



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.812 - SP (2012/0078552-4)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ELDAD EITELBERG
ADVOGADO : ALEXANDRE HISAO AKITA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ELDAD EITELBERG

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 168-A C/C O ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. MOTIVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (3) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.

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* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie, uma vez que a pena-base foi exasperada, em razão da existência de elemento concreto [a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal. O valor do prejuízo sofrido pela previdência social (R\$ 97.723,51), nesses casos, deve ser levado em conta para a fixação da pena-base. O valor do prejuízo experimentando pela vítima, como causa judicial de aumento de pena autorizado no artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado na 1.^a fase da dosimetria da penal], que revela um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 28 (vinte e oito) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 2/3.

4. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

unanimidade, não conheceu da ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Brasília, 11 de março de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.812 - SP (2012/0078552-4)
RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
IMPETRANTE : ELDAD EITELBERG
ADVOGADO : ALEXANDRE HISAO AKITA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO
PACIENTE : ELDAD EITELBERG

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de ELDAD EITELBERG, apontando-se como autoridade coatora o Tribunal Regional Federal da 3.^a Região (Apelação Criminal n.º 0008948-80.2006.4.03.6181).

Colhe-se dos autos que o paciente foi absolvido pelo Juízo de primeiro grau da imputação prevista no art. 168-A c/c o art. 71, ambos do Código Penal, em razão da ausência de provas suficientes da autoria.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelação perante o Tribunal de origem, que deu provimento ao recurso, nesses termos (fls.53-64):

Trata-se de apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que absolveu ELDAD EITELBERG da prática do crime previsto no art. 168A, § 1.º, I, combinado com o art. 71, todos do Código Penal por falta de autoria delitiva, nos termos do 386, VII do Código de Processo Penal.

Consta da inicial que o denunciado, sócio-gerente da empresa VIA DIRETA TELECOMUNICAÇÕES LTDA., deixou de repassar aos cofres do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, no prazo legal e de forma continuada, valores de contribuições previdenciárias que descontou de seus funcionários, nos períodos de 03/1999 a 06/2001. Em decorrência do constatado foi lavrada a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD n.º 35.787.795-0, **totalizando R\$ 97.723,51 (noventa e sete mil, setecentos e vinte e três reais e cinquenta e um centavos)** em 04/11/2005.

(...)

A pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal. O valor do prejuízo sofrido pela previdência social, nesses casos, deve ser levado em conta para a fixação da pena-base.

O valor do prejuízo experimentando pela vítima, como causa judicial de aumento de pena autorizado no artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado na 1.^a fase da dosimetria da pena, e não na 3.^a fase como influente no percentual de acréscimo decorrente da continuidade delitiva, posto que nesse último momento a relevância está nas vezes em que a conduta delitiva ocorreu e não no resultado danoso da cadeia delitiva.

Dessa forma, considerando que o valor apropriado é elevado, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não vislumbro nos autos outros elementos que justifiquem maior exasperação da pena-base.

Não há agravantes, atenuantes ou causas de diminuição.

O crime foi praticado no período de 03/1999 a 06/2011, ou seja, 28 (vinte e oito) vezes, justificando a aumento pela continuidade delitiva no máximo, segundo o entendimento desta turma.

Desta maneira, resulta a pena em 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de e 18 (dezoito) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, por ausência de elementos que justifiquem a fixação em patamar maior.

Presentes os requisitos do art. 44 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade em entidade a ser indicada pelo juízo da Execução Penal, pelo período da pena privativa de liberdade e (prestação pecuniária consistente no pagamento de 3 (três) salários mínimos, em favor de entidade pública a ser fixada pelo juízo da execução.

Deixo de analisar questão relativa à prescrição, pois a teor das disposições contidas no artigo 110 e §§, do Código Penal, é indispensável o trânsito em julgado para a acusação. Como, em tese, pode haver recurso da acusação para a majoração da pena, inviável o reconhecimento da prescrição em perspectiva. Nesse sentido: STJ- HC 30368, Relator Ministro Hamilton Carvalhido, DJU 10/08/2004.

Ante o exposto, dou provimento à apelação do Ministério Público Federal para condenar ELDAD EITELBERG a pena de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e pagamento de e 18 (dezoito) dias-multa, fixados em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, substituída a pena de liberdade, por duas restritivas de direitos.

Daí o presente *mandamus*, no qual sustenta o impetrante, em suma, a ausência de motivação suficiente para o aumento da pena-base.

Argumenta que o Tribunal *a quo* "limitou-se a afirmar que o crime de apropriação indébita previdenciária teria sido praticado em continuidade delitiva, no período de 03/1999 a 06/2011 (erro tipográfico, pois de acordo com a denúncia seria 06/2001), sem, no entanto, ter analisado, detidamente e com base nos fatos provados, os requisitos objetivos e subjetivos para a configuração do crime continuado, previstos no art. 71 do Código Penal" (fl. 5).

