entendimento de que os fatos subsequentes são meros desdobramentos do fato inicial¹⁹⁸. Para a sua caracterização, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e de ordem subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos¹⁹⁹²⁰⁰. Também aqui a fração de aumento será determinada a partir do número de crimes praticados, mas, sendo violentos os delitos e contra

¹⁹⁴BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 261

¹⁹⁵"O magistrado elevou a pena em 1/6 ao aplicar a regra do concurso formal de crimes, atuando, desse modo, em sintonia com a jurisprudência dominante, que entende ser esse o patamar aplicável quando cometidos apenas dois delitos." (STF, HC 102.510, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 14-12-2010, Segunda Turma, DJE de 8-12-2011.)

¹⁹⁶"O percentual de aumento decorrente do concurso formal de crimes (art. 70 do CP) deve ser aferido em razão do número de delitos praticados, e não à luz do art. 59 do CP" (STJ, HC 136.568/DF, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/10/2009).

¹⁹⁷"Reconhecido o concurso formal de crimes, a fração de aumento deve variar de acordo com a quantidade de resultados. Precedentes." (STJ, ; HC 284951/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/04/2014, DJe 23/04/2014)

¹⁹⁸BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 262

¹⁹⁹"Este Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria mista, segundo a qual, para a caracterização da continuidade delitiva, afigura-se imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos)." (STJ, RHC 43601/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014.)

²⁰⁰"O entendimento desta Corte é no sentido de que para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios)." (STJ, HC 292875/AL, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014)

diferentes vítimas, deverão ser sopesadas também as circunstâncias do fato e pessoais do agente²⁰¹²⁰².

Em todos os casos supra aludidos, incide a majorante de concurso de crimes após a individualização de cada pena relativa ao fato delitivo²⁰³, e em todo caso é comparada a pena obtida mediante os critérios dos artigos 70 e 71 com a pena que seria alcançada com a simples soma de cada pena individual respectiva a um delito, sendo tornada definitiva aquela mais favorável ao réu. As causas de diminuição e de aumento não são compensáveis entre si, recomendando-se a aplicação sucessiva das causas de aumento e, após, das causas de diminuição, método mais vantajoso ao acusado²⁰⁴.

Ademais, dispõe o Parágrafo Único do artigo 68 do Código Penal acerca do concurso, entre si, de causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial. Nesse caso, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, desde que seja a que mais aumente ou diminua. A orientação de ignorar uma das causas de aumento serve para resguardar a proporcionalidade na fixação das penas, uma vez que a aplicação sucessiva de causas de aumento ou diminuição tornaria a pena deveras alta ou baixa²⁰⁵.

Fixada a pena privativa de liberdade, opera-se a detração²⁰⁶ e, seguindo-se ainda a ordem do mencionado artigo 59, CP, determina-se o regime inicial de cumprimento de pena, em seguida verificando-se a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por

²⁰¹“Hipótese em que as instâncias de origem fundamentaram adequadamente a incidência da continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Levou em conta, para o aumento consignado, além do número de delitos, também as circunstâncias judiciais. (STJ, HC 277283/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 24/06/2014.)

²⁰²“A majoração da pena pela aplicação do art. 71, parágrafo único, do Código Penal, deve ter fundamentação com base no número de infrações cometidas e também nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.”(HC 265960/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 12/03/2014)

²⁰³“Na aplicação da pena privativa de liberdade, o aumento decorrente de concurso formal ou de crime continuado não incide sobre a pena-base, mas sobre a pena acrescida por circunstância qualificadora ou causa especial de aumento.” (STF, RHC 86.080, rel. min. Cezar Peluso, julgamento em 6-6-2006, Primeira Turma, DJ de 30-6-2006.)

²⁰⁴BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 267

²⁰⁵BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 267

²⁰⁶Dispõe o artigo 42 do Código Penal: “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”.

restritivas de direitos, ou ainda a suspensão condicional da pena²⁰⁷. Finalmente, é fixada a pena de multa²⁰⁸.

3.2.3 Conclusões preliminares sobre o método trifásico. A possibilidade de o Ministério Público interpor recurso em face de sentença penal condenatória

Feitas essas considerações sobre o cálculo da pena, o que se observa é que o método estabelecido pelo Código Penal tem como finalidade a fixação de uma pena proporcional, dispondo uma variedade de regras para a sua majoração ou abrandamento conforme a gravidade da conduta. Dentre estas, a diferenciação entre as circunstâncias judiciais e legais impõe diferentes métodos para sua aferição e quantificação. Enquanto as circunstâncias judiciais são aspectos sempre presentes em torno da prática delitiva, podendo ser valoradas positiva ou negativamente conforme o caso concreto, a presença de agravantes e atenuantes é excepcional, quando constatado que um aspecto da conduta corresponda a uma hipótese prevista no texto legal, inexistindo de outra forma²⁰⁹. Ademais, as circunstâncias judiciais não são medida de *quantum* de agravação/atenuação, mas critério geral de mensuração da pena em relação ao crime considerado substancialmente ou nos limites de sua definição geral²¹⁰.

A autonomia de cada circunstância legal é constatada com facilidade, uma vez que cada uma é fixada independentemente de outra, bem como a mudança que ela provoca na quantidade de pena é relativamente fixa – ainda que estabelecida de forma não vinculativa pela jurisprudência, como na segunda fase de fixação da pena. Quanto às circunstâncias judiciais, por sua vez, apenas se cogita de autonomia no sentido de que cada uma é avaliada por pressupostos próprios – sequer nesse sentido, no entanto, ela é certa, se levadas em consideração as críticas que informam estar a pena-base vinculada à graduação de

²⁰⁷Trata da substituição o artigo 44 do Código Penal: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:(...)§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.”

²⁰⁸Cuida-se a multa de pena cumulativa à privativa de liberdade: “Art. 58 - A multa, prevista em cada tipo legal de crime, tem os limites fixados no art. 49 e seus parágrafos deste Código. Parágrafo único - A multa prevista no parágrafo único do art. 44 e no § 2º do art. 60 deste Código aplica-se independentemente de cominação na parte especial.”

²⁰⁹NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. V.1. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001

²¹⁰BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 152

culpabilidade do agente. No que atine a seu aspecto quantitativo, entretanto, é difícil falar em autonomia, uma vez que a pena-base é fixada, em regra, como um todo.

São ressaltadas, no método trifásico, as características de exigência de um ponto de referência, um *quantum* certo de pena para que se proceda à agravação ou atenuação resultante das circunstâncias legais; e não estar o juiz autorizado a contrapor as circunstâncias judiciais às circunstâncias legais, de modo que essas possam ser neutralizadas ou superadas por aquelas. Nesse sentido, a diferença entre as três fases de aplicação da pena é frisada por Paganella Boschi como sendo essencial, inclusive, para o controle da pena por meio de recurso:

“Um exemplo singelo serve para demonstrar a superioridade do método trifásico: se apelasse para expungir da pena a influência de certa agravante, o condenado só estaria em condições de antever o resultado prático de julgamento eventualmente favorável, se o quantum correspondente à agravante aparecesse explícito na sentença.

Pelo sistema de Roberto Lyra, essa antevisão não seria possível, porque, como é fácil perceber, no cálculo em duas etapas, o quantum atribuído à agravante acaba 'consumido' ou 'englobado' na pena-base.”²¹¹

Conquanto não seja rígida a fixação da pena imposta pelo Código Penal, há efetivamente uma série de critérios formais, cuja obediência é exigida para que seja considerada justa a pena fixada. Embora de direito material, tais normas implicam um certo procedimento a ser observado pelo julgador, cujo não cumprimento importa na violação, ainda que reflexa, ao princípio de individualização da pena.

Nesse contexto, é a existência de critérios legais, juntamente com o princípio de motivação das decisões, o que possibilita o ataque lógico à decisão por meio de recurso, seja do réu ou do próprio Ministério Público. Este, para além do provimento condenatório, possui interesse na fixação da justa pena ao réu, relativamente ao crime pelo qual processado: em especial no caso de crer irrisória a pena fixada pela sentença condenatória, o Ministério Público tem interesse em recorrer para vê-la aumentada²¹². Nesse sentido, tanto a irrisoriedade como a exacerbância – ambas formas de injustiça da pena - devem ser demonstradas através da fundamentação e do método trifásico de individualização da pena, porque cumprem precisamente essa função – de assegurar a pena justa –, aperfeiçoando os critérios legais de

²¹¹BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 152

²¹²GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 70

fixação da pena o sentido de pena justa, que de outro modo ficaria vinculada unicamente ao senso de justiça dos julgadores, por sua vez difícil de controlar racionalmente.

Entendemos que a possibilidade de o Ministério Público interpor recurso em face de sentença condenatória é relacionada com o próprio princípio da oficialidade, pelo qual o Estado institui órgão específico para exercer função essencial sua, qual seja, a repressão ao crime por meio da persecução penal²¹³. Ao tornar como regra a ação penal pública, rechaçando a justiça privada como forma de resolução dos conflitos penais, buscou o Estado afastar o “Promotor por encomenda”²¹⁴ e a justiça por conveniência. Isto é, o devido processo penal preocupa-se com o tratamento equitativo e justo aos acusados de cometerem delitos, razão pela qual é inviável aceitar-se a ideia de que o Promotor de Justiça não possua qualquer comprometimento com a fixação da pena adequada ao caso concreto, buscando apenas a condenação do réu penal independentemente de quaisquer garantias.

