

HABEAS CORPUS Nº 477.460 - RS (2018/0292687-6)

RELATOR : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADOS : RAFAEL RAPHAELLI - RS032676
DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : DILOA TEREZINHA PEREIRA BUENO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de DILOA TEREZINHA PEREIRA BUENO contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que negou provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 56):

AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO RECONHECIDA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

Caso concreto em que a apenada ostenta envolvimento reiterado em práticas delitivas, fazendo do crime o seu meio de vida. Lapso temporal existente entre os crimes que não autoriza o reconhecimento da continuidade delitiva. Ademais, tratando-se de criminosa habitual, mostra-se inviável a incidência do benefício postulado. Precedentes do STJ e desta Corte. Agravo improvido.

Na presente impetração, narra a defesa que o Juízo de primeiro grau indeferiu pedido de unificação de penas pelo reconhecimento da continuidade dos delitos de tráfico de drogas praticados pela paciente.

Sustenta que o paciente preencheu os requisitos que autorizam o reconhecimento da continuidade delitiva.

Alega tratar-se de delitos da mesma espécie (tráfico de drogas), praticados com modo de execução semelhante, em curto espaço de tempo,

perpetrados na mesma cidade, restando atendidos os padrões legais e jurisprudenciais para se reconhecer a continuidade delitiva.

Requer, assim, liminarmente, a suspensão do acórdão prolatado pela Corte de origem até o julgamento do presente *writ*. No mérito, pugna pela concessão da ordem para cassar o referido *decisum*, conforme acima delineado.

Indeferido o pleito liminar (e-STJ fls. 72/73), opinou o Ministério Público Federal "pela denegação da ordem" (e-STJ fls. 78/81).

É o relatório. **Decido.**

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. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do *mandamus*, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados, exemplificativos dessa nova orientação das Cortes Superiores do País:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. ROUBO EM CONCURSO DE PESSOAS E COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE. MODUS OPERANDI. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe

de 11/9/2012; RHC 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC 117.268/SP, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinham-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014). II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. (...). Habeas corpus não conhecido. (HC 320.818/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 21/5/2015, DJe 27/5/2015).

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DO RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REGIME INICIAL FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS.

1. O habeas corpus tem uma rica história, constituindo garantia fundamental do cidadão. Ação constitucional que é, não pode ser o writ amesquinhado, mas também não é passível de vulgarização, sob pena de restar descaracterizado como remédio heroico. Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla do preceito constitucional. Igualmente, contra o improvimento de recurso ordinário contra a denegação do habeas corpus pelo Superior Tribunal de Justiça, não cabe novo writ ao Supremo Tribunal Federal, o que implicaria retorno à fase anterior. Precedente da Primeira Turma desta Suprema Corte. [...]. (STF, HC n. 113890, Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julg. em 3/12/2013, DJ 28/2/2014).

Assim, de início, incabível o presente habeas corpus

substitutivo de recurso próprio. Todavia, em homenagem ao princípio da ampla defesa, passa-se ao exame da insurgência, para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício.

Como visto no relatório, o Tribunal de origem, ratificando decisão do Juízo da instância primeira, indeferiu ao paciente seu pedido de reconhecimento de continuidade delitiva entre os crimes de tráfico de drogas, consignando aquela e. Corte, no voto condutor do acórdão proferido, que (e-STJ fls. 57/59):

Adianto que é caso de improvemento do recurso.

Como consta da Guia de Execução Penal acostada aos autos, a agravante cumpre pena total de 16 anos e 7 meses de reclusão, em regime fechado, pelos seguintes fatos delituosos:

- 1. Processo n. 037/2.12.0006123-6, pelo crime de tráfico de drogas, praticado em 21.11.2012, na comarca de Uruguaiana, transitada em julgado a sentença condenatória em 06.12.2017 (pena de 08 anos e 02 meses de reclusão); e*
- 2. Processo n. 037/2.12.0005381-0, pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, praticados em 19.10.2012, transitada em julgado a sentença condenatória em 04.03.2016 (pena de 08 anos e 05 meses de reclusão).*

Ao que se vê, in casu, o apenado demonstra envolvimento reiterado em ilícitos criminais, tendo, só no ano de 2012, se envolvido na prática de dois delitos graves.

No tocante ao lapso temporal exigido para o reconhecimento da continuidade delitiva, este Tribunal assim se manifestou:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITO TEMPORAL NÃO CUMPRIDO. IMPOSSIBILIDADE. O Código Penal adotou a teoria da ficção jurídica, desenvolvida por Francesco Carrara, a qual preconiza que a continuidade delitiva é uma ficção criada pelo Direito, de modo que existem vários crimes, considerados como um delito único para fins de aplicação da pena.

Seus requisitos são: a) pluralidade de condutas, b) pluralidade de crimes da mesma espécie (leia-se mesmos tipos penais), c) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes e d) unidade de desígnios. No caso vertente, o lapso temporal é superior a 30 dias, e a jurisprudência da Primeira Câmara Criminal é assente em limitar o

enquadramento do delito continuado a 30 dias de diferença entre as infrações, não o reconhecendo quando se aproxima de 60 dias. Agravo improvido. (Agravo ? 70075039362, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 21/02/2018)

Ademais, ainda que a lei não defina a expressão "habitualidade criminosa", cumpre ao julgador, quando presente, reconhecê-la.

