

HABEAS CORPUS Nº 537.875 - SP (2019/0300296-0)

RELATOR : **MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
RAPHAEL CAMARÃO TREVIZAN - AC004256
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : JANDERSON ALEX ABRAAO FERNANDES (PRESO)
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de JANDERSON ALEX ABRAAO FERNANDES apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Agravado de Execução n. 7000334-66.2015.8.26.0590).

Depreende-se dos autos que o paciente requereu, em primeiro grau, a unificação das penas. O pedido foi indeferido (e-STJ fls. 67/69).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de agravo em execução perante o Tribunal de origem, que lhe negou provimento nos termos do acórdão assim ementado (e-STJ fl. 150):

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL - Pleito de unificação de penas - Impossibilidade - A continuidade delitiva não se confunde com a reiteração criminosa - Benefício que não deve privilegiar criminosos habituais, os quais por sua elevada culpabilidade devem ser submetidos a tratamento penal mais rigoroso. Recurso desprovido.

No presente *writ*, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo alega que o paciente está submetido a constrangimento ilegal, pois teria ele o direito à unificação das penas, tendo em vista que os crimes por ele praticados foram em continuidade delitiva.

Sustenta que o paciente "*foi condenado pela prática de roubos nos dias 24/02/2014 (17ª execução), 06/03/2014 (18ª execução) e 09/03/2014 (10ª execução), e no grupo dois 14/11/2013 (5ª execução), 08/12/2013 (6ª execução) e 19/12/2013 (7ª execução) nas mesmas condições de tempo, na mesma cidade de Santos e com o mesmo modo de operação*" (e-STJ fl. 4).

Superior Tribunal de Justiça

Acrescenta que a "análise das características dos crimes de roubo demonstra que as penas devem ser unificadas, por se tratar de crime continuado que não foi reconhecido pelo juízo de conhecimento. Os processos foram julgados separadamente, mas todos os requisitos legais para o reconhecimento do crime continuado se mostram presentes" (e-STJ fl. 4).

Por isso, requer, inclusive liminarmente, a unificação das penas com base na continuidade delitiva.

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 158/160).

Foram prestadas as informações (e-STJ fls. 167/246).

O Ministério Público Federal, ao se manifestar, opinou pela denegação da ordem (e-STJ fls. 248/252).

É, em síntese, o relatório.

Como se observa do relatório, busca-se o reconhecimento da continuidade delitiva, determinando-se, em consequência, a unificação/redução das penas impostas ao ora paciente.

No caso dos autos, o Juízo da 2ª Vara das Execuções Criminais e Infância e Juventude da Comarca de Araçatuba/SP indeferiu o pleito defensivo à base da seguinte fundamentação (e-STJ fls. 67/69):

In casu, houve mera reiteração de crimes por criminoso habitual. Essa conclusão é reforçada pela constatação de que o sentenciado possui várias condenações pelo mesmo delito em circunstâncias de tempo. Espaço e vítimas diferentes, denotando tratar-se de criminoso habitual/profissional, ao qual não se deve estender a benesse da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal.

[...]

Para além dos requisitos objetivos, a aplicação da ficção jurídica do crime continuado ainda exige que haja unidade de desígnios entre todas as condutas criminosas de forma que o delito posterior tenha havido como continuação do anterior.

[...]

No caso em apreço, nota-se que os delitos resultaram de deliberações autônomas, não tendo decorrido de um só impulso, salientando que não se pode levar em consideração apenas circunstâncias objetivas de tempo e espaço (grifei).

O Tribunal de origem, por sua vez, manteve a decisão de primeiro grau, consignando, para tanto, que (e-STJ fls. 171/172):

Conforme se extrai dos autos, os delitos foram aparentemente perpetrados de maneira semelhante e em espaço de tempo relativamente próximo.

No entanto, não é o bastante para o reconhecimento da continuidade delitiva. Vejamos.

Embora a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, em seu item 59, tenha elegido a teoria puramente objetiva, o art. 71 do mesmo Codex exige, para o reconhecimento da continuidade delitiva, além das condições de tempo, lugar, maneira de execução, que os crimes subseqüentes sejam havidos como continuação do primeiro.

[...]

Buscou o art. 71 do Código Penal, dessa forma, distinguir a continuidade delitiva de mera reiteração criminosa, não se podendo atribuir àquele que faz do crime verdadeiro estilo de vida e, portanto, cuja culpabilidade é mais elevada, um tratamento penal menos rigoroso do que àquele que a prática isoladamente, pois, repise-se, o crime continuado nada mais é do que uma fixação jurídica de política criminal.

Assim sendo, não obstante se possa observar a proximidade de tempo e local não se vislumbra tenha o agente se valido do contexto propiciado pelo anterior delito para a prática do posterior, donde não se pode concluir que este representa desdobramento daquele, mesmo porque se tratam de vítimas diferentes.

Enfim, incensurável a decisão ora vergastada. (Grifei.)

Com efeito, nos termos do art. 71 do Código Penal, verifica-se a continuidade delitiva quando o agente, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie, guardando entre si um elo de continuidade – mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução.