Nessa senda, o Ministério Público, embora parte na relação processual, tem a função de buscar a verdade dos fatos e pugnar pela correta aplicação da lei ao caso concreto²¹⁵. O seu interesse recursal deve estar pautado na relação de utilidade-necessidade para com a tutela do ordenamento jurídico, razão pela qual deve poder recorrer mesmo em favor do réu²¹⁶. É dizer, portanto, que uma vez que se admite que o exercício da ação penal busca a satisfação do interesse público de justiça, surge o interesse do Ministério Público em recorrer em favor do condenado sempre que a solução provida pela sentença condenatória não atende a tal interesse²¹⁷.

Gize-se, afinal, que o interesse em recorrer do Ministério Público não se confunde com a sua pretensão acusatória, ou com o exercício do *ius puniendi* pelo Estado-juiz. Cabe ao Estado-juiz estabelecer a consequência jurídico-penal justa e adequada para o fato delitivo apurado no processo, aplicando-a na sentença penal condenatória segundo o método trifásico. Já ao Estado-acusador, que não tem efetiva ingerência sobre a pena aplicada, incumbe o exercício da pretensão acusatória, mas no interesse público e com atenção à justiça

²¹³MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, cit., p. 28

²¹⁴RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**, cit., p.34

²¹⁵JARDIM, Afrânio Silva. **O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/59088y.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2015.

²¹⁶JARDIM, Afrânio Silva. **O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/59088y.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2015.

²¹⁷OLMEDO, Jorge Claritá Olmedo. **Tratado de Derecho Procesal penal**, V, 1960, Buenos Aires. *Apud*. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Ministério Público. **Legitimidade e interesse em recorrer de sentença penal condenatória**. Disponível em: <<http://pcpc-prof.com.br/artigo14.pdf>> Acesso em 17 de maio de 2015.

da pena, não estando completamente apartadas as funções de resguardo da correta aplicação da lei e atuação como parte no processo penal.

3.3 CAPÍTULOS DA SENTENÇA PENAL

O presente tópico visa aliar as teses até aqui expostas a respeito dos capítulos de sentença e da aplicação da pena na sentença condenatória, buscando nelas elementos para a determinação da adequada divisão em capítulos da sentença penal.

3.3.1 A divisão em capítulos da sentença penal: considerações iniciais

Pode-se constatar na classificação dos atos judiciais no processo penal uma série de peculiaridades que a afastam da sistematização dada pelo processo civil. Nesse particular, são sentenças no processo penal as decisões que dão fim ao processo com o julgamento de mérito, necessariamente, enquanto no processo civil as sentenças dão fim ao processo com ou sem o julgamento do mérito. Assim, no processo penal, quando for posto termo ao processo, apenas haverá sentença caso haja também o julgamento de mérito: as decisões que acolhem exceções de litispendência ou coisa julgada, por exemplo, são classificadas como interlocutórias²¹⁸.

No entanto, conquanto se costume referir a “capítulos de sentença”, cuida-se bem que as teorias mencionadas em 2.1 visam a divisão em partes de qualquer modalidade de decisão, desde que verificada a sua complexidade objetiva ou subjetiva. A par da diversidade de classificações dos atos judiciais no processo penal, é possível realizar a divisão destes sempre que forem desdobráveis em um conjunto de decisões.

Nesse sentido, a própria faculdade, assegurada às partes, de interpor recurso parcial²¹⁹ traduz-se na eventual delimitação do efeito devolutivo do recurso, cuja real

²¹⁸OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso processo penal**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 639.

²¹⁹Possibilidade assegurada tanto no recurso de apelação como nos embargos infringentes, conforme os artigos 599 e 609, Parágrafo Único, do Código de Processo Penal: “Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.” “Art. 609. Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos Tribunais de Justiça, câmaras ou turmas criminais, de acordo com a competência estabelecida nas leis de organização judiciária. Parágrafo único. Quando não for unânime a decisão de segunda instância, desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de 10 (dez) dias, a contar da publicação de acórdão, na forma do art. 613. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto de divergência.”

amplitude deve ser esclarecida doutrinariamente. A constatação de que a sentença não comporta uma única decisão se dá também no processo penal, ainda que com as peculiaridades próprias à matéria penal. Nessa senda, verifica-se que a sentença penal decide, em um único ato processual, as preliminares de nulidade do processo penal; o mérito com relação a cada um dos crimes imputados ao réu, com o concurso material ou formal de crimes; a pena - que por sua vez é fixada mediante um procedimento pré-estabelecido em lei -; e os efeitos anexos da condenação.

Como importante semelhança entre os processos civil e penal está o fato de que também este tem a sentença dividida estruturalmente em relatório, fundamentação e sentença, conforme dispõe o artigo 381 do Código de Processo Penal²²⁰. Outrossim, os recursos próprios do procedimento penal visam, todos, à mudança da parte decisória de qualquer que seja o ato judicial impugnado, em regra servindo o ataque à fundamentação como mera alavanca destinada a reverter os efeitos práticos produzidos pela decisão recorrida. Desse modo, também no processo penal constata-se a divisão em capítulos das decisões na medida em que ela não diga respeito aos fundamentos da decisão impugnada.

Nesse sentido, aliás, posiciona-se setor majoritário da doutrina processual penal italiana, que adere às teses de Liebman e Chiovenda sobre os capítulos de sentença. Concebendo capítulos da sentença penal como unidades independentes no interior de uma sentença plúrima, abstratamente capazes de exaurir sozinhas a essência de uma decisão, Francesco Nuzzo define todo o restante como *pontos*, integrantes da fundamentação e sem eficácia imperativa²²¹.

Em sua tese, é essencial à caracterização dos capítulos de sentença a eficácia imperativa, bem como a absoluta autonomia. Destarte, a cada ofensa (delito ou contravenção penal, entenda-se) atribuída ao réu corresponde um capítulo, que abrange a declaração de responsabilidade e a pena aplicada²²². Enquanto os capítulos se situam na parte decisória e são

²²⁰Art. 381. A sentença conterá:

I - os nomes das partes ou, quando não possível, as indicações necessárias para identificá-las;

II - a exposição sucinta da acusação e da defesa;

III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;

IV - a indicação dos artigos de lei aplicados;

V - o dispositivo;

VI - a data e a assinatura do juiz.

²²¹NUZZO, Francesco. **L'appello nel processo penale**. 3ª Ed. Giuffrè Editore, 2008, p. 117

²²²O autor não chega a fazer a distinção entre a declaração de responsabilidade e a pena, mas ela é deduzida do fato de que, em sua concepção, a cada capítulo corresponde um ato jurídico completo, suscetível de transitar em julgado. (NUZZO, Francesco. **L'appello nel processo penale**, cit., p.116)

passíveis de trânsito em julgado, os pontos²²³ pertencem à fundamentação e são sujeitos à preclusão, em virtude do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Seguindo a mesma tendência, Paolo Tonini distingue *pontos* e capítulos de sentença, identificando nos últimos as decisões proferidas quanto a cada um dos crimes atribuídos ao acusado, que poderiam identificar-se sozinhos como o conteúdo de um julgamento²²⁴. Já os pontos dizem respeito a um tema de fato ou de direito que deve ser tratado e resolvido na fundamentação, direcionando a resolução do mérito quanto a uma ou mais imputações²²⁵.

A seu turno, o Supremo Tribunal Federal admite a divisão em capítulos da sentença penal condenatória, referindo-se a cada condenação por crime distinto como um capítulo próprio, irretocável quando inexistente recurso específico em prol de sua reforma:

QUESTÃO DE ORDEM. PEDIDO DE ABERTURA DE PRAZO PARA OITIVA PRÉVIA DA DEFESA SOBRE A EXECUÇÃO IMEDIATA DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO. INDEFERIMENTO. PEDIDO DE PRISÃO PROTOCOLADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO NA VÉSPERA DA SESSÃO DE JULGAMENTO. DESNECESSIDADE. PEDIDO NÃO ANALISADO NA QUESTÃO DE ORDEM APRESENTADA PELO RELATOR. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. REJEIÇÃO. DECISÃO DE EXECUÇÃO DO ACÓRDÃO É ATO DE OFÍCIO. TRÂNSITO EM JULGADO DAS PENAS CONTRA AS QUAIS NÃO FORAM OPOSTOS EMBARGOS INFRINGENTES. EXECUÇÃO IMEDIATA. POSSIBILIDADE RECONHECIDA. PROPOSTA A REJEIÇÃO, PELO PLENÁRIO, DOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS SEM QUE HOUVESSE 4 VOTOS CONTRÁRIOS À CONDENAÇÃO, COM A CONSEQUENTE DETERMINAÇÃO DE EXECUÇÃO DAS PENAS. PROPOSTA REJEITADA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS A SER PROFERIDO PELO RELATOR, COM ANÁLISE DOS DEMAIS REQUISITOS FORMAIS DE SEU CABIMENTO. QUESTÃO DE ORDEM PARCIALMENTE ACOLHIDA. DETERMINAÇÃO DO INÍCIO IMEDIATO DO CUMPRIMENTO DAS PENAS TRANSITADAS EM JULGADO, INDEPENDENTEMENTE DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO. DELEGAÇÃO DOS ATOS DA EXECUÇÃO PENAL AO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS DO DISTRITO FEDERAL, COM AS LIMITAÇÕES DEFINIDAS NESTA QUESTÃO DE ORDEM. AUTORIZADA A EXPEDIÇÃO DOS MANDADOS DE PRISÃO. 1. A execução de decisão transitada em julgado é procedimento a ser tomado de ofício pelo órgão jurisdicional, nos termos do artigo 105 da Lei de Execuções Penais, sem necessidade de pedido das partes ou da sua audiência prévia. A formulação de pedido de prisão, pelo Ministério Público Federal, na véspera da sessão de julgamento cuja data havia sido veiculada com a devida antecedência, não conduz à necessidade de adiamento do julgamento já anteriormente designado, para oitiva prévia da defesa sobre o pleito ministerial que, ademais, não foi objeto do julgamento. Ausente qualquer violação à ampla defesa ou ao contraditório. 2. **Sempre que a sentença decide pedidos autônomos, ela gera a**

²²³Pontos devem ser lidos como as questões jurídicas e de fato controvertidas no processo, conforme observado em 2.1.(WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112-113)

²²⁴TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Procesuale Penale**. 10ª Ed. Giuffrè Editore, 2010, p. 438

²²⁵TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Procesuale Penale**, cit., p. 438

formação de capítulos também autônomos, que são juridicamente cindíveis. O julgamento da demanda integrada por mais de uma pretensão exige um ato judicial múltiplo de procedência ou improcedência dos pedidos. Doutrina. 4. No direito processual penal, o julgamento múltiplo ocorre em razão da diversidade dos fatos típicos imputados e das regras próprias ao concurso material de crimes, em que se exige sentença de estrutura complexa, com condenações múltiplas. 5. É plena a autonomia dos capítulos, a independência da prova e a especificidade das penas impostas aos condenados para cada um dos crimes pelos quais estão sendo processados. 6. O trânsito em julgado refere-se à condenação e não ao processo. A coisa julgada material é a qualidade conferida pela Constituição Federal e pela Lei à sentença/acórdão que põe fim a determinada lide, o que ocorre com o esgotamento de todas as possibilidades recursais quanto a uma determinada condenação e não quanto ao conjunto de condenações de um processo. No mesmo sentido, o artigo 467 do Código de Processo Civil; e o artigo 105 da Lei de Execuções Penais. Este entendimento já se encontra de longa data sedimentado nesta Corte, nos termos das Súmulas 354 e 514 do Supremo Tribunal Federal. 7. A interposição de embargos infringentes com relação a um dos crimes praticados não relativiza nem aniquila a eficácia da coisa julgada material relativamente às condenações pelos demais crimes praticados em concurso de delitos, que formam capítulos autônomos do acórdão. Descabe transformar a parte irrecorrível da sentença em um simples texto judicial, retirando-lhe temporariamente a força executiva até que seja finalizado outro julgamento, que, inclusive, em nada lhe afetarã. (...). (AP 470 QO-décima primeira, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/11/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 18-02-2014 PUBLIC 19-02-2014)

Sendo assim, é plena a divisão em capítulos quando atinentes a crimes diversos, tal qual fossem pedidos diversos deduzidos na exordial civil. Ao referir a plena autonomia dos capítulos atinentes a condenações por fatos típicos distintos, o Supremo Tribunal Federal parece referir a autonomia absoluta entre tais capítulos, tal qual a doutrina italiana. Desse modo, a autonomia absoluta dos capítulos da sentença penal implica, nos termos da decisão citada, distintos prazos de início de cumprimento das penas, tendo cada condenação termo inicial próprio para a execução.

Embora se inspirem em Liebman, é digno de nota que ambos os autores citados adotem concepções a respeito dos capítulos de sentença ainda mais restritas do que as deste autor. Isso porque expressam a necessidade de que a autonomia e independência entre capítulos seja absoluta, no sentido de que cada capítulo possa constituir decisão própria. Liebman, Chiovenda e Dinamarco afirmam em suas teorias que a autonomia dos capítulos não precisa ser absoluta, inexistindo independência dos capítulos de eficácia processual, do capítulo que decide honorários e nem mesmo dos capítulos incidentes sobre condenações em quantidade (remete-se aqui ao tópico 2.1).

Esse aspecto, aliás, traz à luz outras duas diferenças marcantes entre as doutrinas italianas de processo civil e de processo penal. A primeira diz respeito às preliminares de

mérito constantes na sentença penal, uma vez que na sentença civil essas constituem um ou mais capítulos. A segunda atine ao problema da condenação em objeto decomponível, ponto em que muito se assemelhariam os processos civil e penal. Não obstante a relevância do problema relativo às preliminares, ante o foco deste trabalho passa-se a explorar a questão do objeto decomponível do processo.

3.3.2 O problema da decomponibilidade do objeto de condenação

Surpreende de alguma forma que a doutrina italiana, inspirada no processo civil, não tenha visto semelhança entre a sentença condenatória de pecúnia e a sentença condenatória penal.

Com efeito, Tonini e Nuzzo não fazem qualquer referência à distinção entre a declaração de responsabilidade penal e a fixação do *quantum* condenatório, muito embora Liebman tenha distinguido o *an debeatur* do *quantum debeatur*, bem como buscado, tal qual Chiovenda, uma solução para a sentença que condena o réu em objeto simples, decomponível em unidades (remete-se ao tópico 2.1.1).

Foi precisamente Giovanni Leone, seguidor de Carnelutti quanto aos capítulos de sentença, que tratou da decomposição da pena em capítulos referentes à pena e às circunstâncias agravantes e atenuantes²²⁶. O autor refere aos pontos da sentença como as questões idôneas para considerações autônomas, entendendo que estes poderiam ser repropostos ao juízo *ad quem* isoladamente, em razão do *tantum devolutum quantum appellatum*. Assim, a apelação concernente à definição jurídica do fato, por exemplo, não autorizaria o exame de questões relativas a circunstâncias agravantes e atenuantes²²⁷.

Não se pretende, no entanto, aqui filiar-se à tese de Carnelutti, muito embora ele tenha conquistado na Itália Giovanni Leone, e, no Brasil, José Frederico Marques²²⁸²²⁹.

²²⁶LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. 3v. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963, p. 165

²²⁷Esse e mais uma série de exemplos são referidos pelo autor em seu Tratado de Direito Processual Penal. (LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**, cit., p. 169)

²²⁸O autor faz expressa referência a Leone (MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V.4, cit., p. 206-209)

²²⁹Entende-se, no entanto, que seguindo a linha desses autores seria bem sucedida a decomposição da pena aplicada ao réu em capítulos. Se aceitássemos, como esses autores, que a divisão em capítulos obedece à resolução de diferentes questões de mérito, fácil seria admitir que a pena-base e cada circunstância legal orientando a fixação da pena corresponde a uma questão jurídica distinta, porque dependente de pressupostos próprios e distintos dos demais. Essa a conclusão sugerida por Leone, inclusive. (LEONE, Giovanni. **Tratado de**

Buscamos abordar a questão do objeto de condenação em quantidade como ela é referida por Chiovenda e Liebman – este, no Brasil, representado por Dinamarco -, a quem os processualistas penais supostamente seguem.

Remete-se aos pontos 2.1.1 e 2.1.2 deste trabalho, em que se buscou demonstrar que a tese de Chiovenda é a mais adequada para tratar de pedido ilíquido de condenação, como o pedido de reparação por danos morais²³⁰. Através daquele raciocínio, o objeto decomponível era cindível também processualmente, razão pela qual as partes poderiam postular em segunda instância valor maior do que o reconhecido pela sentença em seu favor. Encontra-se aqui uma analogia interessante para o processo penal, porquanto embora nem o Ministério Público nem o réu possuam pretensões específicas quanto ao montante de pena, podem ambos recorrer da pena aplicada na sentença²³¹, sem voltar a discutir a responsabilidade do acusado.

De modo geral, nas doutrinas italiana e brasileira, conquanto se tenha localizado os estudos relativos aos capítulos de sentença no âmbito da teoria da sentença, seu principal mérito tem sido explicar a disciplina recursal. Daí porque, entre os estudiosos do tema, é frequente a preocupação de que cada capítulo equivalha a uma parte da sentença que pode ser reproposta autonomamente ao juízo *ad quem*, dizendo respeito a um preceito imperativo contido na sentença (tópicos 2.1.1, 2.1.2).

Esse conceito imperativo é, na doutrina processual civil, autônomo e independente apenas em alguma medida, podendo-se cogitar a possibilidade de capítulos dependentes²³²²³³. Na doutrina processual penal italiana examinada, o preceito imperativo deve corresponder a condenações que poderiam ser tratadas em processos distintos. Em face da

derecho procesal penal, cit., p. 169)

²³⁰BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit., p. 150

²³¹Reafirma-se que o interesse do Ministério Público diz respeito à justiça da pena aplicada. Ao interpor recurso em face de sentença penal condenatória, tem o Ministério Público interesse na justa fixação da pena. Essa, por sua vez, não pode ser dissociada do respeito ao método trifásico e dos princípios que regem a aplicação da pena.

²³²Observe-se que há lições no sentido de que mesmo Chiovenda reconhecia a existência de capítulos dependentes, referidas no 2.1.1 (BADDAUY, Letícia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**, cit.)

²³³A doutrina brasileira sobre capítulos de sentença segue a mesma tendência, no sentido de não apontar como imprescindível a autonomia absoluta de capítulos. Recordar-se que para advogar a existência de capítulos de eficácia meramente processual Dinamarco foi obrigado a conceder com o fato de que a autonomia se dava em razão da existência de pressupostos próprios e independentes do julgamento do mérito. Entendendo inclusive que pudessem existir dois capítulos diferentes para um único juízo de admissibilidade do mérito, afastou-se da autonomia absoluta entre os capítulos de sentença, que em sua tese dá-se apenas nos capítulos de mérito (tópico 2.1.2).

autonomia absoluta dos capítulos da sentença penal, a pluralidade de capítulos apenas adviria da pluralidade de condutas delituosas (pluralidade de delitos ou autores) descrita na peça inicial.

Quanto a esse conceito temos algumas objeções. De plano, identificar um capítulo como uma condenação, nela compreendida a declaração de responsabilidade do réu e pena aplicada, não explica, em face do artigo 599 do Código de Processo Penal²³⁴, como o réu pode recorrer apenas da pena, sem voltar a discutir sua responsabilidade sobre o fato²³⁵.

