



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.765 - RJ (2014/0115155-0)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RONALDO ROCHA DE CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO
PACIENTE : FRANCISCO SALES DANTAS

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE. ART. 62, IV, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. 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, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, o Juiz de primeiro grau exasperou a pena-base do paciente, afirmando que há condenações anteriores em seu desfavor, embora tenha mencionado "ser considerado o paciente primário". O referido aumento foi ratificado pelo Tribunal de origem, o qual explicitou que com relação a uma das condenações o trânsito em julgado ocorreu no ano de 2004, portanto, oito anos antes de prolatada a sentença condenatória, referente ao crime em apreço neste *writ*. Tal situação não revela constrangimento ilegal, visto que a Corte local apenas reiterou o acréscimo da pena-base, delineando uma das condenações anteriores mencionadas pelo magistrado.

3. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, deve prevalecer a exasperação da pena-base, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

4. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa à aplicação da agravante (art.62, IV, do CP) não foi enfrentada pelo Tribunal *a quo*, bem como não foram opostos embargos de declaração.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 16 de setembro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.765 - RJ (2014/0115155-0)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : RONALDO ROCHA DE CARVALHO
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO
PACIENTE : FRANCISCO SALES DANTAS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado em favor de FRANCISCO SALES DANTAS, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 2.ª Região (Apelação Criminal n.º 0501159-78.2002.4.02.5101).

Consta dos autos que o ora paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime aberto, mais pagamento de 16 (dezesseis) dias-multa, pela prática do crime descrito no art. 297 do Código Penal.

Eis a fundamentação do *decisum* condenatório no que interessa (fls. 70/71):

Passo à individualização da pena em relação ao acusado FRANCISCO SALES DANTAS.

Atenta às diretrizes do artigo 59 do CP, verifico que, apesar de ser considerado primário, o acusado ostenta diversas anotações em sua folha penal, principalmente relativas a crimes de falso, o que, sem dúvida, configura que possui uma personalidade especialmente voltada a práticas criminosas. Deste modo, fixo-lhe a pena-base um pouco acima do mínimo legal, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, no valor unitário mínimo, considerando a situação econômica do réu verificada em seu interrogatório às fls. 163.

A pena é agravada pela evidência de que FRANCISCO praticara as falsidades mediante paga. Com efeito, os elementos de prova convergem para a constatação de que FRANCISCO fazia da falsificação de vistos e passaportes atividade profissional, razão pela qual sua conduta merece maior reprovação, na forma do art. 62, IV, do Código Penal. Elevo a pena, portanto, para 2 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 16 (dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo, a qual torno definitiva ante a ausência de circunstâncias atenuantes ou causas de aumento e diminuição.

O regime inicial para cumprimento da pena será o aberto.

Estando presentes os requisitos do artigo 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade imposta por duas penas restritivas de direito, a serem cumpridas simultaneamente, de prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

A prestação de serviços à comunidade observará o disposto no art. 46 do CP, cabendo ao Juiz da Execução apontar a entidade onde serão prestados os serviços, bem como a natureza destes.

Fixo a prestação pecuniária, que se dará em benefício de entidade assistencial a ser apontada pelo Juízo da Execução, no valor equivalente a 05 (cinco) salários mínimos, por ser condizente com a situação financeira declarada pelo réu. A necessidade de parcelamento será objeto de apreciação pelo juízo da execução.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conserva o réu o direito à liberdade durante o processo.

Irresignada, apelou a Defesa. Preliminarmente, arguiu a nulidade da sentença, a qual teria aplicado a pena acima do mínimo legal com base em processos em curso. No mérito, pleiteava a absolvição do agente, por insuficiência probatória.

A Corte de origem, à unanimidade, negou provimento ao recurso, no que interessa, consoante a seguinte fundamentação (fls. 93/96):

Com relação à dosimetria da pena, verifico que a pena-base foi corretamente aplicada acima do mínimo legal (2 anos e 6 meses de reclusão e multa de 15 dias-multa), estando em consonância com o disposto no artigo 59 c/c o artigo 68, ambos do CP.