Nesse sentido, os julgados desta Câmara e do STJ:

AGRAVO EM EXECUÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. REFORMA DECISÃO A QUO. Apenada que demonstra fazer do crime o seu meio de vida, evidenciando se tratar de criminosa habitual, o que afasta a incidência do crime continuado. Precedentes do STJ e desta Corte. AGRAVO PROVIDO. (Agravo Nº 70066589318, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 25/09/2015).

HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. REITERAÇÃO CRIMINOSA RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE PROVA. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Para a caracterização da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados, que a conduta posterior constitui um desdobramento da anterior. Precedentes. 2. No caso dos autos, ressaltou o Tribunal de origem que o Paciente é um criminoso habitual, pela prática reiterada de crimes contra o patrimônio, o que afasta a aplicação da continuidade delitiva, por ser merecedor de tratamento penal mais rigoroso. [...] 4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 203.292/SP, Rei. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 23/11/2012).

Portanto, de ser mantida a decisão agravada.

Voto, pois, por negar provimento ao agravo.

Acerca do termo, anoto que a continuidade delitiva configura-se quando as circunstâncias de modo de execução, tempo e lugar da prática dos ilícitos apresentam relação de semelhança e unidade de desígnios, acarretando o reconhecimento do desdobramento da prática criminosa.

Impende registrar que "esta Corte, ao interpretar o art. 71 do CP, adota a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior" (AgRg no HC n. 426.556/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018).

Na espécie, conforme ressaltado pelo Tribunal de origem, trata-se de caso de habitualidade delitiva, restando ausente a comprovação do requisito subjetivo necessário ao reconhecimento do crime continuado. Além disso, a rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático probatório.

Incide, na hipótese, a seguinte diretriz jurisprudencial:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. CRIMES DE FURTO E DE ESTELIONATO. TESE DE INCIDÊNCIA DA CONTINUIDADE DELITIVA E NÃO DE CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. CONCURSO MATERIAL RECONHECIDO PELO TRIBUNAL DE 2º GRAU. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. De acordo com a Teoria Mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - como também de ordem subjetiva - unidade de

desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

3. Nesse contexto, aplicada, pelo Tribunal de 2º Grau, a regra do concurso material de crimes, uma vez considerados autônomos os desígnios, em razão do largo lapso temporal entre os delitos, bem como em face da inocorrência de intento delituoso único, refletido na habitualidade no agir criminoso, que se revelou a atividade profissional da paciente, constata-se a impropriedade da via eleita ao exame da tese, dada a necessidade de revolvimento do material cognitivo produzido nos autos a fim de se infirmar o entendimento adotado, para se aferir o preenchimento dos requisitos do art. 71 do CP. Precedentes.

4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 301.074/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 16/02/2016, DJe 25/02/2016).

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA DECLINADA. CONCURSO MATERIAL. HABITUALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE LIAME SUBJETIVO ENTRE AS CONDUTAS. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPROPRIEDADE NA VIA DO WRIT. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. 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.

2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades.

Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório.

3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e

subjetivos de natureza accidental que envolvem o delituoso. In casu, não se infere ilegalidade na primeira fase da dosimetria, pois o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de roubo, considerando a violência empregada na senda criminosa. 4. 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); IV) e, 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.

5. Se o Colegiado a quo, de forma motivada, reconheceu não restarem configurados os requisitos necessários para que se entenda o segundo roubo como continuidade do primeiro, notadamente por não ter sido demonstrado o liame subjetivo entre as condutas, para infirmar tal conclusão seria necessário o reexame detido com conjunto fático-probatório dos autos, o que não se coaduna com a via do writ.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 410.772/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 25/10/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. EXAME DOS REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REVOLVIMENTO DAS PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento

firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não admite a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio previsto no ordenamento jurídico. Contudo, nos casos de flagrante ilegalidade, a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Segundo previsto no art. 71 do Código Penal, o crime continuado somente se verifica quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, sob semelhantes condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras características que façam presumir a continuidade.

3. Na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça, não basta a presença dos requisitos objetivos previstos no art. 71 do Código Penal, reclama-se também a unidade de desígnios, isto é, um liame, de tal modo que os vários crimes resultam de plano previamente elaborado pelo agente.

4. Consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: imprescindível distinguir continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira hipótese trata-se de uma ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, que propicia o abrandamento da penalidade, e a segunda hipótese, ao contrário, enseja o agravamento da punição, já que é indiciária de que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, o que denota maior reprovabilidade (REsp 369.718/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJ 17/11/03).

5. Maiores incursões no tema, com a finalidade de constatar eventual similitude entre os delitos cometidos, demandariam intenso reexame das provas, providência incabível na estreita via do habeas corpus.

6. Habeas corpus não conhecido.

(HC 264.649/PR, Rel. Ministro WALTER DE ALMEIDA GUILHERME (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), QUINTA TURMA, julgado em 20/11/2014, DJe 27/11/2014).

Inexiste, portanto, o apontado constrangimento ilegal a ser sanado na via estreita do *mandamus*.

Ante o exposto, **nego seguimento** ao presente *habeas corpus*.

Intimem-se.

Brasília, 11 de junho de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator

