

**HABEAS CORPUS Nº 509.868 - SC (2019/0135448-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
PEDRO HENRIQUE PIRO MARTINS - SP349735  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA  
**PACIENTE** : JONATHAN CAMARGO OPASKI (PRESO)

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JONATHAN CAMARGO OPASKI apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Consta dos autos que o paciente foi, em primeiro grau de jurisdição, condenado à pena de 3 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso nos crimes previstos nos arts. 147 e 329, ambos do Código Penal, na forma da Lei n. 11.340/2006 (e-STJ fls. 193/202).

Irresignados, a defesa e o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpuseram recursos de apelação. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao apelo defensivo de modo a absolver o ora paciente do crime previsto no art. 329 do Código Penal. A referida Corte, lado outro, deu provimento ao recurso ministerial para condenar o ora paciente como incurso no crime previsto no art. 331 do Código Penal. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fls. 358/359):

*APELAÇÕES CRIMINAIS - CRIMES DE AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (CP, ART. 147, CAPUT, C/C LEI N. 11.340/06), DE RESISTÊNCIA, DE DESACATO (CP, ARTS. 329 E 331) E DE CONTRAVENÇÃO PENAL DE PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO (DECRETO-LEI N. 3.688/41, ART. 42) - SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.*

*RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO.*

*APELO DO RÉU.*

*AMEAÇA - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA POR AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO - AGENTE QUE COMETE O CRIME SOB O EFEITO DE BEBIDA ALCOÓLICA - INGESTÃO CONSCIENTE E VOLUNTÁRIA QUE NÃO AFASTA A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL - EXEGESE DO ART. 28, II, DO CP - ADEMAIS, ESTADO DE FÚRIA QUE RESSALTA O ÂNIMO DE AMEAÇAR.*

*"Dada à adoção da teoria da actio libera in causa pelo Código Penal, somente a embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior que reduza ou anule a capacidade de discernimento do agente quanto ao caráter ilícito de sua conduta, é causa de redução ou exclusão da responsabilidade penal nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 28 do Diploma Repressor" (STJ, Min. Jorge Mussi).*

**RESISTÊNCIA - ATIPICIDADE DA CONDUTA - SUSTENTADA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO - OCORRÊNCIA - AGENTE QUE, QUANDO DA PRISÃO, BATE SUA CABEÇA NA PAREDE E SE JOGA NO CHÃO - NÃO OPOSIÇÃO À EXECUÇÃO DE ORDEM LEGAL MEDIANTE DE EMPREGO DE VIOLÊNCIA.**

*É atípica a conduta do agente que, quando da prisão, bate sua cabeça na parede e se joga no chão, não se opondo à execução legal mediante emprego de violência contra os agentes públicos.*

**INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.**

**SENTENÇA QUE APLICA O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO PARA OS DELITOS DE RESISTÊNCIA E DESACATO - TODAVIA, ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE RESISTÊNCIA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO - INSURGÊNCIA PELA CONDENAÇÃO DO RÉU QUANTO AO CRIME DE DESACATO - POSSIBILIDADE - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE ATENDERAM AO FLAGRANTE VÁLIDO - PROVA DE QUE O RÉU AGIU COM DELIBERADA INTENÇÃO DE DESPREZAR E HUMILHAR OS AGENTES POLICIAIS NO EXERCÍCIO DE SEU MISTER.**

*"Segundo entendimento reiterado desta Corte os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade" (STJ, Min. Ribeiro Dantas).*

**RECURSOS CONHECIDOS, PARCIALMENTE PROVIDO DA DEFESA E PROVIDO O DA ACUSAÇÃO.**

Conheceu-se do recurso de embargos de declaração oposto, dando-se a ele provimento para declarar extinta a punibilidade do agente pelo crime previsto no art. 331 do Código Penal. Eis a ementa do acórdão (e-STJ fl. 410):

