



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 739467 - SP (2022/0128114-8)

RELATOR : **MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS**
IMPETRANTE : EUGÊNIO CARLO BALLIANO MALAVASI E OUTROS
ADVOGADOS : EUGENIO CARLO BALLIANO MALAVASI - SP127964
 ALAN ROCHA HOLANDA - SP358866
 FELIPE CASSIMIRO MELO DE OLIVEIRA - SP459119
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CALIMERIO LUIZ CORREA SALES
PACIENTE : FERNANDA DE CÁSSIA CORREA ZUCHETTI
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

HABEAS CORPUS. FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR E USO DE DOCUMENTO PARTICULAR FALSO. IMPETRAÇÃO DO WRIT SIMULTANEAMENTE À INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL (CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM APLICADO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO QUE JUSTIFIQUE EXASPERAÇÃO A RAZÃO SUPERIOR. PENAS REDIMENSIONADAS. PARECER MINISTERIAL ACOLHIDO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO.

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de CALIMERIO LUIZ CORREA SALES e FERNANDA DE CÁSSIA CORREA ZUCHETTI contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido na Ação Penal Originária n. 0008792-50.2017.8.26.0000.

Consta nos autos que os Pacientes foram condenados, na ação penal de competência do Tribunal estadual, nos seguintes termos (fl. 54):

"1. CALIMÉRIO, a duas penas, cada uma, de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, calculado cada dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo, pela acusação de dois crimes de uso de documento particular falso (artigo 304, c/c artigo 298, 'caput', do Código Penal), bem como a imediata perda do mandato eletivo, nos termos do artigo 92, inciso I, letra 'a', do Código Penal;

2. FERNANDA, a duas penas, cada uma de 02 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 20 (vinte) dias-multa, calculado cada dia-multa em 1/2 (meio) salário mínimo, pela acusação de dois crimes de falsificação de documento

particular (artigo 298, 'caput', do Código Penal)."

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 79-82).

Neste *writ*, os Impetrantes sustentam, em suma, a ausência de fundamentação idônea para a exasperação da pena-base. Subsidiariamente, alegam que a fração escolhida para a majoração foi desproporcional.

Pontuam, ainda, ser devida a fixação do regime aberto para o início de cumprimento da sanção, pois a pena não superou 4 (quatro) anos de reclusão, bem como a substituição da pena reclusiva por reprimendas restritivas de direitos.

Requerem, em liminar e no mérito, seja redimensionada a pena-base para o mínimo legal, fixado o regime carcerário inicial aberto e substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 182-184).

As informações foram prestadas (fls. 187-223).

O Ministério Público Federal opinou pela "concessão da ordem, de ofício, apenas para fixar as frações de majoração das penas-base em 1/6 para cada vetorial negativamente considerada" (fls. 227-231).

Petição defensiva requerendo seja intimada da data de julgamento do presente *habeas corpus*, com o fim de proferir sustentação oral (fls 233-234).

Despacho à fl. 235.

É o relatório. Decido.

Ressalto, de início, que o pedido é incognoscível, tendo em vista que o presente *writ* foi manejado simultaneamente à interposição do recurso próprio dirigido a este Sodalício e antes mesmo de haver solução definitiva da pretensão recursal veiculada nos autos principais, o que viola o princípio da unirrecorribilidade (AgRg no RHC 150.774/MT, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 24/02/2022; AgRg no HC n. 590.414/SC, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJ 10/05/2021; AgRg no HC 642.167/RJ, Relator Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, DJe 30/03/2021).

No entanto, visualizo a presença de flagrante ilegalidade na dosimetria da pena, a recomendar a concessão da ordem, de ofício, conforme preceitua o art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal.

Cumpre registrar que, excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedado, na via do *habeas corpus*, o amplo reexame das circunstâncias judiciais consideradas para a individualização da sanção penal, por demandar a análise de matéria fático-probatória.

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59 do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, proporcionalmente, necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o magistrado declinar, motivadamente,

as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República.

No julgamento da ação penal originária, o Desembargador Relator votou pela procedência da pretensão acusatória para condenar os Pacientes, fixando a reprimenda nos seguintes termos (fls. 50-53; sem grifos no original):

"Passa-se à fixação das sanções penais.

