

REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA

CONDIÇÃO QUALIFICADORA

Recurso REsp .
Tribunal STJ

CONVERSÃO EM REGIME FECHADO SEM RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO — "REFORMATIO IN PEJUS"

RESUMO

- ... Na verdade, consoante lembrado no pronunciamento do MPF, ao citar acórdão do Senhor Ministro CARLOS THIBAU, a jurisprudência desta Corte vem repelindo a espécie. A propósito trago à colação aresto de minha relatoria; em sentido oposto ao da sentença (REsp. nº 501 - SP), de cuja ementa se lê: "Penal. Tráfico de Entorpecente. Penal Regime aberto. O crime de tráfico de entorpecente, pela sua natureza, de periculosidade reconhecida, torna inviável o cumprimento da pena aplicada em regime aberto, desde o início. Recurso provido". - O problema, todavia, está em que a Justiça Pública omitiu-se quanto ao oferecimento de qualquer recurso, nesta parte. O processo foi submetido a exame do Tribunal de Justiça por força, exclusivamente, da apelação do Réu, a qual não mereceu provimento, mas teve o regime de cumprimento da pena ajustado à disciplina legal. É o que está registrado nesse passo do v. acórdão: "Nestas circunstâncias, não pode prosperar a apelação, devendo ser mantida a condenação, vez que o ato sentencial examinou corretamente a prova trazida para os autos e aplicou a pena justa. - Se algum reparo merece a sentença é por ter fixado o regime de cumprimento de pena em aberto, o mais correto, por ser traficante, é o regime fechado, o que de logo é determinado. A lei trata o traficante de forma mais severa, pois não permite apelar em liberdade (art. 35, da Lei de Tóxicos) e a nova Carta Constitucional considerou crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inc. XLIII, da Constituição Federal). Mas, não poderia o apelante estar em liberdade, o que é vedado pelo artigo 35, da Lei de Tóxico". - Não se discute o acerto do entendimento expresso na transcrita manifestação, pois reflete ele a orientação jurisprudencial desta Corte. Todavia, não me parece que o reparo feito à sentença pudesse sê-lo sem a provocação do Ministério Público, a teor do princípio inserto no art. 617, do Código de Processo Penal, segundo o qual: "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". - Nessa regra está presente o princípio "tantum devolutum", "quantum appellatum". Poder-se-ia argumentar que a hipótese não cuida de agravamento da pena, mas de simples declaração de seu cumprimento, feita em desacordo com a legislação de regência. - Com a devida "venia", a questão não pode ser colocada nesses termos. Com efeito, trata-se de cláusula, hoje obrigatória inserção na sentença condenatória, que a esta integra, ensejando às partes da faculdade de impugná-la. Na ausência da providência cabível, a preclusão impõe-se, como fator de equilíbrio e igualdade processual, além do respeito e acatamento à coisa julgada. - Veja-se que em relação ao "sursi" (art. 697, do CPP - cuja tendência inicial da jurisprudência pretoriana era no sentido de a sentença concessiva não fazer coisa julgada material, hoje evoluiu-se para vincular a sua cassação, quando deferia contra a lei, a expresso requerimento no recurso próprio, sob pena de incorrer na "reformatio in pejus". Recente julgado do Egrégio Supremo Tribunal Federal espelha tal linha conceitual. Refiro-me ao acórdão pertinente ao HC nº 67.218-3 - SP, Relator o Senhor Ministro CARLOS MADEIRA ("in" DJ de 21-4-1989), assim ementado: "Habeas corpus. "Reformatio in pejus". Se a sentença concedeu "sursis" ao paciente, sem condições, pelo prazo de dois anos, não cabia ao Tribunal, ao julgar o recurso da defesa, desmerecer o favor judicial, sem provocação do Ministério Público. Concessão parcial do "habeas corpus", para cassar a limitação de fins de semana, imposta no acórdão proferido no recurso exclusivo da defesa, restabelecendo-se o "sursis" tal como concedido". - Se o critério pode ser aplicado à

suspensão condicional da pena, com muito maior razão deve reger a fixação do regime de cumprimento da pena. Ac. de 24-10-1989 DJ de 6-11-1989 Arquivo do EMFOR - STJ/95 EMFOR 502

EMENTA

Constitui verdadeira "reformatio in pejus" a decisão do Tribunal que, sem recurso do MP, no julgamento da apelação do Réu, decide fixar em regime fechado o cumprimento da pena, estabelecido pela sentença em regime aberto.