E sabido que não se pode considerar, para fins de aumento da pena-base, aspectos inerentes ao tipo penal, valorando-se, de forma negativa, circunstâncias que, por si só, delineiam o próprio crime, no caso, o do art. 297 do CP.

Entendo que a culpabilidade do agente, no caso em apreço, está inerente ao próprio tipo penal, não emprestando à conduta especial reprovabilidade a merecer a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ainda que tenha afrontado princípios de forte conteúdo ético.

Entretanto, milita em desfavor do acusado a circunstância judicial dos antecedentes criminais, à luz dos registros criminais de que tratam as fls. 14/44 da presente ação penal.

Não se desconhece que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, eis que ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. Por tal razão fora editada a Súmula nº 444/STJ, segundo a qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

No caso em apreço, no entanto, conforme FAC à fl. 35 dos autos, já existe uma sentença penal condenatória contra o acusado, transitada em julgado em 2004, em que o mesmo restou condenado pela prática do mesmo crime de que se cuida o presente processo criminal, isto é, falsificação de documento público.

Nesse contexto, em que os antecedentes resultam de decisão condenatória transitada em julgado, não há falar aqui no risco de se quebrantar o princípio da presunção de inocência, justificando-se, a meu ver, a exacerbação da pena-base para efeito de reprovação e prevenção do aludido delito.

Assim, deve ser mantida a fixação da pena-base operada pelo MM. Juízo a quo, tanto no tocante à pena privativa de liberdade como à pena de multa, que a tornou definitiva em 2 anos e 10 meses de reclusão e 16 dias-multa, no valor unitário mínimo, ante a ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Regime inicial de cumprimento da pena (aberto) corretamente fixado nos termos do artigo 33, § 2º, "c", do CP, não merecendo qualquer ajuste o regime prisional por força da causa de aumento da pena acima estabelecido Dia-multa devidamente fixado, considerando a situação econômica do réu.

Pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direito, em consonância com o art. 44, I e § 2º, do CP, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

No presente *writ*, o impetrante salienta, de início, que o paciente era tecnicamente primário ao tempo da sentença, não podendo ser penalizado pela existência de eventuais processos em curso.

Diante disso, afirma que o julgador monocrático violou o enunciado da súmula n.º 444/STJ, ao estabelecer a pena-base acima do mínimo legal, considerando que o acusado detinha uma personalidade voltada a práticas criminosas, porque ostentava diversas anotações em sua folha penal.

Assere que a pena também sofreu a incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, sem que estivesse vinculada a qualquer embasamento concreto.

Salienta que "o tipo do art. 297 do Código Penal já integra o comportamento do ganho ou promessa de ganho econômico financeiro, de forma que por este fato, não poderia sofrer a condenação e ao mesmo tempo sofrê-la de forma agravada pois já integra o tipo penal" (fl. 5).

Sustenta, ainda, que o Tribunal de origem teria inovado em seu julgado ao afirmar que o réu seria reincidente, com a finalidade de justificar a majoração penal.

Alega que, readequada a pena, seria o caso de declarar extinto o feito, pela ocorrência da prescrição.

Requer, liminarmente e no mérito, o redimensionamento da pena e, por conseguinte, o reconhecimento da prescrição com fundamento no art. 109, V. c.c. o art. 110, § 2.º, ambos do Código Penal.

O pedido liminar foi indeferido às fls. 127-130.

As informações foram juntadas às fls. 133-140 e 143-144.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 148-153, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria Sílvia Meira Luedemann, opinando pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 294.765 - RJ (2014/0115155-0)

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVANTE. ART. 62, IV, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. 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, em regra, vedado revê-lo em sede de *habeas corpus*. Na espécie, o Juiz de primeiro grau exasperou a pena-base do paciente, afirmando que há condenações anteriores em seu desfavor, embora tenha mencionado "ser considerado o paciente primário". O referido aumento foi ratificado pelo Tribunal de origem, o qual explicitou que com relação a uma das condenações o trânsito em julgado ocorreu no ano de 2004, portanto, oito anos antes de prolatada a sentença condenatória, referente ao crime em apreço neste *writ*. Tal situação não revela constrangimento ilegal, visto que a Corte local apenas reiterou o acréscimo da pena-base, delineando uma das condenações anteriores mencionadas pelo magistrado.

