

**Excelentíssimo Senhor Presidente do Superior Tribunal de
Justiça**

Habeas Corpus n. XXXXX/XX

A **Defensoria Pública do Distrito Federal**, nos autos do habeas corpus em epígrafe, em que assiste ao paciente **FULANO DE TAL**, vem, com fundamento no artigo 102, II, “a” da Constituição Federal e artigo 310 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, interpor

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS

ao acórdão prolatado pela **Xª Turma** do Superior Tribunal de Justiça, requerendo, desde já, o recebimento das razões ora anexadas e a remessa ao Supremo Tribunal de Federal para o enfrentamento da questão em análise.

XXXXXX, XX de XXXXXX de XXXX.

FULANO DE TAL
Defensor Público

SUPREMO TRIBUNAL DE FEDERAL

RECURSO ORDINÁRIO

Recorrente: **FULANO DE TAL** (Defensoria Pública)

Razões do Recurso

Senhor(a) Ministro(a) Relator(a),

Cabimento e tempestividade

01. Trata-se de recurso ordinário interposto contra acórdão da **Xª Turma** do Superior Tribunal de Justiça que denegou ordem de *habeas corpus*, o que permite o cabimento do presente recurso nos termos da alínea "a" do inciso II do artigo 102 da Constituição Federal e artigo 310 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

02. O recurso é tempestivo porquanto a intimação pessoal eletrônica da Defensoria Pública projeta o limite para a interposição do recurso para o dia **XX/XX/XXXX**, considerando o prazo em dobro previsto pelo art. 89, I da Lei Complementar n. 80/1994.

Da necessidade de concessão da ordem

03. O paciente cumpre pena de reclusão pela prática do crime previsto no artigo 157, §2º, incisos I e II do Código Penal, sendo que na sentença penal condenatória, já transitada em julgado, foi valorado negativamente na primeira fase do cálculo dosimétrico o concurso de pessoas, restando a causa de aumento de pena apoiado no uso de arma branca.

04. Com o advento da Lei 13.654/18, o Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal requereu

ao Juízo de execução o afastamento da majorante do inciso I do §2º do artigo 157 do Código Penal.

05. Por sua vez, a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal, apesar de reconhecer que a Lei 13.654/18 se consubstanciava em uma *novatio legis in melius*, afastando o uso de arma branca como causa de aumento de pena, decidiu refazer a dosimetria invertendo a circunstância judicial (concurso de pessoas) com a causa de aumento (arma branca), para manter a pena no mesmo patamar.

06. Inconformada, a Defensoria Pública interpôs agravo em execução para o TJDF, que negou provimento ao recurso, na decisão que restou assim ementada:

RECURSO DE AGRAVO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. LEI N.º 13.654/2018. EMPREGO DE ARMA BRANCA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO, COM RETORNO DE OUTRA MAJORANTE PARA A TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no caso de inovação legislativa em favor do sentenciado após o trânsito em julgado da sentença, a dosimetria da pena deverá ser refeita por completo pelo Juízo das Execuções, estabelecendo-se como limite para a nova dosimetria a totalidade da pena anteriormente imposta, de forma a se evitar a reformatio in pejus.

2. Nesses termos, não há reforma em prejuízo do réu quando da alteração de circunstâncias nas etapas de fixação da pena, desde que limitada ao

total da sanção aplicada na sentença, como no presente caso, em que, uma vez afastada por lei a causa de aumento referente ao emprego de arma, referida circunstância foi utilizada para valorar negativamente as circunstâncias do crime na pena-base, enquanto a outra causa de aumento – no caso, o concurso de pessoas – retornou à terceira fase do cálculo penal, a fim de se evitar que um crime de roubo circunstanciado pelo concurso de agentes seja apenado como se roubo simples fosse.

3. Recurso conhecido e não provido, mantendo a sentença do Juízo das Execuções que determinou a retificação da conta de liquidação para excluir da incidência legal a menção ao inciso I do § 2º do artigo 157 do Código Penal, sem, no entanto, resultar em alteração da pena final, por haver outra causa de aumento presente.

07. Em face da decisão do TJDF, em que se denota constrangimento ilegal imposto ao paciente, a Defensoria Pública postulou, desta vez, pela via do *habeas corpus* ao STJ, e posteriormente em agravo regimental, o reconhecimento de que lei nova mais benéfica ao paciente, na fase do artigo 66 da LEP, permite apenas ser extirpado de sua condenação o cálculo relativo à terceira fase da dosimetria, consubstanciado a decisão do Tribunal local em excesso de execução, além da ofensa ao princípio da *ne reformatio in pejus* e também da intangibilidade da coisa julgada.