**PROCESSUAL PENAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO INDIRETA - INOVAÇÃO RECURSAL - TESE NÃO VENTILADA ANTERIORMENTE. "É inviável a apreciação de matéria que não foi alegada no momento processual adequado, pois é vedado à parte inovar quando da oposição de embargos de declaração" (STJ, Min. Maria Thereza de Assis Moura).**

*[...] a ausência de manifestação no julgado acerca de matéria que poderia ser analisada de ofício, em homenagem ao princípio*

*reformatio in melius - segundo o qual se tem admitido amplo exame da causa, ainda que existente apenas recurso da acusação - não implica omissão" (TJSC, Des. Ernani Guetten de Almeida).*

*ALEGADA OMISSÃO ANTE O NÃO RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE - ACOLHIMENTO - RECONHECIDA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO, NA FORMA RETROATIVA - PENA APLICADA QUE NÃO EXCEDE A UM ANO - TRANSCURSO DE MAIS DE TRÊS ANOS ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO QUANTO AO CRIME DE DESACATO - INCIDÊNCIA DOS ARTS. 107, IV E 109, V, DO CP.*

*RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO.*

A presente impetração funda-se na incidência da agravante prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal, na dosimetria do crime previsto no art. 147 do mesmo diploma.

Sustenta a impetrante que (e-STJ fl. 9):

*Como se vê, a Lei 11.340/06 não se limita a estabelecer um regime processual mais rigoroso: em relação às infrações penais que cominam pena de multa alternativa, a Lei 11.340/06 provoca um agravamento específico da pena, qual seja, o afastamento da pena mínima (multa isolada) cominada às infrações penais.*

*Portanto, nas infrações penais que cominam pena alternativa de multa, o art. 17 da Lei 11.340/06 equivale a uma qualificadora, ao agravar em abstrato a pena mínima cominada ao delito.*

Diante disso, pleiteia a defesa, em tema liminar, a suspensão dos efeitos do acórdão ora objurgado com relação ao excesso de pena impugnado até ulterior julgamento do mérito da presente impetração.

No mérito, postula a concessão da ordem a fim de "[...] que seja excluída a agravante prevista no art. 61, II, 'f', do Código Penal, da dosimetria da pena do crime de ameaça, reconhecendo-se o *bis in idem*." (e-STJ fl. 11).

Liminar indeferida às e-STJ fls. 427/430.

Informações prestadas às e-STJ fls. 437/501.

Parecer ministerial pela denegação da ordem, nos termos da ementa ora

transcrita (e-STJ fl. 507):

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. RACIONALIZAÇÃO NO USO DO MANDAMUS. PRECEDENTES DO STJ E STF. AMEAÇA. CRIME COMETIDO NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. RITO DA LEI MARIA DA PENHA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.*

É, em síntese, o relatório.

De início, convém alertar que a jurisprudência pátria vem se firmando no sentido de que o *habeas corpus* não é a via apropriada para a discussão da dosimetria penalógica, quando há a necessidade de revolvimento dos dados fáticos do processo. Nesse sentido, julgados de ambas as Turmas integrantes da Terceira Seção:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ENORME QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICAVA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFERIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. REGIME INICIAL DIVERSO DO FECHADO. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.*

*1. A dosimetria é uma operação lógica, formalmente estruturada, de acordo com o princípio da individualização da pena. Tal procedimento envolve profundo exame das condicionantes fáticas, sendo vedado revê-lo em sede de habeas corpus, salvo em situações excepcionais. [...]*

*5. Habeas corpus denegado.*

(HC 398.702/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 05/09/2017, DJe 18/09/2017)

*PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO QUALIFICADA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. RÉU REINCIDENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A IMPOSIÇÃO DO REGIME FECHADO. DETRAÇÃO DO TEMPO DE CUSTÓDIA CAUTELAR. SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. COMPETÊNCIA CONCORRENTE DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.*

*1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.*

*2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Dessarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. [...]*

*9. Writ não conhecido e habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda ao exame da possibilidade de detração do tempo de prisão cautelar, nos moldes do art. 387, § 2º, do CPP.*

(HC 401.931/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 17/10/2017)

Nessa tessitura, a correção da reprimenda penal nesta angusta via é absolutamente extraordinária, sendo que, no presente caso, não vislumbro manifesto constrangimento ilegal a excepcionar o referido posicionamento.