3. Dada a ausência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal apontado no *mandamus*, deve prevalecer a exasperação da pena-base, conforme afirmado pelo juízo de primeiro grau e ratificado pelo Tribunal de origem. Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição (ausência da folha de antecedentes criminais), passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal, que em sede de *habeas corpus* incumbe ao impetrante.

4. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na espécie, a questão relativa à aplicação da agravante (art.62, IV, do CP) não foi enfrentada pelo Tribunal *a quo*, bem como não foram opostos embargos de declaração.

5. *Habeas corpus* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

De início, cumpre registrar a compreensão firmada nesta Corte, sintonizada



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o entendimento do Pretório Excelso, de que se deve racionalizar o emprego do *habeas corpus*, valorizando a lógica do sistema recursal. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – JULGAMENTO POR TRIBUNAL SUPERIOR – IMPUGNAÇÃO. A teor do disposto no artigo 102, inciso II, alínea “a”, da Constituição Federal, contra decisão, proferida em processo revelador de *habeas corpus*, a implicar a não concessão da ordem, cabível é o recurso ordinário. Evolução quanto à admissibilidade do substitutivo do *habeas corpus*. PROCESSO-CRIME – DILIGÊNCIAS – INADEQUAÇÃO. Uma vez inexistente base para o implemento de diligências, cumpre ao Juízo, na condução do processo, indeferi-las. (HC 109956, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 07/08/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2012 PUBLIC 11-09-2012)

É inadmissível que se apresente como mera escolha a interposição de recurso ordinário, do recurso especial/agravo de inadmissão do Resp ou a impetração do *habeas corpus*. É imperioso promover-se a racionalização do emprego do *mandamus*, sob pena de sua hipertrofia representar verdadeiro índice de ineficácia da intervenção dos Tribunais Superiores. Inexistente clara ilegalidade, não é de se conhecer da impetração.

Passa-se, então, à verificação da ocorrência de patente ilegalidade.

Cumprido deixar assentado, preliminarmente, que se vem firmando na jurisprudência dos Tribunais Superiores a convicção de que o *habeas corpus* não seria a via apropriada para a discussão da dosimetria da pena, quando há a necessidade de mergulho em dados fáticos. Nesse sentido:

HC e Ponderação de Circunstâncias Judiciais - 1

O *habeas corpus* não se presta para ponderar, em concreto, a suficiência das circunstâncias judiciais invocadas pelas instâncias de mérito para a majoração da pena. Com base nesse entendimento, a Turma, por maioria, indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a ausência de indicação de elementos concretos que justificassem a fixação, acima do mínimo legal, da pena imposta à paciente. Sustentava a impetração, também, equívoco no reconhecimento de circunstância elementar do tipo como agravante (CP, art. 61, II, g). No caso, a paciente fora condenada às penas do art. 171, *caput* (2 vezes), e § 3º, c/c os artigos 61, II, g e 71, *caput*, todos do CP, por haver, na condição de prestadora de serviços em estabelecimento bancário, subtraído vultosa importância em dinheiro. O juízo sentenciante reputara como motivo do crime a obtenção de lucro fácil em detrimento do patrimônio alheio e informara que as consequências do delito não seriam favoráveis à paciente, uma vez que os prejuízos não foram integralmente ressarcidos. Contra essa decisão, a defesa apelara, sendo seu recurso parcialmente provido para excluir a causa de aumento prevista no § 3º do art. 171 do CP, readequar a pena e fixar o regime prisional aberto. Na sequência, interpusera recurso especial, inadmitido, o que ensejara agravo de instrumento acolhido para reduzir o acréscimo aplicado ao crime continuado e, dessa forma, substituir a pena privativa de liberdade por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

restritivas de direito.

(...)