Alega, pois, que "a majoração em 2/3, em decorrência do crime continuado, à pena-base de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e pagamento de 11 (onze) dias-multa é totalmente ilegal, pois desprovida de fundamentação concreta e adequada" (fl. 11).

Requer, liminarmente, a "imediata suspensão da execução das penas impostas até o julgamento final do presente *Habeas Corpus*" e, no mérito, seja "o presente *mandamus* julgado totalmente procedente, determinando-se que seja proferido um novo julgamento" (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

21/22).

O pedido liminar foi indeferido às fls. 79-81.

As informações foram juntadas às fls. 85-86 e 88-90.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 93-96, da lavra do Subprocurador-Geral da República Brasilino Pereira dos Santos, opinando pela denegação da ordem.

Segundo as últimas informações, o paciente ainda cumpre pena de prestação pecuniária.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 239.812 - SP (2012/0078552-4)

EMENTA

HABEAS CORPUS. ART. 168-A C/C O ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. ACRÉSCIMO. MOTIVADO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. (3) CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. ADEQUAÇÃO. (4) *WRIT* NÃO CONHECIDO.

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* (STF: HC 97677/PR, 1.^a Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, 29.9.2009 - Informativo 561, 7 de outubro de 2009. Assim, a dosimetria somente pode ser aferida em sede de *habeas corpus* quando há ilegalidade patente, o que não se verifica na espécie, uma vez que a pena-base foi exasperada, em razão da existência de elemento concreto *[a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal. O valor do prejuízo sofrido pela previdência social (R\$ 97.723,51), nesses casos, deve ser levado em conta para a fixação da pena-base. O valor do prejuízo experimentando pela vítima, como causa judicial de aumento de pena autorizado no artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado na 1.^a fase da dosimetria da penal]*, que revela um *plus* de reprovabilidade na conduta do paciente.

3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 28 (vinte e oito) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 2/3.

4. *Writ* não conhecido.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

Quanto ao pedido de redução da pena-base, cumpre deixar assentado 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 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 consequências do crime (CP, art. 59), não se mostrando juridicamente desproporcional a fixação da pena-base em 2 anos de reclusão. Ademais,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 reconhece a jurisprudência desta Corte:

HABEAS CORPUS. PENAL. QUADRILHA, USO DE DOCUMENTO FALSO E CORRUPÇÃO ATIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. FRAÇÃO DE AUMENTO EM VIRTUDE DA REINCIDÊNCIA. PROPORCIONALIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Não há constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, estranha ao reexame da individualização da sanção penal, quando a fixação da pena-base acima do mínimo legal, de forma fundamentada e proporcional, justifica-se em circunstâncias judiciais desfavoráveis.

2. A exasperação da reprimenda restou devidamente justificada nos maus antecedentes do réu, devidamente comprovados por sentenças condenatórias transitadas em julgado, que não foram utilizadas para configurar a reincidência.

3. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de circunstância legal (atenuantes e agravantes), cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo percuciente análise do caso concreto.

4. Em se considerando que antes dos delitos em tela o Paciente fora condenado definitivamente sete vezes pela prática de crimes de furto e roubo qualificados, o acréscimo da pena em metade (1/2) pela agravante genérica de reincidência não se revela flagrantemente desproporcional, razão pela qual não há como ser revisto na via eleita.

5. Ordem denegada.

(HC 224.578/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 08/03/2012)

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENHIDA. ART. 42 DA LEI 11.343/06. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ANTERIOR. EXTINÇÃO HÁ MAIS DE 5 (CINCO) ANOS. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA APLICAÇÃO DA SANÇÃO. PERSONALIDADE. NEGATIVIDADE MOTIVADA. DESPROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS ESPOSADOS E O QUANTUM DE SANÇÃO IRROGADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PARCIALMENTE EVIDENCIADO. MITIGAÇÃO DEVIDA.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, na fixação da penas, deve-se considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06.

2. Verificado que as instâncias ordinárias levaram especialmente em consideração a natureza mais nociva da droga apreendida - crack -, não há que se falar em constrangimento ilegal quando a sanção básica foi fixada acima do mínimo legalmente previsto, vez que apontados fundamentos concretos a justificar maior reprimenda.

3. Em que pese ter decorrido o prazo previsto no art. 64, I, do CP, a existência de condenações anteriores transitadas em julgado é suficiente para autorizar a elevação da pena-base a título de maus antecedentes.

4. A personalidade da agente, quando devidamente justificada como negativa, enseja maior elevação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria, já que cometeu o delito em espécie apenas oito meses após ter saído da prisão onde cumpria pena por crime anteriormente praticado.