08. A ordem foi denegada pela **Quinta Turma** do STJ, tendo sido o acórdão no julgamento do agravo regimental fundamentado com os seguintes argumentos:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ROUBO. EMPREGO DE ARMA BRANCA (FACA). LEI N. 13.654/2018. CAUSA DE AUMENTO. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. CONCURSO DE

AGENTES. CIRCUNSTÂNCIA DESLOCADA PARA A PENA-BASE. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN PEJUS. EXCESSO NA EXECUÇÃO. OFENSA À COISA JULGADA. NÃO CONFIGURADOS. INSURGÊNCIA DESPROVIDA.

1. Conquanto esta Corte Superior de Justiça não mais admita a utilização do habeas corpus em substituição ao recurso cabível, o caso posto foi analisado, a fim de verificar a ocorrência de eventual constrangimento ilegal, a justificar a atuação ex officio, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

2. No caso, ao aplicar retroativamente a Lei n. 13.654/2018, o juiz da execução, verificando que, além do emprego de arma branca, estava presente outra causa de aumento (concurso de agentes), outrora considerada na fixação da pena-base, valorou o uso da arma como circunstância judicial desfavorável e deslocou a incidência do concurso de agentes para a terceira fase, sem alteração do quantum estabelecido na sentença.

3. Tal medida não configura ofensa à coisa julgada, excesso na execução ou reformatio in pejus, porquanto, na esteira dos precedentes desta Corte, "com a revogação do inciso I pela Lei n. 13.654/18, o Juízo da Execução Penal pode considerar o emprego de arma branca na primeira fase da dosimetria da pena e deslocar o concurso de pessoas para a terceira, desde que não seja agravada a situação do sentenciado" (AgRg no HC n. 509.701/DF, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 6/8/2019, DJe 15/8/2019).

4. Agravo regimental desprovido

09. Com efeito, a decisão agravada limitou-se a analisar a questão da *reformatio in pejus* quantitativa na primeira

fase da dosimetria, ou seja, substituição de valoração entre circunstâncias judiciais, ou mesmo a utilização de arma branca também para a valoração na primeira fase.

10. Por outro lado, a ordem postulada enfrenta outra temática sob o ponto de vista da *reformatio in pejus*: a valoração inicial pelo juiz do conhecimento do concurso de pessoas na primeira fase, estabelecendo um *quantum* penalógico e a sua transposição para a terceira fase da aplicação da pena, aumentando o quantum anteriormente estabelecido em sentença transitada em julgado.

Do constrangimento ilegal

11. O paciente na sentença penal condenatória teve valorado negativamente o concurso de pessoas na fixação da pena-base e, na terceira fase, reconheceu-se a causa de aumento de pena pelo uso de arma branca.

12. No entanto, o artigo 4º da Lei n. 13.654, de 23 de abril de 2018, revogou expressamente a majorante prevista no inciso I do artigo 157 do Código Penal, instituindo como causa de aumento de pena somente o uso de arma de fogo.

13. Trata-se, portanto, de um *novatio legis* que é mais benéfica ao paciente, devendo ser extirpado de sua condenação o cálculo relativo à terceira fase da dosimetria que impôs uma causa de aumento em razão do uso de arma branca.

14. A retroatividade da lei mais benéfica guarda previsão legal no parágrafo único do artigo 2º do Código Penal e o artigo 66, inciso I da Lei 7.210/84 impõe ao Juízo de execução aplicar

aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

15. Por outro lado, refazer a dosimetria invertendo o que restou determinado pela sentença penal condenatória se consubstancia em afronta ao artigo 185 da Lei 7.210/84,¹ que prevê a ocorrência de excesso de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença.

16. Observe-se que sentença condenatória não valorou o uso de arma branca na primeira fase da dosimetria e tampouco optou pela causa de aumento em razão do concurso de pessoas. A inversão realizada pelo Juízo da execução penal é ilegal, porquanto além de um simples cálculo aritmético, a dosimetria deve descrever a efetiva valoração da conduta do paciente, o que já se operou em uma sentença condenatória transitada em julgado.

17. Deste modo, não cabe ao Juízo de execução penal modificar título condenatório transitado em julgado para fazer prevalecer o seu juízo particular de censura em detrimento daquele juízo que foi apurado no devido processo legal de conhecimento. O excesso é patente e na mesma medida da ofensa ao artigo 185 da Lei 7.210/84.

18. Por certo que o acórdão impugnado, que endossou a nova dosimetria pelo Juízo de execução de pena, afrontou também o princípio da intangibilidade da coisa julgada, protegida pelo artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

19. E não é só: diante de lei posterior mais benéfica, em recurso exclusivo da defesa visando a sua aplicação, permitir a

¹ Art. 185. *Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.*

inversão de circunstância valorada para a fixação da pena-base, evidentemente menor (sob o aspecto quantitativo da pena) do que uma causa de aumento de pena na terceira fase da dosimetria, ofende igualmente o princípio do *ne reformatio in pejus* previsto pelo artigo 617 do CPP.

20. Assim, se o concurso de agentes foi devidamente valorado na primeira fase da dosimetria, não se torna viável, por razões exclusivamente utilitaristas, com o objetivo de justificar uma maior sanção, a sua inversão para a terceira fase.

