

05/04/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.346 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: MAX ALBERTO GIESEN BOTELHO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA

***Habeas corpus*. Penal. Condenação pelos crimes de lesão corporal (CP, art. 129) e desacato (CP, art. 331). Dosimetria de pena. Fixação da pena-base do crime de desacato acima do mínimo legal. Fundamentação idônea. Alegado *bis in idem*. Não ocorrência. Suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95). Não cabimento. Fundamentada recusa do Ministério Público em propor o benefício. Aceitação da recusa pela autoridade judicial. Possibilidade. Precedentes. Natureza de transação processual da suspensão condicional do processo. Inexistência de direito público subjetivo à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. Precedentes. Constrangimento ilegal não evidenciado. Ordem denegada.**

1. A jurisprudência da Corte preconiza que a via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação ou ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal consideradas na sentença condenatória (HC nº 100.371/CE, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe de 21/5/10; HC nº 121.569/SP, Primeira Turma, **de minha relatoria**, DJe 16/5/14).

2. Todavia, em matéria de dosimetria de pena, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe 20/5/14).

3. O acórdão proferido pelo Tribunal Regional majorou a pena-base do paciente pelo delito de desacato de forma fundamentada,

HC 129346 / ES

considerando como consequências do crime os prejuízos psicológicos causados à vítima, devidamente comprovados, não incidindo, portanto, no apontado **bis in idem**, uma vez que o fato não é elemento normativo do tipo penal do art. 331 do Código Penal, que é a dignidade da Administração Pública, imprescindível para o desempenho regular da atividade administrativa (CAPEZ, Fernando e PRADO, Stela. **Código Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 662).

4. Nesse aspecto, o acórdão proferido por aquele Tribunal Regional não apresenta mácula, uma vez que circunstância elementar do tipo incriminador em questão não foi sopesada para majorar a pena-base.

5. Quanto à pretendida concessão da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95), anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ 15/9/06). Desse entendimento, não dissentiu o aresto ora questionado.

6. É pertinente se destacar que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 6/2/03; HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe de 28/11/11).

7. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 5 de abril de 2016.

HC 129346 / ES

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

05/04/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.346 ESPÍRITO SANTO

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
PACTE.(S)	: MAX ALBERTO GIESEN BOTELHO
IMPTE.(S)	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado em favor de Max Alberto Giesen Botelho, apontando como autoridade coatora a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 513.953/ES, Relator o Ministro **Gurgel de Faria**.

A impetrante sustenta, em síntese, que

“a pena aplicada pelo TRF2 e mantida pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, revela um rigor excessivo na fixação da pena-base do paciente, ou seja, o réu foi condenado a uma pena-base de 1 (um) ano de detenção, isso significa 6 (meses) meses acima do mínimo legal, com base em alusões genéricas acerca do prejuízo causado pela conduta delituosa” (fl. 3 da inicial – grifos da autora).

Aduz, ainda, que as considerações do Tribunal Regional Federal da 2ª Região a respeito do prejuízo causado à vítima pela conduta delituosa do paciente, tipificada no art. 331 do Código Penal, seriam “intrínsecas ao tipo penal, o que impede sua valoração para fins de exasperação da pena-base, sob pena de **bis in idem**” (fl. 4 da inicial).

Assevera, ademais, que a pretensão de reconhecimento da desproporcionalidade da pena-base imposta ao paciente prescinde do

HC 129346 / ES

reexame probatório.

Alega, por fim, que o

“acórdão recorrido também negou vigência ao art. 89 da Lei nº 9.099/95, visto que o paciente foi condenado em 1ª instância pela prática dos crimes de desacato e lesão corporal leve, cujo somatório de penas mínimas perfaz o total de 9 meses de detenção e multa.

O paciente não está sendo processado e nunca foi condenado por nenhum outro crime, sendo réu primário e possuindo bons antecedentes criminais. Não há fatos que desabonem sua conduta, logo a culpabilidade, a conduta social, a personalidade do recorrente, os motivos e as circunstâncias do crime autorizam o benefício” (fl. 6 da inicial).

