

HABEAS CORPUS Nº 507.562 - SP (2019/0122617-3)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
BENNO BUCHMAN - SP210745
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : SAMUEL TENORIO DA SILVA

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar impetrado em favor de SAMUEL TENORIO DA SILVA contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação n. 0006890-90.2016.8.26.0099.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, por três vezes, na forma do art. 69, ambos do Código Penal, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por restritiva de direito.

Irresignada, a defesa interpôs apelação perante a Corte *a quo*, a qual negou provimento ao recurso defensivo, mantendo incólume a sentença condenatória.

Nesta via, sustenta o impetrante a ausência de fundamentação suficiente a justificar a negativa do reconhecimento do crime continuado previsto no art. 71 do Código Penal, visto que foram preenchidos os requisitos legais.

Requer a concessão da ordem constitucional para que seja redimensionada a reprimenda do paciente com o reconhecimento da figura do crime continuado.

A liminar foi indeferida às fls. 130-131.

Informações prestadas às fls. 135-159 e 161-171.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 176-180, pelo não conhecimento do *habeas corpus*.

É o relatório.

Cumpre pontuar que esta Corte Superior de Justiça não mais admite a utilização do *habeas corpus* em substituição ao recurso cabível, como ocorre na hipótese, circunstância que impede o seu formal conhecimento.

Entretanto, deve-se verificar se o caso revela constrangimento ilegal flagrante, circunstância que exige a atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal. Passa-se a análise do constrangimento ilegal alegado.

No que tange ao pedido de unificação das penas, restou consignado no acórdão ora combatido (e-STJ fl. 22):

"A hipótese é mesmo de concurso material. Considerados os três crimes, não há identidade de modus operandi. Em um deles, houve simulação de pagamento com cheque fraudulento. Nos demais, simulação de pagamento mediante transferência bancária. A alteração do meio de execução impede o reconhecimento da benesse legal conclusão válida ainda que se considere que o pretenso

pagamento com cheque tenha ocorrido em 7 de maio de 2016. Prosseguindo, considerados os dois crimes de estelionato praticados mediante simulação de transferência bancária, não está preenchido o requisito temporal mínimo de trinta dias entre um e outro. O primeiro foi praticado em 2 de maio de 2016 e, o segundo, em 28 de junho do mesmo ano, quase dois meses depois. Vê-se com clareza que o único elemento comum aos três crimes de estelionato é o espacial, posto que cometidos no Centro de Bragança Paulista, o que não é suficiente para o reconhecimento da continuidade delitiva."

Diversamente do alegado na presente impetração, constata-se que o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias guarda harmonia com o posicionamento desta Corte Superior, no sentido de que, para o reconhecimento da continuidade delitiva, o cometimento dos delitos não deve superar o limite de 30 (trinta) dias, não deve ocorrer com diversidade de formas de execução, e tampouco deve se tratar de hipótese de criminoso habitual.

Nesse sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBOS. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A 30 DIAS. DIVERSIDADE DO MODUS OPERANDI. WRIT NÃO CONHECIDO.

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. O reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal exige que o agente tenha praticado duas ou mais condutas da mesma espécie, em semelhantes condições de tempo, lugar e modus operandi, bem como que seja demonstrada a unidade de desígnios entre os delitos cometidos.

3. Quanto ao requisito objetivo temporal, conforme a jurisprudência desta Corte, apenas se admite a aplicação da continuidade delitiva se o intervalo entre o cometimento dos delitos não superar o limite de 30 dias.

4. Ainda que tal limite possa ser mitigado diante das circunstâncias concretas dos fatos delituosos, no caso, além do distanciamento temporal entre as condutas, as quais foram perpetradas em 20 de janeiro, 20 de abril e 5 de novembro de 2016, percebe-se que o acórdão ora impugnado reconheceu a diversidade do modus operandi dos delitos, sendo, portanto, descabido falar em continuidade delitiva.

5. Writ não conhecido.

Superior Tribunal de Justiça

(HC 521.453/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 16/09/2019)

No mesmo vértice:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. ANÁLISE NECESSÁRIA DA UNIDADE DE DESÍGNIOS. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exige, para a configuração da continuidade delitiva, a concomitância de exigências de ordem objetiva, considerando as mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*, e de ordem subjetiva, configurada na unidade de desígnios.

2. O Tribunal a quo registrou que os delitos foram cometidos por modos de execução diversos, em momentos e circunstâncias incommuns, de forma que os desígnios se apresentam como manifestamente autônomos, o que obsta o reconhecimento da continuidade delitiva, consoante o entendimento adotado por este Superior Tribunal.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 424.108/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 09/09/2019)

Ademais, insta consignar que nos termos da jurisprudência vigente nesta Corte Superior, é incabível, pela via do *habeas corpus*, realizar-se análise acerca do preenchimento dos requisitos necessários para a configuração da continuidade delitiva, pois impossível, por meio do *mandamus*, o revolvimento do contexto fático-probatório.

A proóssito:

HABEAS CORPUS. PENAL. CINCO CONDENAÇÕES POR ROUBO EM CONCURSO MATERIAL. POSTERIOR PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS COM O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INDEFERIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS (AUSÊNCIA DE DOLO GLOBAL). PLEITO DEFENSIVO DE RECONHECIMENTO DO CRIME CONTINUADO EM FACE DA TEORIA OBJETIVA PURA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL INTERPRETADO PELO STJ À LUZ DA TEORIA MISTA. EXIGÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE OS CRIMES PARCELARES. ORDEM DENEGADA.

1. A ficção jurídica do crime continuado, pautada em razões de política criminal, autoriza o magistrado a deixar de aplicar as penas correspondentes aos crimes parcelares isoladamente para considerar como se um único delito tivesse sido praticado pelo agente e, assim, aplicar o sistema da exasperação da pena.

2. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (pluralidade

de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios), nos termos do art. 71 do Código Penal.

3. Isso porque, o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou a teoria mista, pela qual a ficção jurídica do crime continuado exige como requisito de ordem subjetiva o dolo global ou unitário entre os crimes parcelares.

4. No caso, as instâncias ordinárias ressaltaram que não está presente o requisito subjetivo necessário à caracterização do aludido instituto penal, já que o réu não teria agido com o ânimo de cometer um roubo em continuação do outro.

5. Desse forma, ante o necessário reexame fático, é inviável no espectro de cognição do habeas corpus avaliar a conduta do Paciente, a fim de reconhecer a ficção jurídica da continuidade delitiva, uma vez que é imperativo aferir o elemento anímico do agente e concluir se o comportamento humano voluntário foi psiquicamente direcionado a finalidades autônomas ou se há dolo global entre os delitos parcelares.

6. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 477.102/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019)

Com igual orientação:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL - CP. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE CONDENAÇÕES POR ROUBO.

TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. AFASTAMENTO DE HABITUALIDADE CRIMINOSA E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A ocorrência do crime continuado deve ser apurada conforme a teoria objetivo-subjetiva. Precedentes.

2. O reconhecimento da continuidade delitiva demandaria o reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pois as instâncias ordinárias, com base na prova dos autos, apresentaram fundamentação concreta para concluir que os crimes de roubo foram realizados com desígnios autônomos.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 1221050/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 14/12/2018)

Desse modo, evidenciado o alinhamento do aresto impugnado à

Superior Tribunal de Justiça

jurisprudência sedimentada por esta Corte Superior, inviável a aplicação do instituto da continuidade delitiva na hipótese, não havendo flagrante ilegalidade a reparar.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, com fundamento no art. 34, inciso XX, do Regimento Interno deste Superior Tribunal, **não se conhece do *habeas corpus*.**

Publique-se. Intime-se.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2019.

MINISTRO JORGE MUSSI

Relator