

**HABEAS CORPUS Nº 480.224 - SP (2018/0310623-3)**

**RELATOR** : **MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**IMPETRANTE** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**ADVOGADOS** : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
LUANA BARBOSA OLIVEIRA - MG134138  
**IMPETRADO** : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PACIENTE** : GUSTAVO DE LUNA

**DECISÃO**

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública em favor de GUSTAVO DE LIMA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (e-STJ fls. 32/36).

No presente *writ*, renovando-se os fundamentos do recurso apresentado na Corte de origem, sustenta a defesa que o paciente preencheu os requisitos que autorizam o reconhecimento da continuidade delitiva.

Alega que os delitos pelos quais fora o paciente condenado são da mesma espécie (roubo), praticados com modo de execução semelhante, em curto espaço de tempo (de maio a junho de 2015), restando atendidos os padrões legais e jurisprudenciais para se reconhecer a continuidade delitiva.

Requer, assim, seja reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes pelos quais fora o paciente condenado.

Com vista dos autos, opinou o Ministério Público Federal "pela concessão da ordem, para reconhecer a continuidade delitiva, com aplicação da pena de um só dos crimes aumentada de 1/5 (um quinto)" (e-STJ fls. 50/54).

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, confirmaram-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 alinharam-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 roubo, consignando aquela e. Corte, no voto condutor do acórdão proferido, que (e-STJ fls. 33/36):

*2- Há que se considerar que o agravo não comporta provimento, devendo ser mantida, integralmente, a respeitável decisão agravada, pois os seus fundamentos estão corretos e infensos à alteração.*

*Com efeito, não se trata de continuidade delitosa, a ensejar o reconhecimento da ficção jurídica criada pelo artigo 71 do Código Penal.*

*Ao analisar as circunstâncias dos processos de roubo, movidos contra ele, com base na documentação acostada às fls. 07/20, verifica-se que os delitos patrimoniais foram perpetrados em datas distintas e contra vítimas diversas.*

*Não obstante a existência de entendimentos em sentido contrário, este Relator percebe que a tese adotada pelo Juízo das Execuções no sentido de que embora os crimes praticados pelo agravante guardassem semelhança quanto ao modus operandi, certo é que foram cometidos em datas distintas, mediante ofendidos diferentes, o que, por si só, rechaça o reconhecimento do crime continuado. Ressalta-se, ainda, que os delitos foram praticados, sem que guardassem identidade de desígnios entre si, em que o delinquente, ao obter sucesso numa empreitada criminosa, tira proveito da situação e torna a cometer outros delitos. Cada um deles já estava completo e esgotado, quando o subsequente passara a ser perpetrado, ensejando reconhecer, assim, a inexistência de qualquer vínculo que os unisse, suficiente a concluir de que havia existido uma relação de continuação ao longo de suas práticas.*

*Na verdade, o que se afere, data venia, é que o sentenciado, embora com mesmo modus operandi, fez de suas práticas o seu meio de vida. Impossível, portanto, reconhecer a ficção jurídica do crime continuado, pois se trata de reiteração criminosa, em que ele, dotado de personalidade voltada para pilhagem do patrimônio alheio, a qualquer custo, fez dos crimes o seu modus vivendi, o que, por obviedade lógica, exige maior rigor na resposta penal.*

*Neste Egrégio Tribunal ficou assentado, num caso semelhante, que “não há como reconhecer a continuidade delitiva das penas que foram impostas. Trata-se, não de continuidade, mas de reiteração criminosa, decorrente de atividade do delinquente habitual. As ações subseqüentes, na caracterização da continuidade, devem ser tidas desdobramentos da primeira. Daí a necessária unidade de desígnios. Contudo, nas hipóteses são evidentemente diversos, independentes e autônomos, revelando criminalidade habitual que afasta continuidade premiada” (RT. 723/578). No mesmo sentido: RT. 576/482, 748/707, 720/497.*

*Ressalta-se que a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores é remansosa nesse sentido. O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, em recentes decisões, assim apreciaram: ”PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. PLURALIDADE DE CRIMES. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS DE ORDEM OBJETIVA E SUBJETIVA. LAPSO TEMPORAL DE 2 MESES. INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO DE REITERAÇÃO*

*CRIMINOSA. REINCIDÊNCIA. ART. 61, I, DO CP. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que, para caracterizar a continuidade delitiva, é necessário o preenchimento de requisitos de ordem objetiva e subjetiva. 2. “Se entre as séries delituosas houver diferença de meses, não haverá continuidade delitiva, mas sim reiteração delitiva, devendo ser aplicada a regra do concurso material” (Resp. 765.590/RS, Rel. Min.*

*FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 29/5/06). 3. A diversidade de agentes na execução criminosa, revelada pela atuação individual no primeiro fato e coletiva no segundo, afasta o requisito objetivo da identidade de “modus operandi”, indispensável ao reconhecimento do crime continuado. 4. Constatada a inexistência da identidade de condições de tempo, lugar e “modus operandi” nas condutas delituosas, afasta-se a idéia de continuidade delitiva para se acolher a tese da habitualidade ou profissionalismo na prática de crimes, circunstância que merece um tratamento penal mais rigoroso, tendo em vista o maior grau de reprovabilidade”. (Resp 759991/RS, RECURSO ESPECIAL 2005/0098896-0, Quinta Turma, Rel. o Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. em 19/06/2008, v.u., publ. no site: <http://www.stj.gov.br>). No mesmo sentido: (HC 47238/SP, Habeas Corpus 2005/0140538-0, Sexta Turma, Rel. a Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, j. em 07/10/2008, v.u., publ. no site: <http://www.stj.gov.br>, HC 109622/RS, HABEAS CORPUS 2008/0139783-1, Quinta Turma, Rel. o Min. FELIX FISCHER, j. em 18/9/2008, v.u., publ. no site <http://www.stj.gov.br>, e RHC 93144/SP São Paulo, Primeira Turma, Rel. o Min. MENEZES DIREITO, j. em 18/03/2008, v.u., publ. no site: <http://www.stf.gov.br>).*

*Não bastasse, há a questão da profissionalidade, ou seja, a reiteração criminosa. Nesse sentido, o item 59, da Exposição de Motivos da nova parte Geral do código Penal, preceitua o seguinte: “O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modo de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa beneficiá-la, pois, o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais”. Assim sendo, se deferida a pretensão do agravante, estimular-se-á a delinquência, em detrimento da preservação da ordem pública, finalidade última da jurisdição penal. Como dito, a simples reiteração de crimes da mesma espécie, não se enquadra na ficção jurídica de que*

*resulta o chamado crime continuado (RTJ 98/588). Para que se configure a ocorrência do crime continuado, é necessário, ainda, que os crimes apresentem-se como prolongamento ou desdobramento uns dos outros, o que não ocorreu, "in casu".*

*Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo em execução.*

Acerca do termo, anoto que 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 426.556/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018).

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 inoccorrência 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