Requer o deferimento de liminar para suspender os efeitos do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no AREsp nº 513.953/ES e, no mérito, pede a concessão da ordem “para que seja a pena aplicada no mínimo legal com base no artigo 331 do CP, bem como seja concedida a suspensão condicional do processo com base no artigo 89 da Lei nº 9.099/95” (fl. 7 da inicial).

Indeferi a liminar e, por estar a impetração devidamente instruída, foram dispensadas informações.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República **Cláudia Sampaio Marques**, opinou pelo não conhecimento da impetração e, caso dela se conheça, pela denegação da ordem.

É o relatório.

05/04/2016

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 129.346 ESPÍRITO SANTO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conforme relatado, a impetração volta-se contra julgado da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou os embargos de declaração no agravo regimental no AREsp nº 513.953/ES, Relator o Ministro **Gurgel de Faria**.

Narra a impetrante, na inicial, que o paciente

“foi condenado à sanção prevista nos artigos 129, caput e 331, na forma do artigo 69, todos do CP. A sentença condenou o ora paciente pelo crime de lesão corporal a 03 meses detenção e ao crime desacato a uma pena de 10 dias-multa, estipulando-se cada dia-multa no valor de 1/3 do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Inconformados, réu e Ministério Público apelaram e o Eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região deu parcial provimento ao recurso do Ministério Público negando provimento ao da defesa, aplicando-lhe a pena de 1 ano ao crime desacato mais 06 para o crime de lesão corporal, perfazendo a uma pena final de 1(um) ano e (6) meses de detenção.

Inconformada, a defesa interpôs Recurso Especial, o qual foi inadmitido pelo juízo de admissibilidade do Vice Presidente do TRF 2ª região, com amparo na súmula 7/STJ.

A defensoria interpôs Agravo em Recurso Especial, visando levar à apreciação do STJ a análise do mérito recursal. No entanto, foi negado provimento.

Diante da decisão do STJ, a defesa interpôs Agravo Regimental e o mesmo não foi provido” (fl. 2).

Eis a síntese do julgado proferido no regimental:

HC 129346 / ES

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL E DESACATO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7, STJ. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Eg. Tribunal de origem fixou a pena-base acima do mínimo legal, de forma suficientemente fundamentada, em razão do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fazendo incidir o óbice da Súmula 7, STJ a desconstituição de tal entendimento.

2. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula 7, STJ. 3. Agravo regimental não provido” (anexo 3).

Os embargos de declaração opostos foram assim decididos pelo órgão colegiado:

“PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REQUISITOS. OMISSÃO CONFIGURADA. ART. 89 DA LEI N. 9.099/1995. PRETENSÃO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ.

1. Os embargos de declaração têm ensejo quando há ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no julgado e, por construção pretoriana integrativa, erro material.

2. Na hipótese, o acórdão embargado deixou de apreciar a matéria relativa à suspensão condicional do processo, fulcrada no art. 89 da Lei n. 9.099/1995, bem como a alegada violação ao art. 28 do Código de Processo Penal, levantadas nas razões do recurso especial e reiteradas no agravo regimental.

3. Como é sabido, compete ao Ministério Público, como titular da ação penal, analisar a possibilidade de aplicação do

HC 129346 / ES

sursis processual, devendo sempre fundamentar adequadamente a sua recusa.

4. No caso, não se aplica a regra contida no art. 28 do CPP, pois o Magistrado *a quo* não discordou do Órgão ministerial, entendendo que os motivos apresentados – violência perpetrada e a personalidade agressiva do acusado – são suficientes para justificar o não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.

5. Diante do quadro delineado, a inversão do decidido pelas instâncias ordinárias demandaria a análise do acervo probatório dos autos, providência vedada em face do contido na Súmula 7 deste Tribunal.

6. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos” (anexo 3).

Pelo que se verifica dos julgados proferidos pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não se vislumbra ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia que justifique a concessão da ordem. Com efeito, as decisões proferidas por aquela Corte encontram-se suficientemente motivadas, restando, assim, justificado o convencimento formado.

O magistério jurisprudencial da Corte preconiza que a via estreita do **habeas corpus** não permite que se proceda à ponderação ou ao reexame das circunstâncias judiciais referidas no art. 59 do Código Penal consideradas na sentença condenatória (HC nº 100.371/CE, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ricardo Lewandowski**, DJe 21/5/10; HC nº 121.569/SP, Primeira Turma, **de minha relatoria**, DJe 16/5/14).