A respeito do assunto, esclarece a doutrina que "ocorre crime continuado quando o sujeito realiza uma série de infrações penais homogêneas (homogeneidade objetiva), guiado pela mesma unidade de propósito (homogeneidade subjetiva). Esta construção jurídica é considerada como um único fato punível. Na realidade trata-se de uma hipótese de concurso material, que recebe um tratamento particular face à pena, alterando as regras já expostas acima sobre o concurso de crimes, pois é considerada como uma única infração. Em suas origens tratava-se de

uma construção jurisprudencial que perseguia uma solução pietatis causa, para evitar que a acumulação material de penas conduzisse a penas desmedidas" (OLIVÉ, Juan Ferré; PAZ, Miguel Nunes; OLIVEIRA, Willian Terra de; BRITO, Alexis Couto de. *Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 612).

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que, para o reconhecimento da ficção jurídica em análise, além de preenchidos os requisitos de natureza objetiva, deve existir um dolo unitário ou global que torne coesas todas as infrações perpetradas, por meio da execução de um plano preconcebido, adotando, assim, a teoria mista ou objetivo-subjetiva.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para o reconhecimento e a aplicação do instituto do crime continuado, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se a Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva.

2. O Tribunal de origem afastou a existência de continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados pelo paciente, haja vista a ausência de liame subjetivo entre os diversos delitos.

3. Habeas corpus não conhecido (HC n. 222.225/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 31/3/2016, grifei).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. CRIMES DE ROUBO MAJORADO E LATROCÍNIO. 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 de o lapso temporal entre o cometimento dos delitos superar 30 dias, bem como pela inexistência de liame subjetivo entre os crimes sub examine e pelo histórico do réu apontar para a habitualidade criminosa, 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 n. 300.941/RS, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe de 25/2/2016, grifei).

Diante desse cenário, nos termos da fundamentação apresentada pelas instâncias ordinárias, o caso em desfile não preenche os requisitos necessários ao reconhecimento do benefício em análise, tendo em vista que ficou evidente que nenhum dos crimes praticados pôde ser considerado desdobramento do anterior ou que o seu autor tenha se valido das mesmas circunstâncias para praticar, posteriormente, outro delito. No caso, o que ficou demonstrado foi, sem sombra de dúvidas, que o paciente fez do crime o seu meio de vida.

Como quer que seja, nos estreitos limites do remédio constitucional, é inviável a apreciação aprofundada dos elementos e das provas constantes do processo para afastar as conclusões apresentadas na origem e afirmar o preenchimento dos requisitos necessários à aplicação do art. 71 do Código Penal.

No mesmo sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. REGIME INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Este Superior Tribunal firmou o entendimento de que, para o reconhecimento e a aplicação do instituto do crime continuado, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se a Teoria Mista ou

Objetivo-subjetiva.

2. O Tribunal de origem afastou a existência de continuidade delitiva entre os delitos de roubo praticados pelo paciente, tendo em vista a ausência de vínculo, dado o decurso de mais de 30 dias entre a prática dos dois crimes, o que revela, na verdade, característica de reiteração criminosa, atraindo a regra do concurso material.

3. Incabível, nos estreitos limites do remédio constitucional, um maior aprofundamento na apreciação de fatos e provas constantes dos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

[...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial semiaberto (HC n. 332.721/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 16/2/2016, grifei).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- Considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados.

- In casu, como bem observado pelas instâncias ordinárias, os delitos foram praticados com desígnios autônomos, estando ausente a comprovação dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva.

- Ademais, a inversão do afirmado pelas instâncias de origem demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do remédio constitucional.

Habeas corpus não conhecido (HC 307.486/SP, relator Ministro Ericson Marinho, Desembargador Convocado do TJSP, Sexta Turma, DJe de 26/2/2015, grifei).

AGRAVO REGIMENTAL. INDEFERIMENTO LIMINAR DE

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO. ROUBOS. PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. EXAME DOS REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

1. Não tem cabimento a impetração de habeas corpus substitutivo do meio processual pertinente. À míngua de manifesta ilegalidade, inviável a concessão de ordem de ofício.

2. Este Superior Tribunal de Justiça vem adotando a teoria mista, segundo a qual, para a caracterização da continuidade delitiva, afigura-se imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos). Quer dizer, maiores incursões no tema, com a finalidade de constatar eventual unidade de desígnios ou a presença dos demais requisitos do instituto, demandaria incursão aprofundada no exame das provas, incabível na estreita via do habeas corpus (RHC n. 43.601/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18/6/2014).

3. A via estreita do habeas corpus é inadequada para um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do atendimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (AgRg no RHC n. 39.593/DF, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 20/6/2014).

4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC n. 297.622/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 7/10/2014, grifei).

Logo, não verifico o constrangimento ilegal apontado, pois as instâncias ordinárias, ao afastarem o reconhecimento da continuidade delitiva e, por consequência, a unificação das penas, adotaram orientação harmônica com a jurisprudência desta Corte.

Ante o exposto, **denego a ordem**.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 02 de abril de 2020.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO
Relator