O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Recurso em habeas corpus, interposto por Márcio Lopes Araújo, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC nº 240.580/MS, Relator o Ministro Jorge Mussi. Narra o recorrente que “foi condenado à pena de 02(dois) anos, 07(sete) meses e 15(quinze) dias de reclusão, pela prática do delito capitulado no art. 155, §2º, inciso II, do Código Penal, c/c artigo 14, inc. II, do Código Penal. Irresignado o recorrente apelou da sentença, pleiteando a redução da pena base, a correção do quantum da diminuição pela tentativa e a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão. O TJMS deu provimento ao apelo, e ainda, ex officio, afastou a qualificadora da escalada restando ao acusado a condenação pelo furto simples. Porém, no recurso de apelação da defesa, aplicou a causa de aumento de pena do repouso noturno. A pena do recorrente no acórdão restou em 01 (um) ano, 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime RHC 126763 inicial semiaberto, e pagamento de 13 (treze) dias-multa. A defesa opôs Embargos de Declaração para afastar a causa de aumento do repouso noturno, visto que não houve recurso da acusação, porém os embargos foram rejeitados. Diante disso, a defesa interpôs Habeas Corpus no STJ reiterando o pedido de exclusão da causa de aumento do repouso noturno, pois considera que a decisão foi prolatada com equívoco, pois a matéria não foi ventilada no apelo da defesa, tampouco houve a interposição de recurso pela acusação, sendo defeso pelo princípio do reformatio in pejus. O e. STJ negou seguimento ao writ. Por conseguinte a defesa interpôs Agravo Regimental no Habeas Corpus, mas o c. STJ negou[-lhe] provimento (…).” Sustenta o recorrente que “(...) sofre de constrangimento ilegal, pois o acórdão do Superior Tribunal de Justiça violou o princípio da non reformatio in pejus, porquanto reconhecera em recurso exclusivo da defesa em apelação a causa de aumento elencada no art. 155, § 1º, do CP, cujo dispositivo foi sequer mencionado pelo Juízo sentenciante, tampouco objeto de recurso pela acusação Ora, se a Acusação não interpôs qualquer recurso, não poderia o TJMS ou o e. STJ determinar e manter a incidência de causa de aumento de pena, em prejuízo ao recorrente, vez que, caso excluída esta hipótese de aumento de pena, o quantum da condenação do recorrente será reduzida. Por oportuno, repise-se o desrespeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, e devido processo legal, tendo em vista que, caso fosse permitido ao TJMS inovar nos argumentos não mencionados pela acusação ou determinar a incidência de causas de aumento de pena que não foram objeto de pedido em qualquer recurso de apelação, impedir-se-ia o ora recorrente de contra argumentar as inéditas acusações impostas. RHC 126763 Por outro viés, caso não tivesse sido aplicada a causa de aumento referente ao repouso noturno, a pena do recorrente seria ainda mais baixa. Dessa forma, com a devida vênia, fundamentação inovadora não mencionada pela acusação, quer por erro material, ou por qualquer outro motivo, não poderá ser incluída quando do julgamento de recurso interposto apenas pela defesa, sob pena de inclusão de fundamentação supletiva. Por fim, o princípio do reformatio in pejus garante que o tribunal ad quem se pronuncie em conformidade com o postulado no recurso; ressaltando-se que a nova decisão não pode extrapolar os limites daquilo que foi pedido. Logo, é defeso o julgamento extra petita e ultra petita, pois, a despeito de ser permitido a qualquer magistrado reconhecer direitos de ofício, quando flagrantemente violados, não poderá jamais agravar a situação do recorrente que interpôs o recurso, como ocorreu in casu, quando somente a defesa interpôs a apelação”. Requer, assim, o provimento do recurso, “para que seja concedida a ordem no AgRg no HABEAS CORPUS Nº 240.580 - MS (2012/0084485-1), com a exclusão da causa de aumento referente ao furto noturno, por ser fundamentação inovadora, vedada pelo princípio do reformatio in pejus”. O Ministério Público Federal, em parecer do ilustre SubprocuradorGeral da República Dr. Edson Oliveira de Almeida, opinou pelo não provimento do recurso. É o relatório.  
O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): Como já exposto, trata-se de recurso ordinário em habeas corpus, interposto por Márcio Lopes Araújo, contra decisão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que negou provimento ao agravo regimental no HC nº 240.580/MS. Eis a ementa do julgado ora impugnado: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. DOSIMETRIA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DA PENA QUE PERMANECEU FAVORÁVEL AO RECORRENTE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O princípio da vedação a reformatio in pejus, disposto no art. 617 do Código de Processo Penal, veda a reforma da decisão em prejuízo do réu, em recurso exclusivo da defesa. 2. É assente na jurisprudência desta Corte Superior o entendimento de que, em razão do efeito devolutivo amplo da Apelação, o Tribunal a quo pode apresentar novos fundamentos para justificar o aumento na pena, desde que esta não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular, mesmo em se tratando de recurso exclusivo do réu. 3. Agravo Regimental improvido.” Essa é a razão por que se insurge o recorrente. O recorrente, denunciado por furto qualificado mediante escalada, na modalidade tentada (art. 155, § 4º, II, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal (vide denúncia e seu aditamento, anexo 1, fls. 10/13 e 91/95), foi condenado pelo juízo da 1ª Vara Criminal de Dourados, como incurso nas sanções dos citados dispositivos legais, à pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) RHC 126763 meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 14 (catorze) dias-multa (anexo 1, fls. 155/160). A sentença transitou em julgado para o Ministério Público. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul deu parcial provimento à apelação interposta pelo recorrente para: i) afastar a qualificadora da escalada; ii) redimensionar a pena-base para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão; iii) compensar a agravante da reincidência com a atenuante de confissão espontânea; iv) reduzir de 1/3 (um terço) a pena em razão da tentativa, fixando-a em 1 (um) ano, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão; e e) aumentar de 1/3 (um terço) as penas, pelo fato de o crime ter sido praticado às 22h45m, durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, CP), fixando-as, em definitivo, em 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e em 13 (treze) diasmulta (anexo 1, fl. 327). Nos termos do art. 617 do Código de Processo Penal, o tribunal, no julgamento da apelação, não poderá agravar a pena quando somente o réu houver apelado da sentença. Ora, como a pena de 2 (dois) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, originariamente imposta na sentença, foi redimensionada para 1 (um) ano, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, não houve qualquer agravamento indevido. Como bem ressaltado no julgado ora hostilizado, “em razão do efeito devolutivo amplo da Apelação, o Tribunal pode apresentar novos fundamentos para justificar aumento na pena, desde que esta não ultrapasse aquela fixada anteriormente pelo magistrado singular, mesmo em se tratando de recurso exclusivo do réu” (anexo 2, fl. 87). Não há que se falar, portanto, em reformatio in pejus. Como já tive oportunidade de destacar no julgamento do RHC nº 122.178/SP, Primeira Turma, de minha relatoria, DJe de 17/11/14, por força do efeito devolutivo da apelação, todo o conhecimento da matéria impugnada é devolvido ao tribunal ad quem. RHC 126763 Quanto à extensão, o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente. Mas, como ponderam Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio Scarance Fernandes, “(...) dentro desses limites, a profundidade do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo o que for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino tantum devolutum quantum appellatum (relativo à extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo vel appellari debebat (relativo à profundidade)” (Recursos no processo penal. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 47-48, grifo nosso). Referidos doutrinadores, após anotarem que “a restrição existente na apelação parcial é relativa à extensão do conhecimento e não à sua profundidade, podendo o tribunal examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior (...)” - op. cit., p. 123. Como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “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. RHC 126763 À primeira vista, a restrição a observar no ponto é que as novas circunstâncias do fato hão de estar explícitas ou implicitamente contidas na acusação, o que, no caso, parece indiscutível” (HC nº 76.156, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 8/5/98). Assim, “ainda que em recurso exclusivo da defesa, o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal a rever os critérios de individualização definidos na sentença penal condenatória para manter ou reduzir a pena, limitado tão-somente pelo teor da acusação e pela prova produzida” (HC nº 101.917, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe 9/2/11; HC nº 106.113/MT, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/2/12). Na espécie, tanto a denúncia quanto seu aditamento, a despeito de não indicarem, na classificação legal da imputação, o art. 155, § 1º, do Código Penal, descreveram que o crime foi praticado por volta de 22h45m (anexo 1, fl. 10), vale dizer, durante o repouso noturno. Como o recorrente se defendeu dos fatos a ele imputados, e não de sua classificação legal, não vinga a alegação de que a defesa veio a ser surpreendida com o reconhecimento, no julgamento de sua apelação, da causa de aumento de pena do repouso noturno, máxime considerando-se que o tribunal local afastou a qualificadora da escalada e reduziu a pena ao final imposta. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. É como voto.