

RECURSO ESPECIAL Nº 1.846.145 - SP (2019/0325915-7)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
RECORRENTE : **CLAUDIANO DE OLIVEIRA RIBEIRO (PRESO)**
ADVOGADOS : **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
ALINE TOYAMA SHIRAKI - DEFENSOR PÚBLICO - SP330200
RECORRIDO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por CLAUDIANO DE OLIVEIRA RIBEIRO, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Consta dos presentes autos que o Juízo sentenciante condenou o recorrente às penas de 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 140, § 3º, do Código Penal (injúria qualificada); de 6 (seis) meses de detenção, pela prática do crime do artigo 331, *caput*, do CP (desacato); e de 2 (dois) meses de detenção, pelo delito do artigo 329, *caput*, do CP (resistência); todos na forma do artigo 69, *caput*, do CP, fixado o regime aberto para o início do cumprimento das reprimendas.

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação (e-STJ fls. 115/120), ao qual a Corte local deu parcial provimento, para absolver o recorrente da imputação referente ao crime do art. 140, § 3º, do CP, e redimensionar a pena do delito do art. 331, *caput*, do CP para 1 (um) ano de detenção, nos termos do acórdão cuja ementa é a seguinte (e-STJ fl. 150):

Apelação. Crimes de desacato, resistência e injúria. Sentença condenatória. Recurso da defesa. I. Quadro probatório a evidenciar a responsabilidade penal em relação aos delitos de desacato e resistência. 2. Entendimento da Câmara no sentido de que o delito de injúria — ainda que qualificado — é absorvido pelo crime de desacato. Hipótese de concurso aparente de normas. 3. Penas que comportam redimensionamento. Recurso parcialmente provido.

Opostos embargos de declaração pela defesa (e-STJ fls.

164/166), esses foram rejeitados, consoante acórdão assim ementado (e-STJ fl. 174):

Embargos de declaração. 1. Alegação de omissão e contradição. Vícios inexistentes. 2. Os embargos de declaração, ainda que com o escopo de prequestionamento, visando a interposição de recurso extraordinário ou especial, pressupõem que haja, na decisão embargada, omissão, ambigüidade, contradição ou obscuridade. 2. Irresignação que externa simples inconformismo com o mérito da decisão hostilizada, para o qual os embargos de declaração não são instrumento processual adequado, porquanto não se admite, nesta via, uma nova valoração da causa.

Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 183/188), alega a parte recorrente violação do artigo 617, do Código de Processo Penal.

Sustenta, em síntese, que a Corte de origem incorreu em *reformatio in pejus*, na medida em que, na apreciação de recurso exclusivo da defesa, absolveu o recorrente da prática do delito do artigo 140, § 3º, do Código Penal (injúria qualificada), mas incorporou o fato de ter sido utilizado elemento referente à cor para denegrir um dos funcionários para fundamentar o aumento da pena imposta pela prática do delito tipificado no art. 331, *caput*, do CP (desacato), de 6 (seis) meses para 10 (dez) meses de detenção.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 195/200), o recurso foi admitido pelo Tribunal *a quo* (e-STJ fl. 203).

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar nesta instância, opinou pelo não provimento do recurso especial, nos termos de parecer assim ementado (e-STJ fl. 214):

RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 105, III, A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DE PROVA. DOSIMETRIA. SÚMULA 7 DO STJ. DESPROVIMENTO DO APELO NOBRE.

A apreciação do pleito reclama ingresso no sítio probatório, providência estranha à excepcionalidade deste recurso, atraindo a incidência do verbete da Súmula nº 7, do Superior

Superior Tribunal de Justiça

Tribunal de Justiça.

Não se desconhece que, conforme tem decidido essa Colenda Corte Superior de Justiça, é impossível, em sede de habeas corpus ou de recurso especial, reexame da sentença para efeito de graduação da pena firmada nas circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, inclusive quanto a aplicação de regime prisional mais benéfico, vez que envolve particularidades subjetivas, oriundas de critérios de convencimento do Juiz, nos quais não se pode adentrar, senão através da análise total das provas contidas nos autos, o que é inadmissível através de tais vias processuais.

Parecer pelo desprovimento do recurso, acolhendo-se a preliminar arguida pelo Ministério Público.