Ademais, ao ligar os capítulos da sentença aos capítulos da acusação²³⁶, as teorias italianas tornam-se incapazes de acomodar o posterior reconhecimento de concurso formal de delitos ou mesmo continuidade delitiva, casos em que subsistirá na sentença uma única pena, relativa a várias ofensas penais (conforme se expôs no 2.2). De modo semelhante, a identificação exclusiva de capítulos enquanto crimes implica afirmar que a decisão relativa aos honorários advocatícios não constitui capítulo próprio.

Finalmente, a inclusão, em um único capítulo, da discussão sobre a responsabilidade do réu e a pena aplicada tem um importante efeito, qual seja, a atribuição ao julgador de segundo grau dos mesmos poderes atribuídos ao juízo sentenciante, muito embora vigore em segunda instância o princípio da disponibilidade, pelo qual a decisão de segunda instância serve para a substituição dos capítulos impugnados pelas partes.

Surge, em face destas considerações, o interesse de se cindir ideologicamente em capítulos a pena aplicada na sentença. Esse interesse é informado, ainda, da circunstância de ser o método trifásico instrumento de aplicação da justa pena, devendo o procedimento proposto pelo Código ser rigorosamente observado pelo julgador²³⁷. Assim, estabelecer a divisão em capítulos da pena determina, quanto às partes responsáveis por seu resguardo, a saber julgador e Ministério Público, um ônus maior de controle, porquanto no caso de não atentarem à correta dosagem da pena, a consequência poderá ser a sua fixação a menor, em virtude de recurso do réu.

Ao aplicar a pena, o juiz informa, a respeito das circunstâncias legais e judiciais colocadas no Código Penal, quais são favoráveis e quais desfavoráveis. Ao fazer isso, afirma

²³⁴Art. 599. As apelações poderão ser interpostas quer em relação a todo o julgado, quer em relação a parte dele.

²³⁵Retoma-se a afirmação de que há cisão entre *an debeatur* (ser devido) e *quantum debeatur* (quanto devido) é bastante explorada pela doutrina processual civil.

²³⁶TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Procesuale Penale**, cit., p. 437

²³⁷GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**, cit., p. 177

que e em que medida estas circunstâncias agravam ou atenuam a pena. Em geral, as circunstâncias neutras ou favoráveis ao réu servem apenas para a compensação, ainda que não integral, de circunstâncias negativas, como no caso de concurso de agravantes e atenuantes, ou quando reconhecidas em desfavor do réu circunstâncias negativas. Apenas as causas especiais ou gerais de diminuição de pena, incluídas na terceira fase da pena, tem o condão de reduzir a pena inclusive abaixo do mínimo legal.

Em se tratando de circunstâncias consideradas pelo juiz positivas ou negativas, no entanto, todas elas interferem diretamente no *quantum* final de pena arbitrado pelo juiz. Isto é, a cada circunstância valorada desfavoravelmente ao réu corresponde um aumento da pena, cujo valor se pode extrair da fundamentação da sentença. Em regra, é imprescindível a menção na sentença quanto ao quantitativo de pena aplicável para cada uma das fases e circunstâncias legais.

De outra banda, recorda-se a proposta de Chiovenda e a de Dinamarco, segundo a qual é decomponível em capítulos o objeto que o seja por sua natureza (tópicos 2.1.1 e 2.2.2). Suas teorias têm a importante função de assegurar que o objeto do processo não seja sempre integralmente reproposto na fase recursal, com isso assegurando a efetividade do princípio dispositivo em segunda instância, porquanto por meio dela as partes podem reapresentar apenas parte da pretensão buscada ou resistida. Segundo Chiovenda, em especial, a cada unidade do objeto deve poder corresponder um capítulo, passível de integral impugnação.

Conjugando-se, assim, essas duas características, da aplicação da pena e da cisão em capítulos dos objetos decomponíveis, constata-se ser conveniente a cisão da pena, em capítulos, consoante as circunstâncias judiciais e legais reconhecidas favorável e desfavoravelmente ao réu no processo de primeiro grau.

Observe-se que não se está aqui aderindo à tese de Carnelutti, porquanto não se reconhece qualquer equivalência entre os capítulos de sentença (ainda incluídos na parte decisória) e as questões nela debatidas (fundamentação). É unicamente porque as circunstâncias determinam os dias, meses e anos de condenação do réu, interferindo assim no *quantum* final de pena, que podem ser consideradas capítulos.

Para a divisão em capítulos da sentença condenatória, o presente trabalho observa os requisitos recomendados pela doutrina de Liebman e Dinamarco, a saber: (i) é adequada a divisão da sentença (e de outras decisões judiciais) em capítulos que digam respeito à parte

dispositiva, porque é ela visada por todos os recursos em nosso sistema processual, bem como é a única capaz de produzir efeitos práticos sobre a vida das pessoas (2.1.1); (ii) essa divisão pressupõe que ao final existirão capítulos autônomos, mas isso não significa que eles devam ser absolutamente independentes; (iii) pode a sentença condenatória ser decomponível, não devolvendo o recorrente a integralidade da pretensão proposta ou resistida na inicial.

É acrescida uma única consideração, necessária em face da peculiaridade própria do processo penal, consistente em que (iv) deve a divisão em capítulos da pena, que é autorizada em razão da decomponibilidade do objeto da condenação, estar relacionada ao método proposto pela legislação de direito material, pois é imperiosa a sua observância.

De plano, então, resta autorizada a divisão da pena-base nos oito critérios adotados pela jurisprudência para a sua quantificação, que são nove quando reconhecida mais de uma qualificadora, como já dito. Embora aqui nem sempre seja possível precisar a relação quantitativa existente entre uma circunstância judicial desfavorável e seu reflexo na pena-base, haja vista que a jurisprudência não exige a explicitação do *quantum* relativo a cada circunstância (tópico 2.2.2), será sempre possível observar como o conjunto de circunstâncias desfavoráveis influi na pena, uma vez que parte-se do mínimo legal em direção ao termo médio.

Em seguida, são consideradas as circunstâncias agravantes e atenuantes, cada uma das quais incide, em princípio, em montante indicado pelo juiz para a alteração da pena. Após, são verificadas as causas gerais e especiais de aumento e diminuição da pena, dentre as quais podem ser incluídos o concurso de crimes. No caso de reconhecimento de concurso formal ou continuidade delitiva, será tomada como parâmetro para impugnação a pena mais alta, escolhida em consonância com os artigos 70 e 71 do Código Penal.

Finalmente, é autorizada a transformação em capítulos das passagens relativas à substituição de penas e à pena de multa, bem como demais efeitos anexos da condenação. Constituem capítulos próprios em razão de que são definidas mediante critérios próprios, bem como repercutem efeitos distintos na execução da pena.

Calha uma última nota, relativa ao fato de que o julgamento de procedência da pretensão punitiva estatal pode constituir um capítulo próprio, também nos termos da proposta de Dinamarco²³⁸. Isso porque a fixação da pena é um momento à parte do decreto

²³⁸No ponto em que divide *an debeatur* e *quantum debeatur*, como citado em 3.1. (DINAMARCO, Cândido

condenatório, que não se confunde com a análise das provas sobre o mérito da condenação ou absolvição.

Observe-se que na fase de aplicação, a pena imposta ao réu não é um único *quantum* indecomponível, fixado com base na discricionariedade do julgador, mas reflete os valores dados pela lei para uma série de fatos da vida, elencados como mais graves ou atenuantes da responsabilidade. E apenas a divisão em capítulos torna eficaz o controle da pena estabelecido pelo direito material, uma vez que o réu deve poder delimitar a parte da pena que lhe seja desfavorável para ter qualquer possibilidade de sucesso em seu recurso, como já sinalava Paganella Boschi ao afirmar ser uma vantagem à quantificação específica, pelo juiz, das circunstâncias agravantes para que o réu pudesse impugná-las especificamente²³⁹.

Gize-se, nesse aspecto, que são diferentes os interesses do réu e do Ministério Público na interposição de recurso em face da sentença condenatória. Tem o réu interesse exclusivo na reforma da pena para um valor a menor, sem qualquer preocupação com o fato de ela ser a pena considerada justa para si. De sua parte, o Ministério Público não possui interesse exclusivo no aumento da pena em detrimento do réu, mas busca resguardar a justiça da pena (conforme tópico 2.2.3), razão pela qual os critérios considerados para a fixação desta lhe dizem respeito.

Haverá *reformatio in pejus* sempre que o Tribunal altere capítulo inatacado, ou piore a situação do recorrente dentro do capítulo devolvido. Por essa razão, se devolvida ao Tribunal a questão da aplicabilidade de uma certa agravante ou atenuante, não se encontra este legitimado a alterar a pena-base, que constitui capítulo autônomo. A cisão da sentença em capítulos implica em que os capítulos da pena favoráveis ao réu não sejam devolvidos ao Tribunal através de recurso seu, porque se alterado seu conteúdo haverá *reformatio in pejus*.

No mais, dentro do capítulo devolvido, pode o Tribunal deste conhecer em profundidade, avaliando todo o material presente nos autos para julgar a questão. O princípio *tantum devolutum quantum appellatum* não limita a cognição vertical do juízo recursal, mas apenas o seu conhecimento horizontal. Em razão disso, nos limites do capítulo suscitado o Tribunal pode alterar os fundamentos utilizados pelo juízo de primeiro grau, com base nas provas existentes nos autos.

Rangel. **Capítulos de sentença**, cit., p.98-102)

²³⁹BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 152

4 A READEQUAÇÃO DA PENA PELO TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTÂNCIA E A VEDAÇÃO DE *REFORMATIO IN PEJUS*: CASOS JULGADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O presente trabalho visa encontrar uma solução para o problema da readequação, pelo Tribunal, das circunstâncias legais e judiciais reconhecidas pelo magistrado singular, em recurso exclusivamente da defesa. Assim, ensaiou-se inicialmente uma resposta à questão tendo como ponto de partida a teoria dos capítulos de sentença no processo civil, como foco na tese de Cândido Dinamarco, passando-se em seguida ao esboço de uma teoria adequada à cisão em capítulos da sentença penal. À parte esse movimento, este capítulo analisa as respostas dadas pela jurisprudência a respeito do problema inicialmente exposto, contrapondo-as com as visões doutrinárias examinadas até o momento.