Em primeira etapa de quantificação, fixam-se as penas-base, para ambos os Réus e para cada um dos crimes, acima do mínimo legal, de acordo com a previsão do artigo 59 do Código Penal, ante a existência das circunstâncias judiciais desfavoráveis, notadamente em razão da crítica situação sócio-político-econômica enfrentada pelo País (de lamentável corrupção dominante, culminando com desemprego que atinge cerca de 12 milhões de pessoas) na qual está presente a necessidade de firmeza na moralização do tratamento ao dinheiro público, bem como o combate a práticas de igual natureza. Inviável, principalmente nesse momento de crise, tolerar, como comuns ou menos puníveis, práticas como a dos fatos ora apurados, envolvendo grande esquema de fraudes. Além disso, houve a intenção deliberada de burlar a fiscalização do Ministério Público, a demonstrar que as condutas dos Réus - altamente reprováveis e censuráveis denotam culpabilidade acentuada, especialmente vindas de agentes públicos, assim como as consequências dos crimes, com inequívocos prejuízos financeiros - e sobretudo morais -, devendo receber sanção compatível como resposta adequada à sociedade e como desencorajamento para novas práticas, de forma que a fixação da pena-base acima do mínimo e mostra mais adequado, perfazendo, para cada crime, 02 (dois) anos de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa. Há de se considerar que a fixação da pena deve ser entre o mínimo e o máximo da pena cominada, nada sugerindo patamar de base obrigatório, ou eventual fração ideal de praxe a ser observada.

Inexistentes circunstâncias agravantes ou atenuantes, bem como causas de aumento ou de diminuição, nada há a ser considerado em segunda e terceira etapas de quantificação, penas estas que, então, tornam-se definitivas.

Nos termos do artigo 49, § 1º, e artigo 60, "caput", ambos do Código Penal, cada dia-multa é fixado em 1/2 (meio) salário mínimo, seja diante dos argumentos utilizados para exacerbação das penas-bases, seja porque, em se tratando de crime vinculado - mesmo que se possa dizer indiretamente - à improbidade administrativa, a resposta penal, também para as sanções pecuniárias, devem guardar eficácia e retributividade.

Ressalte-se que se trata de ações (tomada a expressão com o sentido de vontade, desejo, desiderato completo e complexo) independentes, atingindo duas situações autônomas (dois documentos alterados e utilizados, em momentos distintos e com finalidades díspares), sem que se possa classificar a situação como de ação conjunta. É caso, portanto, de concurso material, nos termos do artigo 69, "caput", do Código Penal.

Quanto ao regime prisional, a teor do artigo 59 do Código Penal, conforme já explicitado acima, impõe-se que o regime inicial de cumprimento da pena seja o semiaberto, pois as circunstâncias pessoais do agente devem ser consideradas para a fixação da intensidade, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, sem se olvidar que a somatória das penas, por apenas um dia, não obriga matematicamente o regime intermediário.

É o mesmo fundamento, aliás, a impedir a substituição das penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44, inciso III, do Código Penal.

Por fim, relevante, nos termos do parágrafo único do artigo 92 do Código Penal, é a explicitação da perda do cargo em relação a CALIMÉRIO.

[...]"

Como se percebe, o acórdão impugnado motivadamente elevou a pena-base acima do mínimo legal, considerando desfavoráveis as vetoriais da culpabilidade e das consequências do delito, baseadas nas provas constantes dos autos, justificada na necessidade de *firmeza na moralização do tratamento ao dinheiro público* por parte dos agentes públicos, além de enfatizar os " *inequívocos prejuízos financeiros - e sobretudo morais.*"

Lado outro, cumpre asseverar que o *quantum* de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do Juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento na via estreita do *habeas corpus*. Assim, ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior.

No caso em exame, observo que o Tribunal de origem promoveu o aumento muito além do habitual, majorando a reprimenda em um ano para cada delito, o que se revela inadequado e desproporcional, considerando-se a motivação apresentada e a pena abstratamente cominada para o crime: um a cinco anos de reclusão.

Com efeito, não foi ressaltada nenhuma conjuntura extraordinária para lastrear aumento maior que 1/6 (um sexto) acima da sanção corporal mínima pelos vetores do art. 59 do Código Penal validamente desabonados. E, à míngua de fundamentação que justifique recrudescimento maior que o comum, baseado em elementos concretos dos autos, devidamente declinados, o aumento pelas circunstâncias judiciais depreciadas deve limitar-se ao patamar de 1/6 (um sexto) acima da pena mínima abstratamente cominada às condutas.