É o relatório. **Decido.**

O recurso é tempestivo, e a matéria foi devidamente prequestionada.

Passo, então, à análise do mérito.

No presente caso, o Tribunal *a quo*, no julgamento do apelo defensivo, assim se manifestou para absolver o recorrente da prática do delito tipificado no art. 140, § 3º, do Código Penal, e redimensionar as penas do crime previsto no art. 331, *caput*, do CP (e-STJ fls. 156/159):

[...]

4. *Neste sentido, os elementos de prova descortinam: (i) que o acusado desacatou funcionários públicos que estavam no exercício regular de suas funções, conduta que se subsume ao previsto no artigo 331, "caput", do Código Penal; (ii) que o réu opôs-se à execução de ato legal (de ser abordado e encaminhado à delegacia), mediante violência a funcionários competentes para executá-lo (debatendo-se, tentando agredir os agentes públicos, chutando a viatura policial), num agir que se subsume ao tipo penal de resistência (artigo 329, "caput", do Código Penal), (iii) que o acusado ofendeu a dignidade de um dos policiais, fazendo uso, para tanto, de elemento referente à cor.*

5. *É certo que, em tese, a última conduta referida cabe no suporte fático do crime de injúria qualificada (art. 140, § 3º,*

CP). No entanto, a Câmara entende que a injúria - mesmo qualificada - é absorvida pelo desacato, conforme já decidiu esta Corte (TJSP, Apelações nº 0026879-61.2010.8.26.0562 e nº 0013632-60.2011.8.26.0050).

Seguindo esta trilha, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

"No crime de desacato (artigo 331 do Código Penal), subsume-se, entra, absorve-se, o crime de injúria (artigo 140 do Código Penal). É que desacatar é ofender a dignidade ou o decoro de funcionário público, no exercício de suas funções, por palavras, gestos, gritos e outros meios. Noutros termos, a injúria é elemento constitutivo e conceptual do crime de desacato" (STF, Petição em Habeas Corpus nº 59.449-2, rel. Min. Firmino Paz).

Também a doutrina divisa um caso de concurso aparente de normas, ficando absorvido o crime de injúria pelo desacato (JÚLIO FABBRINI MIRABETE, Código Penal Interpretado, Atlas, 5ª edição, pág. 2.471; HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, Parte Especial, vol. II, Forense, 4ª edição, p. 465).

Diante disso, importa arredar-se a condenação pelo crime de injúria qualificada.

6. *Por sua vez, o tipo penal de desacato, tal como previsto no Código Penal, não se mostra incompatível com a Constituição Federal. A liberdade de expressão não é um direito absoluto (aliás, a atual dogmática jurídica enfatiza que nenhum direito é absoluto), não conferindo à pessoa a prerrogativa de, impunemente, ofender funcionário público que atua no exercício regular de sua função. O bem jurídico tutelado – prestígio dos agentes do Poder Público e o respeito devido à dignidade de sua função - merece sim uma tutela penal. Neste passo, o Superior Tribunal de Justiça firmou a juridicidade do crime de desacato, cuja tipificação não entra em choque com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica (HC nº 379.269, rel. para o acórdão, Min. Antonio Saldanha Palheiro).*

Donde, pelas mesmas razões, descabido falar-se à Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

7. *Outrossim, não há que se falar em inexistência de dolo específico, por conta da propalada embriaguez.*

A embriaguez voluntária ou culposa, como se sabe, não exime o agente (artigo 28, II, do Código Penal).

Embriaguez que, em regra - salvo hipóteses extremas, em que o

agente com sua capacidade intelecto-volitiva totalmente afastada (situação não configurada no caso) — não é incompatível com o elemento subjetivo do delito de desacato (DAMÁSIO DE JESUS, Código Penal Anotado, Saraiva, 21ª edição, pág. 1.180).

Na mesma senda, cabe anotar que a embriaguez, por si só, não exclui o crime de resistência, na linha do estabelecido no artigo 28, II, do Código Penal (JÚLIO FABBRINI MIRABETE e RENATO N. FABBRINI, Código Penal Interpretado, Atlas, 8ª edição, pág. 2.050), notadamente na modalidade violência (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, Código Penal Comentado, RT, 7ª edição, pág. 304).