5. Embora a aplicação da pena-base acima do mínimo encontre-se justificada, verifica-se a desproporcionalidade entre os fundamentos expostos e o quantum de pena irrogado - 1/2 (metade) acima do mínimo legal -, principalmente em se considerando que foi apreendida pequena quantidade de droga.

DOSIMETRIA. AGRAVANTE. REINCIDÊNCIA.
RECONHECIMENTO. QUANTUM DE AUMENTO. NÃO
ESPECIFICAÇÃO NO CÓDIGO. DISCRICIONARIEDADE
VINCULADA. FUNDAMENTAÇÃO. NECESSIDADE. ELEVAÇÃO
DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. PROPORCIONALIDADE
OBSERVADA. COAÇÃO ILEGAL INOCORRENTE.

1. No que concerne à aplicação da pena, é inegável que ao sentenciante é reservada uma larga margem de discricionariedade que não é livre, mas, sim, vinculada, devendo indicar precisamente, com base em circunstâncias concretas, a necessidade de maior punição. Exegese dos arts. 5º, XLVI e 93, IX, da CF/88.

2. O quantum de aumento pelo reconhecimento da agravante da reincidência não está estipulado no Código Penal, devendo observar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência à reprovação e prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena.

3. Estando a sentença condenatória devidamente fundamentada no ponto em que elevou a sanção básica de 1/3, dado o reconhecimento da agravante do art. 61, I, do CP, ao mencionar que a paciente seria duplamente reincidente, e no mesmo tipo de delito, pois tal circunstância autoriza uma maior apenação, mostrando-se a fração escolhida proporcional à justificativa apresentada.

4. Ordem parcialmente concedida apenas para reduzir a pena-base imposta à paciente, restando sua reprimenda definitiva em 7 (sete) anos, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença e do acórdão impugnados.

(HC 186.626/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2012, DJe 23/04/2012)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENÇÃO. DOSIMETRIA EM SEDE DE HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. LIMITAÇÃO DO USO DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. O recurso especial é o meio recursal ordinariamente previsto no ordenamento jurídico para que esta Corte analise eventual ofensa à legislação federal relativa à dosimetria da pena, não podendo tal matéria ser submetida à apreciação deste Sodalício pela via excepcional do habeas corpus, que se encontra atrelada, tão somente, às hipóteses em que se tenha presente verdadeira violência, coação, ilegalidade ou abuso direto e imediato à liberdade de locomoção.

Assim, não obstante se admita a impetração de habeas corpus em substituição aos recursos cabíveis, imperiosa a limitação de seu uso, em homenagem até mesmo à própria funcionalidade do sistema, já bastante inflado com a utilização alargada e desmedida do writ.

2. No caso, operou-se o trânsito em julgado do acórdão da apelação e o presente mandamus tem como objeto a impugnação da fração de aumento da pena-base em razão da valoração negativa de algumas circunstâncias judiciais.

3. Contudo, o habeas corpus presta-se ao controle e revisão de decisões no plano objetivo, ou seja, de pronunciamentos que violem direito líquido e certo do paciente, diretamente relacionados à liberdade, vale dizer, daquelas decisões que contemplem nulidade e ilegalidade passíveis de reconhecimento de forma objetiva, sem ingresso no plano de subjetivismo próprio da atividade jurisdicional ordinária.

4. Ademais, não há direito líquido e certo à pena mínima ou à determinada pena, nos aspectos quantitativos ou qualitativos, mas sim direito à pena aplicada de forma fundamentada pelo julgador, no exercício da discricionariedade regrada prevista na legislação, tarefa de atribuição exclusiva das instâncias ordinárias, não cabendo a esta Corte - cujo papel é de uniformização da interpretação do direito federal -, na sede do writ, imiscuir-se em tais questões, salvo nos casos de flagrante ilegalidade, que somente estaria evidenciada quando verificada a ausência completa de motivação.

5. No caso, o Tribunal de origem apontou concretamente as razões que o levaram a dosar a pena do paciente, fixando a pena-base no mínimo legal, em razão das circunstâncias judiciais do artigo 59, do Código Penal, para depois, ante a ausência de outras modificadoras, aumentá-la pela metade (1/2), em razão da reincidência, reduzindo-a, ao final, de um terço (1/3), pela tentativa, culminando na pena definitiva de 2 anos de reclusão e 10 dias-multa.

6. *Habeas corpus* não conhecido.

(HC 187.557/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 01/02/2012)

In casu, deve prevalecer a exasperação da pena-base, já que não houve qualquer violação ao art. 59 do Código Penal pelas instâncias de origem, as quais invocaram elemento concreto *[a pena-base deve ser fixada acima do mínimo legal. O valor do prejuízo sofrido pela previdência social (R\$ 97.723,51), nesses casos, deve ser levado*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em conta para a fixação da pena-base. O valor do prejuízo experimentando pela vítima, como causa judicial de aumento de pena autorizado no artigo 59 do Código Penal, deve ser considerado na 1.^a fase da dosimetria da penal], que revela um plus de reprovabilidade na conduta do paciente.