É que, na linha da jurisprudência desta Corte Superior, "a aplicação da agravante prevista no art. 61, II, *f*, do CP, de modo conjunto com outras disposições da Lei n. 11.340/06 não acarreta *bis in idem*, pois a Lei Maria da Penha visou recrudescer o tratamento dado para a violência doméstica e familiar contra a mulher" (AgRg no AREsp n. 1079004/SE, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 13/6/2017, DJe 28/6/2017).

A propósito:

*PENAL. HABEAS CORPUS. AMEAÇA. 1. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. 1. ANTECEDENTES. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÕES ANTERIORES DIVERSAS UTILIZADAS PARA AUMENTAR A PENA NAS DUAS CIRCUNSTÂNCIAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 2. CULPABILIDADE. DE ALTA REPROVABILIDADE. CONDUTA DELITIVA QUE NÃO FOGE AO HABITUAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 3. PERSONALIDADE. ENCARA O TIPO "MACHÃO/MANDÃO". MOTIVOS DO DELITO. PARA SATISFAZER O SEU*

"ALTER-EGO". AUSÊNCIA DE DADOS CONCRETOS. EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 4. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. GRAVES. SEM CONCRETUDE. 5. AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. RITO DA LEI MARIA DA PENHA. ELEMENTAR DO TIPO DE AMEAÇA. INOCORRÊNCIA. AFASTAMENTO. INVIABILIDADE. 6. ACRÉSCIMO PELAS AGRAVANTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. MINORAÇÃO. INCIDÊNCIA. 7. EXTINÇÃO DA REPRIMENDA PELO CUMPRIMENTO. DETRAÇÃO DA PENA. BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO. MATÉRIAS NÃO APRECIADAS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 8. ORDEM EM PARTE CONCEDIDA.

[...]

*5. Mostra-se inviável o afastamento da circunstância prevista no artigo 61, II, "f", do Código Penal sob a alegação de elementar do tipo de ameaça sob o rito da Lei Maria da Penha, pois a agravante foi justamente acrescida nesse rol pela Lei n.º 11.340/06, com o intuito de recrudescer a punição pelos delitos cometidos diante das hipóteses legais previstas.*

[...]

*8. Ordem parcialmente concedida para reduzir a reprimenda do paciente.*

(HC 159.619/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 17/10/2011).

No mesmo sentido, o parecer ministerial (e-STJ fl. 509):

*O tribunal de origem, a fl. 376, entendeu que "foram reconhecidas, com acerto, as agravantes previstas no art. 61, II, "e" e "f", do CP, porquanto o réu cometeu o delito contra ascendente e prevalecendo-se das relações domésticas".*

*10. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, a incidência da agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal, tem o objetivo de punir mais severamente o agente que pratica a infração prevalecendo-se das relações domésticas, no âmbito do seio familiar, de modo que fica impossibilitado o seu afastamento, porquanto, em relação ao delito capitulado no art. 147 do Código Penal, a incidência da agravante não tem o condão de configurar bis in idem, considerando que o cometimento do delito em âmbito doméstico é circunstância estranha às elementares do tipo de ameaça (AgRg no HC 461797/SC, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 01/02/2019).*

*11. No mesmo sentido: HC 466.834/SC, Rel. Min. Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 23/11/2018; AgRg no HC 463.520/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 10/10/2018; AgRg no HC 459.128/SC, Rel. Min.*

*Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 16/11/2018; AgRg no AREsp n. 1.079.004/SE, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/6/2017, DJe 28/6/2017.*

Tal o contexto, **denego a ordem de *habeas corpus***.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO

Relator