Ora, no caso vertente, não se divisa um quadro a desnudar que o acusado encontrava-se num estado de embriaguez incompatível com o dolo. Ao contrário, avulta da prova oral que o próprio acusado afirmou que não estava embriagado.

8. Por fim, não se divisa maltrato a determinação contida na Súmula Vinculante nº 11, do Supremo Tribunal Federal.

Colhe-se da prova oral que foi necessário para a contenção do acusado o uso de algemas. Ressalte-se - a corroborar a conduta dos agentes públicos em algemá-lo - que o réu encontrava-se agressivo e agitado, sendo necessário uso de força moderada para contê-lo. Mesmo assim, após dominado, o acusado desferiu chutes contra a viatura policial.

Nessa trilha, nada há de antijurídico no proceder dos agentes públicos.

9. Enfim, o caso é de condenação dos acusado pelos crimes de desacato e resistência.

10. Diante do que se expendeu, as penas comportam redimensionamento.

10.1. Do desacato

Fixa-se a pena-base em 1 ano de detenção. Afinal, com relação a um dos funcionários, foi utilizada, para denegrir sua honra, elemento referente à cor. Circunstância que, com efeito, aumenta bastante o grau de reprovabilidade da conduta. De notar que não se cuida de "reformatio in pejus" — a despeito da r. sentença ter estabelecido a pena no mínimo legal haja vista que se cancelou a pena referente ao delito de injúria qualificada, de sorte que a situação do acusado, considerada em seu conjunto, não foi agravada. Pelo contrário, a pena imposta nesta decisão é mais branda.

Na segunda fase, deve ser reconhecida a circunstância atenuante da confissão. Assim, diminui-se a pena em 1/6, chegando-se a 10 meses de detenção.

Pena que se transmuda em definitiva, diante da ausência de causas de aumento e de diminuição.

10.2. Da resistência

No que concerne ao delito de resistência, mantém-se a fixação da pena-base em 2 meses de detenção.

Pena que se transmuda em definitiva diante da ausência de circunstância agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou diminuição da pena.

[...]. - grifei

A Corte local, ao apreciar os aclaratórios opostos pela defesa, consignou (e-STJ fls. 175/176):

Ao julgar o apelo da defesa, o aresto hostilizado manteve a condenação, mas deu nova configuração jurídica aos fatos: considerou a injúria racial ficou absorvida pelo desacato; neste sentido, absolveu o réu da primeira imputação, mas levou em conta o fato na dosimetria da pena - mais precisamente, na primeira fase - relativa ao crime de desacato (ratificou-se a condenação pela resistência). Embora a reprimenda pelo crime de desacato tenha sido estabelecida em quantidade superior ao estatuída na sentença, tal como expressamente anotado, não houve "reformatio in pejus" porquanto, no final das contas, a sanção total é mais branda que a impingida em primeiro grau. O tema não pode ser analisado (no sentido de se aferir violação à regra estampada no artigo 617, do Código de Processo Penal), como quer a defesa, tomando-se em conta isoladamente a reprimenda pelo crime de desacato, mas a condenação como um todo, que é substancialmente menos aflitiva que a lançada na sentença.

Na realidade, a irresignação externa simples inconformismo com o mérito da decisão hostilizada, para o qual os embargos de declaração não são instrumento processual adequado, porquanto não se admite, nesta via, uma nova valoração da causa.

[...]. - grifei

Acerca da matéria, como é cediço, a jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que *o efeito devolutivo da apelação autoriza a Corte estadual, quando instada a se manifestar acerca da dosimetria, regime inicial e demais questões relativas às peculiaridades do crime, a examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, seja para manter ou reduzir a sanção final imposta ou para abrandar o regime inicial* (AgRg no HC n. 512.291/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/8/2019).

Nessa linha, os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. TRIBUNAL DE ORIGEM. ADOÇÃO DE FUNDAMENTOS DIVERSOS DA SENTENÇA. OBSERVADOS OS LIMITES DA PENA ESTABELECIDADA E DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS. RECONHECIMENTO DA INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA DE PISO. SITUAÇÃO FINAL NÃO AGRAVADA. MANTIDA A PENA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS OU AFRONTA AO ART. 617 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa.