Considerou-se, na espécie, que houvera a indicação de fatos concretos e, em tese, válidos para a majoração impugnada, especialmente pela culpabilidade da paciente em razão da reprovabilidade de sua conduta e das conseqüências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais, ressaltou-se orientação da Turma no sentido de que as circunstâncias e conseqüências do crime permitem mensurar o grau de culpabilidade da conduta. Por fim, afirmou-se que, para a pena-base ser estabelecida no mínimo legal e ser afastada a circunstância agravante prevista no art. 61, II, g, do CP, nos termos dos pedidos formulados pela impetração, far-se-ia necessário profundo revolvimento de fatos e provas, incabível na sede eleita. Vencido o Min. Carlos Britto que deferia parcialmente a ordem para determinar que o juiz refizesse a pena-base, dela excluindo a motivação do ganho fácil.

HC 97677/PR, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009. (Informativo 561, 7 de outubro de 2009)

Assim, a correção da reprimenda penal nesta sede é extraordinária, como já registrei:

Na apreciação das condenações em que se apuram vícios de fundamentação na individualização da pena, existindo elementos concretos que assim o permitam, o Superior Tribunal de Justiça tem procedido à imediata correção da ilegalidade, redimensionando a pena, ou então substituindo-a por restritiva de direitos (HC 66238/GO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06.12.2007, DJ 19.12.2007 p. 1234; HC 97.374/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06.03.2008, DJ 07.04.2008 p. 1).

(...)

A mencionada opção de se manter a condenação lembra, em alguma medida, a concepção de *capítulos da sentença*, de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo o Professor Titular de Direito Processual Civil da USP:

“Assim sintetizadas, as diversas espécies de sentenças são dotadas de estruturas substanciais diferentes porque, enquanto as meramente declaratórias só apresentam um momento lógico (o da declaração), as demais contêm esse e mais um elemento.

(...)

Daí por que se diz que, enquanto as sentenças meramente declaratórias são compostas por um núcleo substancial muito simples (só a declaração), as demais contêm outros momentos lógicos além do momento declarativo.

Todas elas são suscetíveis de conter na parte dispositiva mais de um núcleo decisório, repartindo-se pois em *capítulos*. São capítulos da sentença *as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta*. (...) O elegante e riquíssimo tema dos *capítulos da sentença*, pouco desenvolvido na doutrina brasileira, é um



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fator de grande utilidade para a solução de muitos problemas relativos aos recursos, à nulidade da sentença, à liquidação desta, aos embargos do executado etc." (*Instituições de direito processual civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2004, p. 197-198).

Fazendo-se uma transposição para a sentença penal, a anulação apenas da parte da sentença relativa à individualização da pena corresponderia a deixar íntegro o capítulo materialidade/autoria e entender contaminado aquele relativo à dosimetria.

O Superior Tribunal de Justiça, em situações tais, tem agido de modo a valorizar a garantia do *habeas corpus*, ampliando seu espectro de conhecimento e valorizando o *ius libertatis*. Opta-se por corrigir, desde logo, as distorções na fixação da pena e por escolher o regime inicial mais apropriado para o desconto da reprimenda. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Motivação da sentença condenatória e o *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. *Renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza*. Coord. Marcellus Polastri Lima et. al. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 221-222).

Na espécie, o Juiz de primeiro grau exasperou a pena-base do paciente, afirmando que há condenações anteriores em seu desfavor, embora tenha mencionado "ser considerado primário".

Colhe-se da sentença condenatória:

Atenta às diretrizes do artigo 59 do CP, verifico que, **apesar de ser considerado primário, o acusado ostenta diversas anotações em sua folha penal, principalmente relativas a crimes de falso**, o que, sem dúvida, configura que possui uma personalidade especialmente voltada a práticas criminosas.

Tal aumento foi ratificado pelo Tribunal de origem, o qual explicitou que quanto a uma das condenações o trânsito em julgado ocorreu no ano de 2004, portanto, oito anos antes de prolatada a sentença condenatória, referente ao crime em apreço neste *writ*.

Impende destacar trecho do aresto impugnado:

Entretanto, milita em desfavor do acusado a circunstância judicial dos antecedentes criminais, à luz dos registros criminais de que tratam as fls. 14/44 da presente ação penal.

Não se desconhece que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, eis que ainda não se tem contra o réu um título executivo penal definitivo. Por tal razão fora editada a Súmula nº 444/STJ, segundo a qual "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base".

No caso em apreço, no entanto, conforme FAC à fl. 35 dos autos, já existe uma sentença penal condenatória contra o acusado, transitada em julgado em 2004, em que o mesmo restou condenado



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela prática do mesmo crime de que se cuida o presente processo criminal, isto é, falsificação de documento público.

Nesse contexto, em que os antecedentes resultam de decisão condenatória transitada em julgado, não há falar aqui no risco de se quebrantar o princípio da presunção de inocência, justificando-se, a meu ver, a exacerbação da pena-base para efeito de reprovação e prevenção do aludido delito.

Nesse contexto, não se verifica constrangimento ilegal, tendo em vista que a Corte local apenas reiterou o acréscimo da pena-base, explicitando uma das condenações anteriores mencionadas pelo magistrado.

Com efeito, a consideração do juiz sentenciante acerca da primariedade do paciente, na situação em tela, não afasta o que foi consignado quanto à existência de condenações penais anteriores pelo próprio magistrado, ainda mais, tendo o Tribunal *a quo* descrito uma das condenações.

Ademais, não há como desmerecer a consideração desfavorável da vida pregressa do paciente, levando em conta a alegação da defesa de que as condenações anteriores utilizadas para exasperar a pena-base, referiam-se a feitos em curso, até porque não se revestiu do melhor esmero em sua instrução. Não foi carreado aos autos cópia da folha de antecedentes.

Trata-se, pois, de caso a ser resolvido por meio do ônus da prova objetivo, pelo qual, diante de situação em que há insuficiência/inexistência de elemento de cognição, passa-se a perquirir sobre o ônus da prova subjetivo, ou seja, a quem caberia a produção da prova preconstituída do constrangimento ilegal.

Nesse sentido:

A doutrina costuma distinguir dois aspectos do ônus da prova: o subjetivo e o objetivo. O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado. Tem a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte, direcionando a sua atividade probatória. Tal influência se dá, normalmente, ao longo da fase instrutória. De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz. A regra de julgamento, ou ônus objetivo da prova, só é aplicada no momento de sentenciar. (BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 293).

Lembre-se, a propósito, a lição dos Professores Titulares de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes, e Antonio Magalhães Gomes Filho a respeito da necessidade de se promover a devida instrução do *writ*:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Apesar do silêncio da lei, é também conveniente que a petição de *habeas corpus* seja instruída por documentos aptos a demonstrar a ilegalidade da situação de constrangimento ou ameaça trazidos a conhecimento do órgão judiciário: embora a omissão possa vir a ser suprida pelas informações do impetrado ou por outra diligência, determinada de ofício pelo juiz ou tribunal, é do interesse do impetrante e do paciente que desde logo fique positivada a ilegalidade. (*Recursos no Processo Penal*, 4ª ed. rev. amp. e atual., Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 366)

Dada a necessidade de existência de prova preconstituída acerca do constrangimento ilegal no seio do *habeas corpus*, esta Corte assim tem decidido:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 337-A DO CÓDIGO PENAL. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM RAZÃO DO NÃO CONHECIMENTO DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS INTERPOSTOS EM FACE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E IMPOSIÇÃO DE MULTA QUE SERVIRAM DE BASE PARA O OFERECIMENTO DE DENÚNCIA DADA A AUSÊNCIA DE DEPÓSITO PRÉVIO. EXIGÊNCIA CONSIDERADA INCONSTITUCIONAL PELA PRETÓRIO EXCELSO NO ÂMBITO DO CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO DA AUGUSTA CORTE QUE NÃO ALTERA A SITUAÇÃO DO PACIENTE, POIS DE ACORDO COM A ORIENTAÇÃO DESTA CORTE O INÍCIO DA AÇÃO PENAL RELATIVA AO CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO SE CONDICIONA À CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO, AO CASO, DO ENTENDIMENTO ADOTADO, EM RELAÇÃO AOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.