4.1 PROCEDIMENTO METODOLÓGICO E PANORAMA GERAL

De início, cumpre um esclarecimento a respeito da base de dados examinada. Optou-se por realizar consulta livre no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, na página de busca avançada sobre o acervo jurisprudencial daquela Corte, por duas razões. A uma, porque é este o órgão jurisdicional responsável pela interpretação e uniformização da aplicação da lei ordinária, razão pela qual será o encarregado de dirimir eventuais divergências a respeito da ocorrência ou não de *reformatio in pejus*, colocada no artigo 617 do Código de Processo Penal. Por essa razão, aliás, foi possível encontrar em seu repositório significativa quantidade de julgados sobre o tema pesquisado. A duas, porque em pesquisa preliminar constatou-se que a matéria não se encontra plenamente pacificada entre as diferentes Turmas de julgamento do STJ, de modo que os diferentes julgados viabilizaram amplo panorama da controvérsia.

Desse modo, considerando-se a variedade de termos que poderiam ser utilizados em referência à questão proposta, pesquisou-se por marcadores genéricos, combinando-se termos como “*reformatio in pejus*”, “novos fundamentos”, “pena” e “Tribunal”, tendo sido encontrados do período de janeiro de 2010 a junho de 2015 um total de 53 (cinquenta e três) acórdãos pertinentes ao tema da *reformatio in pejus* e a readequação da pena pelo Tribunal de

segunda instância. Tais processos foram julgados nas Quinta e Sexta Turmas, componentes da Terceira Seção do STJ, especializada no julgamento de matérias de Direito Penal.

Dentre os acórdãos referidos, constatou-se três principais tendências argumentativas, tendentes a informar ou não a ocorrência de *reformatio in pejus*. Destarte, uma primeira linha de argumentação nega a incidência do artigo 617 do Código de Processo Penal quando o Tribunal de segundo grau acresce fundamentos à sentença do julgador monocrático, justificando essa posição com base no efeito devolutivo amplo do recurso de apelação²⁴⁰. A seu turno, uma segunda tendência opõe-se diametralmente à primeira, afirmando que o acréscimo de argumentação implica em *reformatio in pejus* sempre que

²⁴⁰HC 187.081/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012; HC 159.881/SC, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 01/10/2012; AgRg no HC 167.726/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 03/09/2012; C 179.991/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 28/06/2012;

HC 218.858/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 26/03/2012; HC 166.483/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 29/03/2012; AgRg no REsp 1215604/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2013, DJe 28/06/2013; HC 206.821/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2013, DJe 17/04/2013; HC 248.731/SP, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 12/03/2013; AgRg no HC 251.057/ES, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013; AgRg no HC 293.771/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 28/10/2014; HC 275.110/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 27/11/2014; HC 232.562/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 03/09/2014; HC 277.484/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 21/08/2014; HC 290.426/BA, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014; HC 232.861/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 24/03/2014; AgRg no HC 252.665/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 18/02/2014

sopesados fatos novos em detrimento do recorrente²⁴¹. Por fim, uma terceira posição²⁴², prevalente nos acórdãos encontrados entre 2014 e 2015 e liderada pelo Ministro Rogério Schietti Cruz, parece encontrar-se no meio-termo entre as duas primeiras, afirmando que o acréscimo de fundamentação não viola a proibição de *reformatio* por si só, mas apenas quando esta implica também violação à extensão horizontal de conhecimento proporcionada pelo recurso.

²⁴¹HC 152.976/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 30/06/2010, DJe 16/08/2010; HC 166.095/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE), SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 07/06/2010; HC 98.238/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/02/2010, DJe 22/03/2010; HC 106.435/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 04/05/2011; EDcl no HC 180.924/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 16/03/2011; HC 151.197/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 09/03/2011; HC 123.636/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2011, DJe 31/08/2011; HC 109.096/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 24/08/2011; HC 207.366/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/10/2011; HC 175.638/AC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 19/03/2012; HC 226.446/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013; HC 226.446/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/10/2013, DJe 05/11/2013; REsp 1312720/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 14/11/2013; HC 266.997/GO, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 09/09/2013; REsp 1117700/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 28/08/2013; HC 251.947/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2013, DJe 29/04/2013; HC 236.875/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/04/2013, DJe 16/04/2013; HC 192.494/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 01/03/2013; HC 161.638/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 27/02/2013; HC 221.203/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 27/02/2013; HC 211.374/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ Acórdão Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 01/07/2014

²⁴²HC 173.388/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 14/12/2011; HC 154.631/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/09/2011, DJe 13/09/2011; REsp 946.653/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2011, REPDJe 03/05/2013, DJe 23/04/2012; HC 239.384/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 20/06/2012; HC 163.436/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 19/03/2012; HC 151.205/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 01/03/2012; HC 201.453/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 21/03/2012; HC 132.487/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 16/12/2013; AgRg no AREsp 240.022/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013; AgRg no HC 230.102/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 13/05/2013; REsp 1094882/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 06/05/2013; HC 302.488/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014; REsp 1339141/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 10/12/2014; HC 277.853/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014; HC 287.365/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 27/02/2015; HC 314.799/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 13/04/2015;

Observou-se, ademais, que as teses encampadas pelos acórdãos eventualmente eram alteradas pelos respectivos julgadores conforme o caso concreto: assim, a referência à possibilidade de o Tribunal rever todos os critérios e fundamentos de individualização da pena mostrou-se mais frequente entre os julgamentos que tratavam o acréscimo de fundamentação relativamente a uma mesma circunstância judicial ou legal. Do mesmo modo, o reconhecimento da *reformatio in pejus* mediante o acréscimo de fundamentação mostrou-se mais frequente dentre os acórdãos que ultrapassavam as circunstâncias judiciais ou legais consideradas desfavoráveis pelo juízo de primeiro grau.

Pois bem. Embora sucintas as razões de decidir na maioria dos acórdãos examinados, alguns argumentos são encontrados com maior frequência, verificando-se em razão disso sua maior relevância para os fins da presente análise.

4.2. OS JULGADOS SELECIONADOS

4.2.1 Julgamento do *habeas corpus* nº 187.081/MS, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, em 27/11/2012

Buscando sintetizar as opiniões encontradas, atenta-se inicialmente a um conjunto de julgados que negavam a ocorrência de *reformatio in pejus* quando inexistente o aumento da pena final imposta ao réu. Nesses acórdãos, prevalecem de modo geral os argumentos seguintes: (i) a apelação da defesa possui amplo efeito devolutivo, isto é, devolve integralmente o conhecimento da causa pelo Tribunal; (ii) por essa razão, o Tribunal julga a causa novamente, alterando os motivos da sentença apelada; (iii) pode o Tribunal alterar também os motivos referentes à dosagem de pena, em manifestação de seu entendimento; (iv) a sentença é um todo indissolúvel, que não pode ser cindida em capítulos; (v) a única restrição no âmbito de conhecimento do Tribunal diz respeito à imputação de que a sentença haja sido recorrida; (vi) apenas incorre em *reformatio in pejus* a decisão que aumenta a reprimenda global aplicada ao réu, ou piora de qualquer modo a sua situação.

Cite-se, a título exemplificativo, o seguinte excerto:

HC 304.886/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 07/04/2015; HC 254.070/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 04/02/2015

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA. 4. PROCEDIMENTO DE APLICAÇÃO DA PENA. 5. REPRIMENDA FINAL INFERIOR À ESTABELECIDNA NA SENTENÇA. REFORMATIO IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. 6. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. ERESP Nº 1.154.752/RS 7. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

(...)

3. Não é possível ao Tribunal revisor, em recurso exclusivo da defesa, aumentar a reprimenda final estabelecida na sentença condenatória, sob pena da incidência do princípio da ne reformatio in pejus.

4. O efeito devolutivo do recurso de apelação, todavia, autoriza o Tribunal, ainda que em recurso exclusivo da defesa, rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória, com nova ponderação acerca dos fatos e das circunstâncias judiciais, permitindo o redimensionamento da pena. Nesse caso, a existência de prejuízo deve ser aferida apenas em relação ao quantum final da reprimenda.

5. In casu, não ficou configurada a ocorrência da reformatio in pejus, pois a pena, após ser redimensionada pelo Tribunal, com observância do critério trifásico de individualização, ficou definida em patamar inferior ao estabelecido pelo Juízo monocrático.

6. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência n.º 1.154.752/RS, assentou a compreensão de que é possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para compensar a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea e reduzir a pena imposta ao paciente.

(HC 187.081/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2012, DJe 04/12/2012) (Grifei.)

Observa-se que é essa a posição majoritariamente referendada pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a apelação exclusiva da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa, nos limites da matéria impugnada. Assim, por matéria impugnada deve-se entender tão somente a imputação contra a qual se insurgiu o réu, tudo o mais

pertencendo ao âmbito da profundidade do recurso²⁴³²⁴⁴. Nessa senda, a possibilidade de substituição dos fundamentos da sentença diz respeito não apenas ao decreto condenatório, mas também à pena aplicada, que pode ser integralmente revista em sede de apelação da defesa²⁴⁵.

Vejamos os argumentos utilizados em cotejo com as asserções doutrinárias pertinentes ao tema do efeito devolutivo do recurso de apelação e da *reformatio in pejus*.