Nesse sentido, alguns julgados sobre o tema:

PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR NA FORMA SIMPLES. CRIMES ANTERIORES À LEI Nº 12.015/09. CARACTERIZAÇÃO DA NATUREZA HEDIONDA. TESE JURÍDICA JULGADA NA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. (3) REINCIDÊNCIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU A PRIMARIEDADE DO PACIENTE. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. (4) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. (5) WRIT NÃO CONHECIDO.

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. Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo. Recurso especial representativo da controvérsia n.º 1.110.520/SP desta Corte.

3. Da leitura do édito condenatório, é de ver que o Magistrado sentenciante reconheceu ser o réu primário e possuidor de bons antecedentes, portanto, não há se falar em afastamento da reincidência se não foi utilizada para majoração da reprimenda.

4. A majoração da pena-base acima do mínimo legal está devidamente fundamentada, porque as circunstâncias em que se deu o crime justificam o agravamento da pena.

5. *Writ* não conhecido. (HC 159.938/RJ, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 02/05/2013, DJe 10/05/2013)

HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E ESTUPRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DENEGADA.

1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime.

2. No caso em apreço, a fixação da pena-base acima do mínimo legal foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. Portanto, não se comprovando ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, essa via não é adequada para dizer se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

foi justa ou não a reprimenda aplicada ao Paciente. Precedentes.

3. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 204.134/TO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/04/2013, DJe 23/04/2013)

Ademais, verifica-se que a majoração da pena decorrente da continuidade delitiva tem por supedâneo a previsão do artigo 71 do Código Penal, que reza:

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Com efeito, é pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações.

Na espécie, observando o universo de 28 (vinte e oito) infrações cometidas pelo réu, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 2/3.

Sobre o tema, confirmam-se recentes julgados desta Corte Superior de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. ESTUPRO, COM VIOLÊNCIA PRESUMIDA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. TEMOR REVERENCIAL. VÍTIMA ABANDONADA PELA MÃE, QUE ACABARA DE COMPLETAR QUATORZE ANOS, VIVENDO ISOLADA EM LOCAL ERMO COM O PACIENTE, SEU GENITOR. TEMOR REVERENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECER RESISTÊNCIA CONFIGURADA. QUINZE INFRAÇÕES. PERCENTUAL DE AUMENTO. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

(...)

2. Considerando que foram praticadas 15 condutas delitivas, como bem reconheceu o Tribunal a quo, mostra-se adequado o acréscimo pela continuidade na fração máxima de 2/3. É firme a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que o aumento operado em face da continuidade deve levar em conta o número de infrações cometidas.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 237.758/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 04/09/2013)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

(...)

3. Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do Código Penal se faz, basicamente, em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).

4. Verificada a prática de 75 delitos de peculato, mostra-se correto o aumento de 2/3 procedido por força do crime continuado. Precedentes.

5. Não há como substituir a sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão da ausência de cumprimento do requisito objetivo, já que o paciente restou definitivamente condenado à reprimenda superior ao limite de 4 anos previsto no inciso I do art. 44 do Código Penal, bem como da ausência de cumprimento do elemento subjetivo, tendo em vista a desfavorabilidade de circunstância judicial, elementos que evidenciam que a substituição da sanção reclusiva não se mostrará suficiente para a prevenção e repressão do delito perpetrado.

6. Ordem denegada.

(HC 141.884/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 05/09/2012)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 168-A, §1º, INCISO I, DO CP. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO. MAUS ANTECEDENTES. NÃO CONFIGURAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA PENA. NÚMERO DE INFRAÇÕES.

I - Em respeito ao princípio da presunção de inocência, inquéritos e processos em andamento não podem ser considerados como maus antecedentes para exacerbação da pena-base (Precedentes do Pretório Excelso e do STJ).

II- O aumento da pena pela continuidade delitiva se faz, basicamente, quanto ao art. 71, caput do Código Penal, por força do número de infrações praticadas. Qualquer outro critério, subjetivo, viola o texto legal enfocado. Logo, no caso de sete ou mais infrações, o aumento deve dar-se na fração de 2/3 (dois terços) (Precedentes do STF e do STJ).

Recurso parcialmente provido.(REsp 773.487/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 12/02/2007 p. 294)

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2012/0078552-4

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 239.812 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 1352007 200661810089480 89488020064036181

EM MESA

JULGADO: 11/03/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : ELDAD EITELBERG
ADVOGADO : ALEXANDRE HISAO AKITA
IMPETRADO : TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3A REGIÃO
PACIENTE : ELDAD EITELBERG

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Apropriação indébita Previdenciária

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) e Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.