Nesse sentido, os seguintes julgados desta Corte:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2.º; INCISOS I E IV, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DEFENSIVO DE AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS RECONHECIDAS. MOTIVO TORPE. DISPUTA PELO DOMÍNIO DO TRÁFICO DE DROGAS. MEIO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. VÁRIOS DISPAROS DE ARMA DE FOGO. SITUAÇÃO CARACTERÍSTICA DE EXECUÇÃO. INVIÁVEL REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. DESFAVORECIMENTO DOS VETORES DA CULPABILIDADE DO AGENTE E DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREMEDITAÇÃO. VÍTIMA QUE DEIXOU FILHO MENOR COM NECESSIDADES ESPECIAIS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

- [...].

- *A revisão da dosimetria da pena somente é possível em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, cujo reconhecimento ocorra de plano, sem maiores incursões em aspectos circunstanciais ou fáticos e probatórios (HC n. 304.083/PR, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 12/3/2015).*

- *Na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa.*

- [...].

- *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg nos EDcl no HC 664.841/RJ, Rel.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021; sem grifos no original.)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 313-A DO CÓDIGO PENAL. PENA-BASE. AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE EVIDENCIADA. REDUÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. CONSTATAÇÃO SPONTE PROPRIA. CONFISSÃO. FASE POLICIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. UTILIZAÇÃO. ATENUAÇÃO DEVIDA. SÚMULA N. 545 DO STJ. PENA. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. DE OFÍCIO, CONCEDIDO HABEAS CORPUS E DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RECORRENTE.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, embora a primeira fase da dosimetria das penas não esteja submetida a critérios matemáticos, tem se entendido ser adequada a elevação de 1/6 (um sexto) da pena mínima abstratamente cominada, salvo quando existente fundamentação concreta que justifique a adoção de patamar diverso.

2. No caso concreto, houve a exasperação da pena-base em mais de 1/3 (um terço) acima do mínimo legal, tão-somente pela negatização da culpabilidade. Contudo, não se trouxe nenhum elemento concreto que justificasse uma exasperação superior à fração de 1/6 (um sexto).

3. O crime do art. 313-A do Código Penal é delito próprio, sendo a condição de servidor público elementar do próprio tipo penal. Embora a condição de chefe extrapole a elementar necessária à configuração do delito, a exasperação da pena-base em patamar superior a 1/6 (um sexto), pela referida razão, deveria agregar elementos concretos, como, por exemplo, que para a prática do delito teria o Recorrente se valido de atribuições ou acessos que possuiria estritamente em razão da chefia ocupada.

4. [...].

11. Recurso especial provido para reduzir a pena-base. De ofício, concedido habeas corpus, a fim de aplicar a atenuante da confissão e redimensionar as penas do Recorrente, nos termos do voto e, em consequência, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva." (REsp n. 1.933.183/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2022, DJe 27/06/2022; sem grifos no original.)

Fixadas essas premissas, passo ao redimensionamento das penas.

1.^a fase: remanesce desabonados os vetores culpabilidade e consequências do crime, o que *in casu* justifica majoração da pena-base em 1/6 (um sexto) acima do mínimo legal para cada circunstância, totalizando 1/3 (um terço). Assim, fixo a reprimenda, nesta etapa, em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, e 13 (treze) dis-multa, para cada crime (fls. 50-51).

2.^a fase: não há circunstâncias agravantes ou atenuantes (*ibidem*).

3.^a fase: não há causas de aumento e diminuição (*ibidem*), razão pela qual torno definitiva a pena-base.

Aplico o concurso material, totalizando a reprimenda em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 26 (vinte e seis) dis-multa.

Considerando o *quantum* de pena estabelecido, a primariedade dos Pacientes e a fixação da pena-base acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, não há ilegalidade na fixação do regime inicial semiaberto, conforme o disposto no art. 33, § 2.º, alínea *b*, e § 3.º, do Código Penal.

Saliento, por fim, que "[n]ão há como determinar a substituição da pena privativa

de liberdade por restritiva de direitos, por ausência de cumprimento do requisito subjetivo (circunstância judicial desfavorável, com a fixação da pena-base acima do mínimo legal - art. 44, III, do Código Penal) (AgRg no AREsp 1058790/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 09/08/2018)" (AgRg no HC 527.992/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019).

Ante o exposto, em acolhimento ao parecer da Procuradoria-Geral da República, NÃO CONHEÇO do pedido, porém CONCEDO A ORDEM de *habeas corpus ex officio* para afastar o *quantum* aplicado relativo às circunstâncias judiciais desfavoráveis, redimensionando as penas aplicadas aos Pacientes na Ação Penal n. 0008792-50.2017.8.26.0000, que vão fixadas em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 26 (dezesesseis) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024.

MINISTRO TEODORO SILVA SANTOS

Relator