Inicialmente, calha notar que a perspectiva adotada nos julgados mencionados coaduna com a posição doutrinária segundo a qual os capítulos de sentença são localizados na sua parte decisória, referindo-se aos distintos delitos atribuídos ao réu, conforme referido no tópico 2.3²⁴⁶. Sob essa perspectiva, é correta a assertiva de que o reexame dos critérios de aplicação da pena pertence ao campo da profundidade com que o juízo *ad quem* pode analisar o processo.

Apenas sob esse aspecto (o da profundidade), aliás, poder-se-ia referir o amplo efeito devolutivo do recurso de apelação. Sobre o tema, a doutrina afirma que o amplo efeito devolutivo da apelação remete não à extensão, mas à profundidade com que as alegações do recurso são examinadas. Nesse sentido, leciona Eugênio Pacelli que

²⁴³“(…) Apelação criminal: individualização da pena: devolução ampla. A apelação da defesa devolve integralmente o conhecimento da causa ao Tribunal, que a julga de novo, reafirmando, infirmando ou alterando os motivos da sentença apelada, com as únicas limitações de adstringir-se à imputação que tenha sido objeto dela (cf. Súmula 453) e de não agravar a pena aplicada em primeiro grau ou, segundo a jurisprudência consolidada, piorar de qualquer modo a situação do réu apelante. Insurgindo-se a apelação do réu contra a individualização da pena, não está, pois, o Tribunal circunscrito ao reexame dos motivos da sentença: reexamina a causa, à luz do art. 59 e seguintes do Código, e pode, para manter a mesma pena, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo.”(HC 76.156/SP, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 8-5-1998.)

²⁴⁴ HC 72.527/SP, Segunda Turma, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 17-11-1995. No corpo do acórdão: “(…) Não ocorreu, como enfatizou o parecer do Ministério Público *reformatio in pejus*. O que houve foi a adoção, pelo Tribunal, de critérios diferentes dos utilizados pela sentença de primeiro grau para a fixação da pena, sendo certo que ambos consideraram a reincidência do réu. (...) Observe-se, por derradeiro, que a adoção de diferentes critérios para a fixação da pena não trouxe prejuízo para o paciente que, pelo contrário, teve sua pena reduzida pelo Tribunal.”

²⁴⁵“Não há *reformatio in pejus* na sentença penal condenatória que, ao manter a pena definitiva anteriormente fixada, não agrava a pena aplicada na sentença anulada nem piora a situação dos pacientes. O juízo de primeiro grau não está circunscrito ao reexame dos motivos da sentença anulada, detendo competência para reexaminar a causa à luz da nova instrução criminal e do art. 59 e seguintes do CP, podendo, para manter a mesma pena da sentença penal anulada, substituir por outras as circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão anulada tenha relevado.” (HC 113.512, rel. min. Cármen Lúcia, julgamento em 10-12-2013, Segunda Turma, DJE de 17-12-2013.)

²⁴⁶NUZZO, Francesco. *L'appello nel processo penale*, cit., p. 115. TONINI, Paolo. *Lineamenti di Diritto Procesuale Penale*, cit., p. 438

“Como os recursos são voluntários, dependentes, então, do inconformismo do interessado, caberá a ele delimitar a matéria a ser objeto da reapreciação e de nova decisão pelo órgão jurisdicional competente. Com efeito, ele poderá se satisfazer com parte do julgado e não concordar com o restante. Daí o *tantum devolutum quantum appellatum*, ou seja, a matéria a ser conhecida (devolutum) em segunda instância dependerá da impugnação (appellatum). Nesse caso, o efeito devolutivo será analisado quanto à sua extensão, quando se buscará demarcar o conteúdo das questões a serem reexaminadas. Mas poderá também ser apreciado de outra perspectiva, a saber: quanto à sua profundidade. Se o efeito devolutivo, quanto à extensão, pode revelar-se reduzido, dependendo da matéria impugnada, em relação à profundidade, o âmbito de apreciação do recurso é o mais amplo possível.”²⁴⁷

Em que pese, contudo, a validade dos argumentos em face da doutrina processual penal italiana, recorda-se a insuficiência daquele conceito para lidar adequadamente com a sentença penal condenatória e o recurso do réu em face exclusivamente da pena aplicada, conforme apontado em 2.1.3. Naquele tópico, fez-se especial referência à doutrina *chiovendiana*, segundo a qual o objeto de condenação por sua natureza decomponível é também cindível em capítulos.

Nessa senda, constituindo as unidades do objeto da condenação capítulos de sentença, resta afastada a assertiva de que a discussão atinente ao montante de pena pertence ao âmbito de conhecimento proporcionado pelo amplo efeito devolutivo da apelação, que diz respeito à profundidade deste recurso.

Por essa razão, é questionável a posição segundo a qual o magistrado de segundo grau pode julgar a integralidade da causa independentemente de recurso do réu, imiscuindo-se em capítulo contra o qual o Ministério Público não se insurgiu. Tendo o réu interposto recurso quanto ao capítulo referente ao decreto condenatório, de um lado, e contra a aplicação de uma agravante, de outro, não se justifica que o Tribunal adentre matéria não suscitada pelo recurso.

Ademais, ao afirmar que a sentença é um todo indissolúvel, está o acórdão negando a possibilidade de controle efetivo, pelas partes, da aplicação da pena conforme o método trifásico.

Finalmente, registre-se que a perspectiva segundo a qual a *reformatio in pejus* apenas se verifica na infringência explícita ao artigo 617 do Código de Processo Penal não é interessante do ponto de vista da harmonia do ordenamento jurídico. A proibição de *reformatio in pejus* decorre dos princípios que estruturam o processo penal de modelo

²⁴⁷BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**, cit., p. 898/899. O autor não diferencia entre as questões decididas na sentença e os capítulos desta, deixando em aberto se filia-se à tese de que capítulos de sentença são as questões jurídicas independentes nela resolvidas.

acusatório, que não podem ser dissociados da regra positivada no artigo 617. Portanto, inadequada a assertiva de que a única ocorrência de *reformatio in pejus* se dá com o aumento da reprimenda global aplicada ao réu, ou piora de qualquer modo a sua situação.

4.2.2 Voto divergente da Ministra Maria Thereza Assis Moura, no julgamento do habeas corpus nº 287.365, de Relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, em 04/12/2012

Uma segunda linha argumentativa opõe-se diametralmente à primeira, afirmando que o acréscimo de argumentação implica em *reformatio in pejus* sempre que sopesados fatos novos, ou, de modo geral, acrescida argumentação em detrimento do recorrente.

Nessa visão, independentemente de a circunstância judicial ou legal ter sido sopesada negativamente pelo juízo de primeiro grau, sempre que o Tribunal utilize argumentos diversos para manter a pena aplicada em primeiro grau incorre, indiretamente, em *reformatio in pejus*, que atine não apenas ao dispositivo como à fundamentação expendida pelo juízo sentenciante.

Esse conjunto de acórdãos, ademais, referem que a readequação da pena pelo Tribunal configura uma espécie de *jus novorum* indireta, no sentido de que as circunstâncias judiciais e legais desfavoráveis ao réu deveriam ter sido suscitadas no tópico específico. Nesse sentido, afirmam que a apelação serve ao controle da legalidade do julgamento, não cabendo ao Tribunal tecer nova análise que possa prejudicar a situação do apenado.

Confira-se trecho do voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em julgamento no qual restou vencida:

“(…)Da leitura dos autos, verifica-se que, no julgamento da apelação defensiva, o Tribunal de Justiça Estadual agregou fundamentação ao *decisum* condenatório, considerando a quantidade da substância entorpecente encontrada em poder da paciente para manter a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Mister salientar que, em recurso exclusivo da defesa, não é dado ao Tribunal modificar o entendimento do Juízo singular em prejuízo do réu, ainda que o resultado final não seja pior do que o prolatado em primeiro grau de jurisdição.

Na espécie, a saber, invocou a Corte estadual a quantidade da droga apreendida em poder da paciente, elemento este não considerado pelo Magistrado sentenciante. Com efeito, ao negar a substituição da pena, o Juízo de primeiro grau apenas fez menção à hediondez e à gravidade abstrata do delito.

Ora, os temas que não foram objeto de recurso pelo Ministério Público restam preclusos, mostrando-se, portanto, inoportuna a consideração da droga na

apreciação da legalidade negativa da substituição da reprimenda corporal por medidas restritivas de direitos, porquanto nem ao menos foi interposto recurso da sentença pelo *Parquet*.

É certo que o efeito devolutivo da apelação é amplo e permite a revisão da dosimetria, do regime e da espécie de pena, possibilitando a readequação de circunstâncias judiciais e legais. Contudo, não é dado ao Tribunal agregar novos dados, em recurso exclusivo do réu. De fato, referida prática violaria o princípio da *ne reformatio in pejus*, uma vez que o Tribunal deve analisar a legalidade dos fundamentos da sentença, não criar nova análise que possa prejudicar a situação do condenado.(...)”

De plano, constata-se atecnicidade do voto ao referir que “*os temas que não foram objeto de recurso pelo Ministério Público restam preclusos*”. Com efeito, segundo a doutrina processual mais abalizada, precluem os *capítulos* contra os quais não houve recurso²⁴⁸, bem como as *questões* a eles atinente.

No mais, a posição assim colocada confunde a extensão e a profundidade do efeito devolutivo. Caso o Tribunal fosse vinculado aos fundamentos da sentença, não se poderia cogitar da profundidade de seu conhecimento com relação à causa. Isto é, sendo amplo o conhecimento do Tribunal no que tange à profundidade do recurso, pode o órgão *ad quem* trabalhar com todo o material existente nos autos à sua disposição²⁴⁹.

Finalmente, questiona-se o modo como o controle da legalidade do julgamento é realizado, na leitura conferida por esses acórdãos. Afirmar que o recurso de apelação visa ao controle da legalidade do julgamento não equivale a afirmar que o Tribunal tem como função a simples correção das premissas do julgamento, limitando-se a expungir os fundamentos inidôneos da sentença recorrida. No julgamento do recurso, o Tribunal revolve o conjunto fático-probatório e substitui, por seu próprio julgamento, as partes da sentença que hajam sido recorridas. Desse modo, equivocado afirmar que o Tribunal não pode tecer novas considerações no julgamento da causa, porque o controle da legalidade da sentença recorrida se dá mediante o novo julgamento dos capítulos dela recorridos.

²⁴⁸GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal...**, cit., p. 123

²⁴⁹OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso processo penal**, cit., p. 899

4.3.3 Julgamento do *habeas corpus* nº 277.853/AL, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, em 04/11/2014

A mencionada “posição intermediária”, entendemos, é a única compatível com a tese apresentada neste trabalho. Em julgamento do Habeas Corpus nº 277.853 – AL, no âmbito da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, o Relator Ministro Rogério Schietti Cruz adotou posicionamento – que desde então tem prevalecido no âmbito daquela Corte – segundo o qual o Tribunal a que se recorre não se encontra adstrito aos fundamentos da sentença de primeiro grau. No mencionado acórdão, contudo, reconheceu a incidência da *reformatio in pejus* em virtude de o Tribunal ter excedido, no seu entender, os limites da impugnação. Vejamos a ementa:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. REFORMATIO IN PEJUS. OCORRÊNCIA. REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Ao individualizar a pena, não se acolhe a elevação da pena-base ao argumento de que as vítimas "não contribuíram para a ação delitativa e não poderiam prevê-la", visto que, por certo, não iriam colaborar para o ato criminoso, não se justificando, assim, a valoração negativa dessa circunstância judicial.

2. A proibição de reforma para pior garante ao recorrente o direito de não ter sua situação agravada, direta ou indiretamente, mas nada obsta que o tribunal, para dizer o direito - exercendo, portanto, sua soberana função de juris dictio - encontre motivação própria, respeitados os limites da pena imposta no juízo de origem, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e a extensão cognitiva da sentença impugnada.

3. No caso dos autos, no entanto, houve reforma para pior em relação às circunstâncias do crime, na medida em que essa vetorial não foi levada em consideração na sentença condenatória, nem impugnada pelo Ministério Público, não se tratando de mero acréscimo de argumentação por parte do Tribunal a quo, mas de inovação sobre circunstância judicial não reconhecida como desfavorável ao sentenciado.

4. Por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.154.752/RS (DJe 4/9/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal pacificou o entendimento de que é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o art. 67 do Código Penal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para excluir da exasperação da pena-base o quantum referente às vetoriais comportamento da vítima e circunstâncias do crime, bem como para proceder à compensação entre a atenuante da confissão espontânea e a agravante da reincidência, reduzindo, por conseguinte, a reprimenda do paciente para 7 anos de reclusão e pagamento de 80 dias- multa.

(HC 277.853/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 17/11/2014)

No corpo do acórdão, encontram-se os seguintes fundamentos:

“(…)Feita toda essa digressão, no caso concreto, reputo que **a Corte estadual, ao sopesar as circunstâncias do crime, violou a proibição de reforma para pior** da sentença monocrática.

Isso porque, da detida leitura da fundamentação retrotranscrita, infere-se que o magistrado de primeiro grau lançou mão, tão somente, das circunstâncias judiciais **culpabilidade, motivos e comportamento da vítima**, atribuindo-lhes o *quantum* de **10 meses**, para tornar maior a **pena-base em 6 anos e 6 meses**.

O Tribunal *a quo*, por sua vez, nos termos do voto condutor do acórdão guerreado, de fato, **não obstante a exclusão da vetorial motivos, acrescentou, para valorar negativamente ao réu, as circunstâncias do crime**, asseverando que "o crime foi praticado em plena luz do dia, em um estabelecimento comercial, prejudicando o comércio da região e colocando em risco a vida de clientes e transeuntes" (fl. 56). Ao final, **atribuiu 6 meses paracada circunstância**, fixando a **pena-base em 5 anos e 6 meses**.

Levando-se em conta todo o raciocínio feito, cotejando-se as assertivas realizadas acerca do amplo efeito devolutivo da apelação com as limitações trazidas, nas razões do recurso, ao julgador de segunda instância, **infere-se que houve reforma para pior em relação às circunstâncias do crime, na medida em que essa vetorial não foi levada em consideração na sentença condenatória, nem impugnada pelo Ministério Público**, não se tratando de mero acréscimo de argumentação por parte do Tribunal *a quo*, mas de inovação sobre circunstância judicial não reconhecida como desfavorável ao sentenciado.

Isso significa dizer que a Corte local estava, sim, autorizada a sopesar as circunstâncias judiciais, e, por conseguinte, a refazer a dosimetria nesse ponto, tendo em vista o efeito devolutivo da apelação, à exceção das vetoriais não tratadas na sentença e não impugnadas pelo Ministério Público.

Concluo que, apesar de, ao final, haver sido reduzida a pena-base aplicada ao paciente (de 6 anos e 6 meses para 5 anos e 6 meses, dado o *quantum* conferido a cada circunstância – 6 meses), **deve ser excluída a quantidade da exasperação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, relativa à vetorial circunstância s do crime.(…)**”

Desse modo, foi constatada a ocorrência de *reformatio in pejus* não devido ao acréscimo de argumentos pelo Tribunal, mas em razão de este ter extrapolado a extensão horizontal do recurso. Essa foi medida em função das circunstâncias judiciais e legais, cuja favorabilidade ou desfavorabilidade ao réu influi diretamente no montante de pena.

Posicionamento semelhante havia sido defendido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 99.972/PR, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJE de 13-9-2011. Mencionado acórdão fez expressa referência ao fato de que a circunstância judicial questionada pelo recorrente havia sido valorada negativamente pelo juízo *a quo*, sopesando essa circunstância em favor do não reconhecimento da *reformatio in pejus*. De forma contraditória, no entanto, referiu a possibilidade de modificação

das circunstâncias judiciais ou legais de exasperação a que a decisão de primeiro grau haja dado relevo, seguindo nesse aspecto o precedente HC nº 76.156, já aludido neste trabalho. No corpo do acórdão relatado pela Ministra:

“(…) O acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu apenas pelo afastamento de circunstância judicial referente à consequência do delito, reconhecida como prejudicial em primeiro grau, confirmando as demais, reconhecidas pelo magistrado, quais sejam a culpabilidade e as circunstâncias do crime como desfavoráveis à Ré, essas duas últimas – insista-se – já reconhecidas como desfavoráveis também pelo Juiz de primeira instância. Assim, a pena-base, tal como fixado pelo Juízo de primeiro grau, foi definida no patamar de três anos e seis meses de reclusão, sendo que, na instância revisional, foi reduzida para dois anos e quatro meses de reclusão. Para se falar em *reformatio in pejus*, a decisão *ad quem* teria que reconhecer, em desfavor da Ré, circunstância judicial não reconhecida em primeiro grau, de modo que o recurso da defesa causaria prejuízo à Paciente, o que, indubitavelmente, não aconteceu, conforme antes demonstrado.”

Assim, em que pese sem fazer referência a teoria de capítulos sentença, um setor minoritário na jurisprudência nacional reconhece que o modelo de justificação legal adotado pelo Código Penal interfere diretamente na quantificação da pena, podendo-se daí aferir que a negatização de circunstâncias judiciais ou legais só pode se dar em razão de recurso específico do Ministério Público.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo abordar a questão da possibilidade de readequação pelo Tribunal das circunstâncias judiciais e legais de aplicação da pena em relação ao réu, em julgamento de recurso interposto exclusivamente por ele.

Para a tarefa, tomou-se como pressuposto a íntima vinculação da vedação de *reformatio in pejus* com a proibição de o juiz agir de ofício, que traduz-se na disciplina dos recursos como o princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, segundo o qual a extensão do conhecimento do Tribunal é precisada em função das partes contra as quais os recorrentes se insurgem. Com efeito, é entendimento jurisprudencial e doutrinário prevalente a respeito da vedação de *reformatio in pejus* que ela não ocorre apenas nos casos delimitados pela regra do artigo 617 do Código de Processo Penal, sendo passível de reconhecimento também quando esteja em jogo o princípio da ampla defesa.

Em seguida, buscando-se esclarecer o efeito devolutivo do recurso de apelação, foram analisadas as teorias sobre capítulos de sentença, cuja maior importância reside na clara delimitação do conteúdo da matéria impugnada pelo recurso. Quanto a elas, é possível tecer algumas importantes notas conclusivas.

Distinguem-se na sentença os elementos relatório, motivação e dispositivo. A motivação se distingue ao dispositivo porque diz respeito aos pressupostos lógicos em que ele se fundamenta; este último transita em julgado, possuindo efetiva eficácia imperativa na vida das pessoas. Buscando os recursos a reforma da sentença quanto aos efeitos concretos na vida das pessoas, emanados da parte dispositiva, conclui-se que dizem respeito a ela os capítulos de sentença.

Restaram, assim, afastadas as teses de capítulos de sentença que identificassem neles a resolução de questões jurídicas, tais como as teses de Carnelutti, Giovanni Leone e Frederico Marques. Cuidando-se as questões de pontos de fato e de direito, controvertidos pelas partes ou pelo julgador e resolvidos na fundamentação, servem estas a simplesmente fundar os pressupostos para a decisão final.

Frisou-se, ademais, que capítulos deveriam equivaler a partes relativamente autônomas do decisório. Caso contrário, sequer seria possível afirmar a disponibilidade das

partes quanto ao conteúdo do recurso, porquanto nele estariam sempre incluídas todas as decisões reconhecidas na sentença. A partir desse ponto constatou-se as principais divergências entre os processos civil e penal, cujos setores majoritários da doutrina até então convergiam em localizar os capítulos no dispositivo.

Assim, na doutrina processual civil os capítulos de sentença devem ser autônomos *em algum grau*, a fim de possibilitar que o recurso devolva apenas um ou alguns deles para o juízo *ad quem*. Todavia, cinde-se na sentença, por exemplo, o capítulo que fixa em favor do autor ser devido um valor (*an debeat*) e que determina qual o montante devido (*quantum debeat*). Do mesmo modo, deve ser decomponível em capítulos o objeto de sentença condenatória que seja, por sua natureza, divisível em unidades. Caso contrário, não poderia o autor de pedido ilíquido de danos morais postular, em segunda instância, a majoração do valor concedido pela sentença.

A seu turno, a doutrina processual penal italiana tendeu a vislumbrar, em cada capítulo de sentença, uma condenação por fato típico distinto. Com isso, restou caracterizada a autonomia absoluta dos capítulos de sentença penal, correlata à circunstância de que a cada condenação por fato típico distinto poderia ter correspondido um processo autônomo. Todavia, malgrado sua indubitável importância no estudo do processo penal, as mencionadas teorias mostraram-se, neste trabalho, incapazes de acomodar alguns aspectos importantes do recurso penal.

Nesse sentido, identificar um capítulo como uma condenação, nela compreendida a declaração de responsabilidade do réu e pena aplicada, não explica, em face do artigo 599 do Código de Processo Penal, como o réu pode recorrer apenas da pena, sem pretender rediscutir sua responsabilidade sobre o fato.

Outrossim, ao ligar os capítulos da sentença aos capítulos da acusação, as teorias italianas inviabilizam o posterior reconhecimento de concurso formal de delitos ou de crime continuado, casos em que subsistirá na sentença uma única pena, relativa a várias ofensas penais.

Tais constatações autorizam-nos a concluir pela existência de um capítulo separado para a responsabilidade, e outro para a pena. E, nesse contexto, mostra-se interessante também a doutrina processual civil que recomenda a divisão do *quantum* condenatório em tantos capítulos quantas forem as unidades decompostas do objeto da

condenação, destarte autorizando a devolução, ao tribunal, de apenas parte da demanda inicial oferecida ou resistida.

Acresce-se a isso o modelo de discricionariedade vinculada estabelecido pelo Código Penal para a aplicação da pena, mediante o qual cada circunstância judicial ou legal valorada pelo julgador na sentença reflete diretamente no montante final de pena aplicada. Assim, estando cada unidade decomposta da condenação penal vinculada a determinada circunstância, impõe-se seja reconhecida a dependência dos capítulos da sentença condenatória penal às circunstâncias judiciais e legais valoradas pelo juízo sentenciante.

Por essas razões, e porque a infringência ao *tantum devolutum quantum appellatum* implica em violação ao princípio *ne reformatio in pejus*, em recurso exclusivo do réu, não pode o Tribunal readequar a pena, tornando desfavoráveis ao réu as circunstâncias consideradas positivamente pelo juízo de primeiro grau, porque nesse caso incorre em *reformatio in pejus*.

Do modo como aqui proposta, a divisão da pena em capítulos apresenta a vantagem de harmonizar a vedação do artigo 617 do Código de Processo Penal com os princípios que informam o sistema acusatório, viabilizando uma interpretação mais coesa dos institutos processuais penais *ne reformatio in pejus*, *ne procedat iudex ex officio* e *tantum devolutum quantum appellatum*. Sempre que viole capítulo favorável ao réu a despeito da inexistência de recurso da parte acusadora, incorre o juízo *ad quem* em *reformatio in pejus*.

Outrossim, a referida cisão determina uma consequência prática de importante relevância política em um Estado democrático em que prevalece o *favor rei*, consistente no maior ônus atribuído ao juízo sentenciante e ao Ministério Público de efetuar controle da justiça da pena. Assim, deverão juiz e acusador estar atentos à correta aplicação da pena porque, caso contrário, a impugnação exclusiva do réu importará na atribuição de pena menor do que a devida. Para esse controle, obviamente, é imprescindível o reconhecimento do interesse recursal do Ministério Público em face de sentença penal condenatória.

À parte as considerações aqui tecidas, no presente trabalho foi possível constatar a prevalência de setores da jurisprudência contrários à cisão da pena em capítulos. Nesse sentido, setor significativo do Superior Tribunal de Justiça julga que o recurso do réu em face de sentença condenatória penal devolve integralmente o conteúdo desta, restando a devolução limitada apenas com relação às ofensas penais imputadas ao réu.

De outra banda, em que pese sem fazer referência a teoria de capítulos de sentença, um setor minoritário na jurisprudência nacional reconhece que o modelo de justificação legal adotado pelo Código Penal interfere diretamente na quantificação da pena, podendo-se daí aferir que a negatização de circunstâncias judiciais ou legais só pode se dar em razão de recurso específico do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. **O processo acusatório e a vedação probatória perante as realidades brasileira e alemã**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008

ASSIS, Araken de. **Proibição da reformatio in pejus no processo civil brasileiro**. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; Gomes Júnior, Luiz Manoel (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier, São Paulo : Rev. dos Tribunais, 2008. p. 624-632.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **O que é 'devido processo legal?'**. Revista de Processo, São Paulo , v.33, n.163, p. 50-59, set. 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivalhy. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2012

BADDAUY, Leticia de Souza. **A teoria dos capítulos de sentença no processo civil de tutela cognitiva**. 23 de junho de 2006. 179 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2006.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007

BRASIL. Código Penal. (1940). _Decreto-Lei N° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 05.maio.15

_____. Código de Processo Civil.. (1975). **Lei N° 5.869, De 11 De Janeiro De 1973**_. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 05.maio.15

_____. Código de Processo Civil.. (2015). **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015.**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 05.maio.15

_____. Código de Processo Penal. (1941). **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 05.maio.15

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05.maio.15

_____. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 25.junho.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25.junho.2015.

BUIKA, Heloisa Leonor. **Análise da teoria dos capítulos de sentença e suas implicações no âmbito dos recursos.** Revista Dialética de Direito Processual : RDDP, São Paulo , n.133, p. 42-56, abr. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Princípio da individualização da pena X Princípio da Legalidade:** Antígona ou Crenonte? Disponível em <<http://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/153073562/principio-da-individualizacao-da-pena-x-principio-da-legalidade-antigona-ou-crenonte>>. 15 de maio de 2015.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** 1ª Ed. São Paulo: Classic Book, 2000

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Aplicação da pena e garantismo.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Aplicação da pena.** Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Sao Paulo, 1985. n.23, p.45-62.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. **Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Revista de Informação Legislativa, Brasília , v.46, n.183, p. 103-115, jul./set. 2009.

_____. **Discrição judicial na dosimetria da pena:** Fundamentacao suficiente. Revista do Instituto dos Advogados do Parana. Curitiba, instituto dos advogados do parana, 1993. v.21, p.145-162.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002

_____. **Instituições de direito processual civil**. V. 3. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal – teoria, crítica e práxis**. 6ª Ed. Niterói: Editora Impetus, 2009

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

FONTANA, Milton. **Aplicação da pena**: A culpabilidade como pressuposto da reprovação e a valoração das circunstâncias vinculadas ao autor (e não ao fato criminoso). Estudos Jurídicos São Leopoldo, unisinos, 2000. v.33, n.89, p.37-53.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1995

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.7, n.27, p. 71-79, jul. 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reanulação aos tribunais. 7ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

JARDIM, Afrânio Silva. **O Ministério Público e o interesse em recorrer no processo penal**. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/59088y.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2015.

LEONE, Giovanni. **Tratado de derecho procesal penal**. 3v. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1963

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V.4. Campinas: Millenium, 1999

_____. **Elementos de direito processual penal**. V.1. V.4. Campinas: Millenium Editora, 2009

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008

MORAES, Silvio Roberto Mello. **Algumas reflexões acerca da reformatio in pejus no direito processual penal brasileiro**. Revista de Direito da Defensoria Pública. Rio de Janeiro, Procuradoria Geral da Defensoria Pública, 1990, V.4, p. 81-92

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. 5: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2010

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012

NORONHA, Edgard Magalhães. **Da 'reformatio in pejus'**. Julgados dos Tribunais de Alcada de São Paulo. São Paulo, lex, 1969. v.9, p.xxvii-xxxii.

_____. **Direito penal**. V.1. 36ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005

_____. **Individualização da pena**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

NUZZO, Francesco. **L'appello nel processo penale**. 3ª Ed. Giuffrè Editore, 2008

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso processo penal**. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório – a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006

SCHMIDT, Eberhard. **Los fundamentos teóricos e constitucionales del derecho procesal penal**: comentario doctrinario de la ordenanza procesal penal y de la ley orgánica de los tribunales. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957

SILVA, José Afonso da. **Do recurso adesivo no processo civil brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977

TOLEDO, Francisco de Assis. **Aplicação da pena**. nulidades. Doutrina. Rio de Janeiro, instituto de direito, 1998. v.6, p.259-267.

TONINI, Paolo. **Lineamenti di Diritto Procesuale Penale**. 10ª Ed. Giuffrè Editore, 2010

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. A 'reformatio in pejus'. In: MESQUITA, José Ignácio Botelho de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (coord.). **Estudos em homenagem a Joaquim Canuto Mendes de Almeida**. São Paulo : Rev. dos Tribunais, 1987. p. 61-83.

_____. **Processo penal**, V. 1, V.4. 30ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009t

_____. **Teoria do direito processual penal: Jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2ª Ed. Campinas: Bookseller, 2000