21. Esvaziar o conteúdo de uma lei mais benéfica, em razão de inconformismo com a mutação legislativa, socorrendo-se de um arriscado esforço exegético, diante de um pedido exclusivo da defesa, esbarra na proibição do *ne reformatio in pejus* e contraria também o mencionado artigo 66, I da LEP.²

22. Deste modo, na fase de execução da pena, cabe ao juiz aplicar a lei nova que de qualquer modo favorecer o condenado, tornando-se excessivo refazer a dosimetria para permanecer a pena como estava anulando os efeitos benéficos da nova lei. Trata-se, portanto, de operação que não tem previsão legal.

23. Sendo assim, é vedado na fase de execução penal exercer alteração qualitativa da dosimetria, mesmo sob o argumento de que a pena quantitativamente permaneceu a mesma.

24. A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RHC 136.346, da relatoria do Min. Gilmar Mendes, DJe de 08/11/2016, decidiu sobre a *reformatio in pejus* qualitativa que:

² Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I – aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado.

*Recurso ordinário em habeas corpus. 2. Tráfico ilícito de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). 3. Apelação exclusiva da defesa. Dosimetria da pena. Configuração de reformatio in pejus, nos termos do art. 617 do CPP. A pena fixada não é o único efeito que baliza a condenação, devendo ser consideradas outras circunstâncias, além da quantidade final de pena imposta, para verificação de existência de reformatio in pejus. Exame qualitativo. 4. **O reconhecimento de circunstâncias desfavoráveis não previstas na sentença gera reformatio in pejus, ainda que a pena definitiva seja igual ou inferior à anteriormente fixada. Interpretação sistemática do art. 617 do CPP.***

25. Do mesmo modo, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao decidir no HC 130.924, da relatoria do Min. Marco Aurélio, DJe de 22,09/2017, abordando o tema da *reformatio in pejus* além da perspectiva quantitativa decidiu:

*RECURSO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS - AFASTAMENTO - CONSEQUÊNCIA. Sendo afastadas, no julgamento do recurso da defesa, as circunstâncias judiciais que serviram ao aumento, pelo Juízo, da pena-base, cumpre fixá-la no mínimo previsto para o tipo, **mostrando-se reforma prejudicial ao recorrente a tomada de empréstimo de circunstância não referida na sentença, pouco importando que, no resultado final, em termos de sanção, tenha-se ficado em patamar inferior ao estipulado pelo Juízo.** PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS AO ACUSADO. Uma vez favoráveis as circunstâncias judiciais ao acusado, ficando-se, em termos de pena-base, no mínimo previsto para o tipo, considerado o patamar fixado no*

artigo 33 do Código Penal, cumpre observar o regime menos gravoso.

26. Portanto, mesmo que a pena permaneça igual com a nova operação dosimétrica, ainda assim há afronta ao artigo 617 do CPP.

27. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes no acima mencionado RHC 136.346:

*O reiteradamente citado artigo 617 do Código de Processo Penal é a expressão do princípio da personalidade dos recursos, que, em resumo, determina que a irresignação só pode aproveitar aquele que a apresentou. Nessa linha, veda-se a reformatio in pejus. Como já tive oportunidade de expressar em outros momentos, penso que a vedação da reformatio in pejus não se cinge, simplesmente, à quantidade final de pena. Tal me parece evidente, senão vejamos. A pena, que é a consequência principal da prática delitiva, o fim em si do próprio direito penal, é fixada com base em determinados elementos definidos em lei. É ato complexo, trifásico, no nosso ordenamento jurídico. Ao contrário do que possa parecer, não se trata de mero cálculo aritmético, mas sim de efetiva valoração da conduta levada a efeito pelo sentenciado. Rechaçando a restrição do disposto no artigo 617 do CPP ao simples aspecto quantitativo da pena, avalizam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, (...) **Não se admite a reformatio in pejus, entendida como diferença para pior, entre a decisão recorrida e a decisão no recurso, não podendo a piora ocorrer nem do ponto de vista quantitativo, nem sob o ângulo qualitativo.***

28. Na espécie, portanto, está configurado um flagrante constrangimento ilegal, haja vista que ao paciente está sendo imposto um *quantum* de pena sem motivação inidônea e em desacordo com a previsão legal.

29. O entendimento adotado pelo acórdão recorrido produz efeitos atuais e nefastos em relação à execução da pena pelo paciente.

Conclusão

Por todo o exposto, é o bastante para requerer a concessão de ordem de *habeas corpus*, a fim de que seja cassado o acórdão atacado e determinada a retificação da conta de liquidação do paciente com o a correta dosimetria da pena.

Requer, por fim, que se efetive a imediata comunicação ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para conhecimento da decisão que reparará a ilegalidade a que o paciente se encontra submetido.

XXXXXXX, XX de XXXXXX de XXXX.

FULANO DE TAL
Defensor PúblicoS