I - O trancamento da ação penal por meio do *habeas corpus* se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.^a Min.^a Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do *habeas corpus*, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006).

(...)

Habeas corpus denegado.

(HC 87.405/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2007, DJe 10/03/2008)

CRIMINAL. HC. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. PENDÊNCIA DE PROCESSO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO OBJETO. ORDEM DENEGADA. I. Hipótese em que os pacientes sustentam a ausência de justa causa para a ação penal contra eles instaurada, em razão da pendência de processo administrativo fiscal.

II. O impetrante, embora tenha sustentado a impossibilidade de prosseguimento da ação penal instaurada contra os pacientes em virtude da existência de processo administrativo fiscal em andamento, no qual estaria em discussão a materialidade do fato e a legalidade do auto de infração, não logrou comprovar tais alegações.

III. Não obstante a documentação que acompanha a inicial, inclusive certidão dando conta da pendência de “decisões finais, na esfera administrativa, sobre as exigências fiscais dos créditos tributários”, os autos não trazem cópia de impugnação ou recurso manejados no processo administrativo ao qual refere o impetrante.

IV. Argumentação que não é hábil a obstar a persecução penal, pois na situação em exame não se pode aferir a apontada ausência de justa causa para a ação penal instaurada em desfavor do paciente, já que o processo criminal encontra obstáculos na esfera administrativa somente quando se discute a existência do débito o quantum debeatur, o que não se pode verificar in casu.

V. Ordem denegada.

(HC 40.994/SC, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Rel. p/ Acórdão Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 24/04/2006 p. 418)

Eis o trecho do acórdão sobre o tema:

Ademais, "... nem mesmo haveria a possibilidade lógica de ter ocorrido a prescrição da reincidência no caso dos autos (CP, art. 64, I), uma vez que não teria como ter decorrido lapso de tempo superior a cinco anos nem mesmo considerando-se a data do cometimento do crime de tráfico anterior (7/8/2002), haja vista que esse delito pelo qual responde foi praticado em 3/1/2005", bem discorre ainda o lúcido parecer de fl. 314, da lavra do Dr. Fábio Menegueio Sakamoto, ilustre Procurador de Justiça.

Nesse diapasão, tendo em vista as considerações das instâncias de origem e a ausência da folha de antecedentes criminais do paciente, deve prevalecer a exasperação da pena na primeira fase da dosimetria.

Ademais, sequer será necessária a verificação de existência ou não de patente ilegalidade no tocante à incidência da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, de tal arte a justificar a cognição deste inusitado sucedâneo recursal, dado que o tema não foi enfrentado anteriormente, bem como não foram opostos embargos de declaração.

De mais a mais, o pleito de afastamento da agravante prevista no art. 62, IV, do Código Penal, sob o argumento de que haveria *bis in idem*, uma vez que o conteúdo do referido dispositivo é inerente ao crime tipificado no art. 297 do Código Penal, não merece guarida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Registra-se o teor do art. 297 do CP:

Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:
(...)

Impende consignar o dispositivo referente à agravante prevista no art. 62, IV, do CP:

A pena será ainda agravada em relação ao agente que:
(...)

IV - executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa.

De pronto, pela leitura dos mencionados artigos, tem-se por evidenciado que o recebimento de valor monetário não é inerente ao crime de falsificação de documentos públicos, sendo cabível a incidência da agravante.

Dessarte, é inviável divisar patente ilegalidade hábil a ensejar a extraordinária cognição do *habeas corpus*.

Ante o exposto, **não conheço** do *habeas corpus*.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0115155-0

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 294.765 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05011597820024025101 200251015011593 5011597820024025101 6942001 9800642463

EM MESA

JULGADO: 16/09/2014

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : RONALDO ROCHA DE CARVALHO

IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2A REGIÃO

PACIENTE : FRANCISCO SALES DANTAS

CORRÉU : MARIA APARECIDA FERREIRA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsificação de documento público

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Sexta Turma, por unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.