Perfilhando esse entendimento: RHC nº 114.742/DF, Primeira Turma, **de minha relatoria**, DJe 8/11/12; HC nº 116.568/DF, Segunda Turma, Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, DJe 12/9/13; e HC nº 86.568/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 10/2/06, entre outros.

De qualquer forma, em matéria de dosimetria de pena, cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, bem como a correção de

HC 129346 / ES

eventuais discrepâncias, se gritantes ou arbitrárias (HC nº 120.095/MS, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe 20/5/14).

Fixadas essas premissas, passo à análise da dosimetria da pena imposta ao paciente, assim estabelecida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

“(…)

Quanto à dosimetria da pena, constata-se que todas as circunstâncias judiciais, em ambos os crimes, foram consideradas favoráveis ao acusado ou neutras, de modo que as penas base permaneceram no mínimo legal.

No entanto, no que toca ao crime de desacato, verifico que o fato de os insultos terem sido proferidos contra superior hierárquico e na presença de outro servidor público subordinado à vítima torna o comportamento do acusado mais reprovável, na medida em que, ultrapassando a agressão verbal e a humilhação inerente ao tipo penal previsto no art. 331, do Código Penal, desprestigia e desautoriza perante terceiros a função de chefia exercida pela vítima.

O motivo que deu causa ao atuar do réu também se afigura bastante reprovável, eis que além de a vítima ter o dever funcional de cobrar resultados, os elementos dos autos demonstram que o cumprimento da tarefa era, de fato, urgente, não havendo, pois, qualquer motivo aparente para o acusado se irresignar.

Não há como desconsiderar, também, os atestados médicos de fls. 58, 60 e 62 dando conta de que a vítima, após as agressões, apresentou sintomas de tristeza, medo, insegurança, insônia e tendência ao isolamento, culminando com um quadro de estresse pós-traumático. Ora, tais consequências não podem ser consideradas decorrência lógica do crime de desacato.

As circunstâncias são efetivamente neutras, porquanto o fato de o delito ter sido praticado na presença de outro servidor público já foi valorado para fins de reputar desfavorável a culpabilidade do acusado e, em consequência, majorar sua pena-base.

Portanto, tendo em vista que são três as circunstâncias

HC 129346 / ES

judiciais desfavoráveis ao acusado e considerando as penas mínima e máxima cominadas ao delito previsto no art. 331, do CP, fixo a pena-base em 01 (um) ano de detenção.

(...)

Inexistindo causas de aumento e diminuição, a pena definitiva deve ser fixada em 01 (um) ano de detenção, que não deve ser substituída pela de multa, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu.

No que pertine ao crime de lesão corporal, pelos mesmos fundamentos esposados para a fixação da pena base do crime de desacato, reputo desfavoráveis a culpabilidade, o motivo e as consequências do crime, esclarecendo para esta última circunstância que, além dos danos psicológicos, a vítima ficou com hematomas por todo o corpo, consoante de vê nas fotos de fls. 05/13, do apenso I.

Assim sendo, considerando as três circunstâncias judiciais desfavoráveis e as penas mínima e máxima cominadas ao delito previsto no art. 129, **caput**, do CP, fixo a pena base em 06 (seis) meses de detenção.

(...)

Portanto, inexistindo causas de aumento e diminuição, a pena definitiva deve ser fixada em 06 (seis) meses de detenção.

(...)

Destarte, aplicando-se a soma prevista no art. 69, do CP, a pena totaliza 01 (um) ano e 06 (seis) meses de detenção. (...)" (anexo 3).

A meu ver, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional majorou a pena-base do paciente pelo delito de desacato de forma fundamentada, considerando como consequências do crime os prejuízos psicológicos causados à vítima, devidamente comprovados, não incidindo, portanto, no apontado **bis in idem**, uma vez que o fato não é elemento normativo do tipo penal do art. 331 do Código Penal, que é a dignidade da Administração Pública, imprescindível para o desempenho regular da atividade administrativa (CAPEZ, Fernando e PRADO, Stela. **Código Penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 662).

HC 129346 / ES

Aliás, é do entendimento da Corte que somente “a ponderação das circunstâncias elementares do tipo no momento da aferição do cálculo da pena-base configura ofensa ao princípio do **non bis in idem**” (HC nº 117.599/SP, Primeira Turma, Relatora a Ministra **Rosa Weber**, DJe 14/2/14).

Portanto, nesse aspecto, o acórdão proferido por aquele Tribunal Regional não apresenta mácula, uma vez que circunstância elementar do tipo incriminador em questão não foi sopesada para majorar a pena-base.

Em relação à pretendida concessão da suspensão condicional do processo com base no art. 89 da Lei nº 9.099/95, anoto que a jurisprudência da Corte já decidiu que o benefício não é cabível se o Ministério Público, de forma devidamente fundamentada, como no caso, deixa de propô-la e o Juiz concorda com a recusa (HC nº 89.842/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ de 15/9/06).

No mesmo sentido: HC nº 84.935/GO, Segunda Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 20/5/05; RE nº 422.441/SC, Primeira Turma, Relator o Ministro **Sepúlveda Pertence**, DJ 17/09/04; e HC nº 82.004/RJ, Primeira Turma, Relator para o acórdão o Ministro **Ilmar Galvão**, DJ de 13/9/02.

Desse entendimento não dissentiu o aresto ora questionado:

“De ressaltar, primeiramente, que compete ao Ministério Público, como titular da ação penal, analisar a possibilidade de aplicação do *sursis* processual, devendo sempre fundamentar adequadamente a sua recusa. No caso, o Juiz sentenciante concordou com a motivação apresentada pelo órgão acusatório, anotando, *in verbis* (fls. 142/144):

De fato, a soma das penas mínimas cominadas aos delitos não chega a 01 (um) ano de detenção, perfazendo o requisito objetivo exigido para a suspensão condicional do processo em caso de concurso de crimes, entendimento sumulado pelos verbetes nº 243 do Superior Tribunal de Justiça e nº 723 do Supremo Tribunal Federal, a *contrario sensu*:

(...)

HC 129346 / ES

Todavia, este não é o único requisito a ser preenchido pelo réu para que o benefício processual lhe seja proposto, já que a lei prevê outras exigências, a teor do artigo 89 da Lei 9.099/95 em cotejo com o artigo 77 do Código Penal.

(...)

Em primeiro lugar, está consolidado o entendimento de que a suspensão condicional não é direito subjetivo do réu. Embora não se trate de mera liberalidade - porquanto condicionada aos requisitos legais do artigo 89 da Lei 9.099/95 c/c as condições previstas para a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal -, não cabe ao magistrado interferir na decisão do órgão ministerial quando motivadamente deixa de apresentar a proposta, à exceção de casos teratológicos.

(...)

Isto posto, e nos termos dos enunciados das jurisprudências e das súmulas acima explanadas, acolho as razões do MPF por entendê-las pertinentes e, portanto, deixo de aplicar o artigo 28 do Código de Processo Penal à hipótese.

O Tribunal de origem afastou a preliminar suscitada pela defesa, entendendo que não se aplica a regra contida no art. 28 do Código de Processo Penal, pois o Magistrado *a quo* não discordou do Órgão ministerial, acentuando que a violência perpetrada e a personalidade agressiva do acusado são fundamentos suficientes para justificar o não oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo.”

É pertinente se destacar, ainda, que a suspensão condicional do processo tem natureza de transação processual, não existindo, portanto, direito público subjetivo do paciente à aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 (HC nº 83.458BA, Primeira Turma, Relator o Ministro **Joaquim Barbosa**, DJ de 6/2/03).

De igual teor: HC nº 101.369/SP, Primeira Turma, de **minha relatoria**, DJe 28/11/11; HC nº 84.342/RJ, Primeira Turma, Relator o Ministro **Ayres**

HC 129346 / ES

Britto, DJ de 23/6/06.

Com essas considerações, **denego** a ordem de **habeas corpus**.

É como voto.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 129.346

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

PACTE.(S) : MAX ALBERTO GIESEN BOTELHO

IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

PROC.(A/S) (ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, por votação unânime, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. **2ª Turma**, 5.4.2016.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Teori Zavascki. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Ravena Siqueira
Secretária