2. É exatamente esta a hipótese dos autos, em que o Tribunal de origem, atento ao efeito devolutivo dos recursos, que autoriza a cognição de toda a matéria pelo colegiado em apelação, reconheceu a inidoneidade da fundamentação da sentença, mas manteve a basal aplicada, ante a valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida com o paciente, bem como pelo fato "de o colete balístico receptado ser proveniente de órgão público, o que desfavorece a culpabilidade".

3. *Percebe-se que a situação final do recorrente não foi agravada, de modo que não há que se falar em reformatio in pejus, ou malferimento ao conteúdo do art. 617 do Código de Processo Penal.*

4. *Agravo regimental a que se nega provimento.* (AgRg no HC 437.108/ES, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019). - grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODUS OPERANDI E EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CABIMENTO. REFORMATIO IN PEJUS. SITUAÇÃO DO RÉU NÃO AGRAVADA PELO TRIBUNAL A QUO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

[...]

6. *Este Sodalício possui o entendimento de que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não seja agravada a situação do recorrente. Precedentes.*

7. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no HC 499.041/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 1º/7/2019).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E OBSCURIDADE NO JULGADO DE ORIGEM. PENA-BASE. QUANTIDADE DA DROGA. CERCA DE 500G. DIVERSAS PORÇÕES. EXASPERAÇÃO JUSTIFICADA. MINORANTE DA LEI ANTIDROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO. INTEGRAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRETENSÃO DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. PENA NA TERCEIRA FASE MANTIDA NO MESMO PATAMAR. FUNDAMENTOS NÃO ELENCADOS NA SENTENÇA. NOVA PONDERAÇÃO DOS FATOS. PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. POSSIBILIDADE. REFORMATIO IN

PEJUS. INOCORRÊNCIA. SITUAÇÃO DA RÉ INALTERADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

4. "Reiteradamente esta Corte tem se manifestado no sentido de que "o efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal local, quando instado a se manifestar sobre a dosimetria da pena e fixação do regime prisional, a realizar nova ponderação dos fatos e circunstâncias em que se deu a conduta criminosa, mesmo em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, sem que se incorra em *reformatio in pejus*, desde que não seja agravada a situação do réu" (HC 417.219/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 13/11/2017).

5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1757251/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/6/2019, DJe 5/8/2019).

Admite-se, portanto, que a Corte *a quo*, quando instada a se pronunciar acerca da dosimetria, do regime de cumprimento de pena ou das demais questões atinentes às particularidades do crime, realize nova ponderação e reavaliação dos fatos e circunstâncias da conduta delitiva, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, desde que a situação final do réu não seja agravada, não havendo se falar em *reformatio in pejus*, como se observa no caso em exame.

Colhe-se dos presentes autos que o Tribunal de origem operou a absorção do delito de injúria qualificada pelo delito de desacato, apontando, em seguida, os elementos relacionados à cor, utilizados pelo acusado para denegrir a honra de um dos funcionários – antes empregados pelo Juízo sentenciante para fins de configuração do delito de injúria qualificada –, para fixar a pena-base do delito de desacato acima do mínimo legal.

Na espécie, consta do acórdão recorrido que [...] o réu *passou a proferir ofensas pessoais contra o declarante* [a vítima, um policial militar], *dizendo "seu preto do caralho, seu macaco, olha a sua qualidade de raça", sendo que todas as pessoas presentes ouviram tais ofensas, inclusive seus*

colegas de trabalho, pois outra viatura policial foi acionada (e-STJ fl. 152), o que, de fato, demonstra a maior reprovabilidade da conduta, justificando a exasperação da pena-base do delito de desacato.

Assim, considerando que, ao realizar a mencionada absorção de um delito pelo outro, e, na sequência, adotar como motivação para a exasperação da pena-base do delito de desacato os elementos de cor utilizados pelo recorrente para ofender a honra da vítima, a Corte *a quo* empregou dados extraídos da sentença condenatória e que a reprimenda final resultou em *quantum* inferior àquele fixado pelo Juízo de primeiro grau, não há se falar em *reformatio in pejus*, no caso concreto.

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso IV, alínea "a", do CPC, e no art. 255, § 4º, inciso II, do RISTJ, e na Súmula n. 568/STJ, **nego provimento** ao recurso especial.

Intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator