

HABEAS CORPUS Nº 505.683 - SP (2019/0113033-0)

RELATOR : MINISTRO RIBEIRO DANTAS
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
WAGNER RIBEIRO DE OLIVEIRA - SP265925
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : CARLOS ALMIR ALBINO (PRESO)

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio impetrado em favor de **CARLOS ALMIR ALBINO** contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferido nos autos do Agravo de Execução Penal n. 9000211-24.2017.8.26.0506.

Eis a ementa:

"Agravo em Execução - Recurso defensivo pretendendo a unificação das penas impostas pelo reconhecimento da continuidade delitiva - Alegação de que o sentenciado praticou os estupros de vulnerável nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar, de modo que deve ser aplicado o art. 71 do Código Penal - Impossibilidade de aplicação da ficção jurídica - Hipótese de reiteração criminosa - Crimes que foram praticados pela habitualidade do sentenciado e não em continuidade delitiva - Ausência de unidade de desígnios entre as condutas - Devem estar preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos para o reconhecimento da continuidade delitiva - A unificação de penas não pode ser transformada em mecanismo para concretização da impunidade para aqueles que merecem a reprovação e a repressão da sociedade - Negado provimento" (e-STJ, fl. 66).

Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo cometimento de 2 (dois) crimes de estupro de vulnerável, razão pela qual pleiteou, em juízo, a unificação das penas impostas com o reconhecimento da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), o que foi indeferido pelo Juízo da Execução (e-STJ, fl. 38).

Irresignada, a defesa interpôs o citado agravo, que foi desprovido pelo Tribunal de origem (e-STJ, fls. 65-71).

No presente *writ*, alega o impetrante constrangimento ilegal em desfavor do paciente, pois os crimes teriam sido cometidos nas mesmas condições de tempo, espaço e modo, sendo de rigor o reconhecimento da continuidade delitiva.

Requer a concessão da ordem para que seja reconhecido o crime continuado em relação aos referidos delitos.

Não houve pedido liminar.

O Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ* (e-STJ, fls. 81-84).

É o relatório.

Decido.

Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no

sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado.

Desse modo, passo ao exame das alegações trazidas pela defesa a fim de verificar eventual constrangimento ilegal que autorize a concessão da ordem, de ofício.

Quanto ao indeferimento do pleito de reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes perpetrados pelo paciente, está inscrito no acórdão impugnado (e-STJ, fls. 68-69):

"Verifica-se que as condutas tratadas são autônomas entre si, tendo o sentenciado praticado estupros de vulnerável sem que houvesse qualquer unidade de desígnios entre as condutas, pelo contrário fica evidente que não decorreram de apenas um impulso, mas de personalidade voltada ao cometimento de crimes.

Nada indica que tais atos delituosos resultaram do aproveitamento de uma mesma situação ou de uma mesma relação de oportunidade que se prolonga no tempo.

Para a configuração do crime continuado não basta a satisfação de circunstâncias objetivas homogêneas, exigindo-se, também, que os crimes tenham sido praticados pelo agente, aproveitando-se das mesmas relações e oportunidades ou com a utilização de ocasiões nascidas da situação primitiva, não sendo de se admitir o reconhecimento da continuidade delitiva nas hipóteses em que há reiteração criminosa na qual, em cada delito, age o criminoso com desígnio autônomo.

Ainda, nem há a proximidade de datas alegada pela defesa, considerando que os fatos que ensejaram a condenação e a execução n. 01 ocorreram em datas incertas do ano de 2011, por três vezes, enquanto que os da execução n. 02 perduraram de fevereiro de 2011 a fevereiro de 2012, por cerca de quatro vezes.

Não há unidade de contexto entre as ações que determinaram estupros de vulnerável praticados pelo agravante, em contextos diferentes e contra vítimas diversas, de modo que as ações posteriores não se trataram de desdobramento das anteriores.

É clara a ausência do requisito subjetivo, não se podendo, no caso, acolher a teoria objetiva pura para reconhecer a continuidade delitiva.

Ademais, restou evidenciada a obstinação do agravante em praticar estupros de vulnerável, caracterizando a habitualidade criminosa e não continuidade, evidenciando a contumácia criminal, de tal sorte que não faz jus ao benefício pretendido."

O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, *caput*, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); e, IV) por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade

delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente. Em verdade, não se pode confundir continuidade delitiva com habitualidade delitiva, o que afasta a possibilidade de reconhecimento da hipótese do art. 71 do CP.

Nesse sentido:

"[...]

I - A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de *habeas corpus* em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

II - Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente. (Precedentes).

III - *In casu*, o Tribunal de origem afastou a continuidade delitiva ante o reconhecimento da habitualidade delitiva do paciente, o que indica a ausência de unidade de desígnios entre os crimes.

IV - Ademais, o d. Juízo da Execução consignou que o *modus operandi* e a motivação dos crimes apurados nos Processos n. 001/2130065863-9 e 001/2130059757-5 seriam diversos dos demais delitos e também entre si, não sendo possível a incidência da regra do crime continuado.

V - Rever esse entendimento para reconhecer a figura da continuidade delitiva demandaria, necessariamente, amplo revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do *mandamus*."

(HC 360.703/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 29/11/2016, grifou-se).

"[...]

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se no sentido de que a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado, mormente se o Tribunal de origem concluiu pela ausência de unidade de desígnios entre as condutas. Entendimento em sentido contrário demandaria, à evidência, o revolvimento de material fático-probatório, inviável na via estreita do *habeas corpus*.

3. A restrição da liberdade da vítima e a recuperação de apenas um

dentre os diversos bens subtraídos em uma ação delitiva e, em outro evento criminoso, a abordagem armada às vítimas com um filho de 6 meses de idade, que precisou ser retirado às pressas do automóvel, revelam maior desvalor das ações e justificam a exasperação de cada pena-base.

4. A confissão do acusado, ainda que parcial, condicionada ou posteriormente retratada, enseja a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, desde que utilizada como fundamento para a condenação, o que ocorreu na espécie.

5. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.341.370/MT (Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 17/4/2013), sob o rito do art. 543-C, c/c 3º do CPP, consolidou entendimento no sentido de que 'É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência'.

6. 'O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes' (Súmula 443/STJ).

7. Na espécie, a majoração em 3/8 para ambos os eventos delitivos decorreu de circunstâncias concretas e que também revelam maior desvalor, como o número expressivo de agentes em comparsaria (8 na ação do dia 22/2/2013 e 3 no evento do dia 25/3/2013), além da pluralidade de armas em ambas as empreitadas criminosas.

8. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e compensá-la integralmente com a agravante da reincidência, redimensionando a pena do paciente."

(HC 325.901/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 17/11/2015, grifou-se).

Nesse passo, se o Colegiado *a quo*, de forma motivada, reconheceu não restarem configurados os requisitos necessários para o reconhecimento da continuidade delitiva, notadamente por não ter sido demonstrado o liame subjetivo entre as condutas, para contrariar tal conclusão seria necessário o reexame detido do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do *writ*.

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

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019.

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator