

HABEAS CORPUS 138.225 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
PACTE.(S) : ROMEIA PEREIRA DA SILVA
IMPTE.(S) : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 272.143 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em favor de Romeia Pereira da Silva, contra decisão do Ministro Jorge Mussi, que negou seguimento ao HC 272.143/SP, no Superior Tribunal de Justiça.

A impetrante narra, de início, que a paciente, foi condenada pela prática de 10 receptações, cuja pena total é de 34 anos e 10 meses de reclusão, encontrando-se presa há quase 10 anos.

Aponta, então, que das dez execuções criminais em que figura como parte, “com exceção da nº 3, referem-se a um único crime: **venda de toca CD’s no estabelecimento denominado ‘Sucauto’ na data de 16/12/2004**, quando foi presa em flagrante” (grifos no original; pág. 3 do documento eletrônico 1).

Diz, mais, que,

“[a]o invés da autoridade policial instaurar um único inquérito policial para apurar o comércio clandestino, não se sabe se por má-fé, equívoco ou qualquer outra razão (talvez algum rancor pessoal entre os policiais e a paciente), foram instaurados, **na mesma data (24/01/2005) e na mesma delegacia (1º D.P. – Indaiatuba)**, além do inquérito decorrente do auto de prisão em flagrante (IP nº 438/2004), outros 8 inquéritos (12, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 21 e 28 cf. fls. 1 a 5 da F.A.3) que visavam a **apurar os mesmos fatos**. No dia 05/04/2005, foi instaurado

outro IP (nº 72) com idêntico propósito, resultando em **10** inquéritos com **o mesmo objeto**. Mudavam-se apenas as vítimas e os objetos materiais do delito” (grifos no original; pág. 3 do documento eletrônico 1).

Destaca, também, que “**Romeia** cumpre 10 execuções distintas, mas 9 se referem a um **mesmo fato criminoso**” (grifos no original; pág. 4 do documento eletrônico 1).

Entende, assim, tratar-se de crime único, onde

“[o] ideal seria a concessão de **ordem de habeas corpus** de ofício para trancar todos os processos (com exceção do 438/04, que foi o primeiro a apurar esse crime) e, conseqüentemente, para extinguirem-se as execuções 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, por incidir a litispendência. No entanto, como os pedidos anteriores da defesa (tanto ao Juízo das Execuções como ao Tribunal de Justiça e ao Superior Tribunal de Justiça) foram de unificação das penas por incidência da continuidade delitiva, é nisso que o presente *habeas corpus* se focará, sem prejuízo, repita-se, da concessão da ordem de ofício para o trancamento dos outros processos, considerando-se a existência de crime único. Após a concessão da ordem de ofício, deveriam remanescer apenas as execuções 1 e 3 (que diz respeito a fatos diversos), declarando-se extinta a punibilidade pelo integral cumprimento” (grifos no original; pág. 5 do documento eletrônico 17).

Informa que “[o] primeiro pedido de unificação de penas foi feito no ano de 2012”, indeferido (pág. 6 do documento eletrônico 1).

Inconformada, a defesa interpôs agravo em execução, desprovido pela 5ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão assim ementada:

“AGRAVO EM EXECUÇÃO. Unificação de penas. Art. 71

não adotou a teoria objetiva. Requisitos presentes no referido dispositivo devem ser considerados para analisar a existência de elo subjetivo entre os delitos, concluindo-se se um decorreu do outro. Nesse diapasão, atente-se que as receptações foram praticadas em contextos diferentes, contra vítimas diferentes, não se podendo dizer, inclusive, que uma se deu em desdobramento das anteriores, restando claro o não cabimento do art. 71 do Código Penal. Negado provimento ao recurso” (pág. 32 do documento eletrônico 13).

Ainda irresignada, impetrou *writ* no Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que o Ministro Relator negou seguimento ao pedido em 16/8/2013.

É contra essa última decisão que se insurge a impetrante.

Afirma, em síntese, os seguintes motivos para concessão da ordem:

“1) Ainda que se adote a teoria subjetiva em relação ao crime continuado, resta evidente, no presente caso, que os ‘diversos’ crimes são relacionados (na verdade, como já se disse, trata-se de um único delito).

2) Não há necessidade de análise probatória para se conceder a ordem. Basta a leitura das denúncias, cujos principais trechos constam da petição para facilitar a análise do pedido liminar.

3) É absolutamente desproporcional manter a pena da paciente em mais de 30 anos. Nem se ela tivesse cometido o crime de latrocínio sua pena seria tão alta assim” (págs. 8-9 do documento eletrônico 1).

Requer, ao final, que se determine liminarmente a suspensão das execuções criminais da paciente e, no mérito, o deferimento do pedido

“para trancar os processos criminais relacionados ao fato

do dia 16/12/2004 (com exceção do 438/04, que foi o primeiro a apurar esse crime) e, conseqüentemente, para extinguiam-se as execuções 1, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, por incidir a litispendência. Após a concessão da ordem de ofício, deveriam remanescer apenas as execuções 1 e 3 (que diz respeito a fatos diversos), declarando-se extinta a punibilidade pelo integral cumprimento.

Subsidiariamente, deve-se conceder a ordem para se reconhecer a existência de continuidade delitiva entre as execuções 1 a 10 (com exceção da 3), devendo-se aplicar, nos termos do art. 71 do CP, a majoração de 1/6 sobre a pena de 5 anos (maior pena), restando definitiva em 5 anos e 10 meses, declarando-se extinta a punibilidade pelo integral cumprimento” (pág. 9 do documento eletrônico 1).

É o relatório suficiente. Decido.

Eis o teor da decisão impugnada, no que importa:

“Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em benefício de ROMEIA PEREIRA DA SILVA, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou provimento ao Agravo em Execução interposto pela defesa, nos termos da seguinte ementa:

‘AGRAVO EM EXECUÇÃO. Unificação de penas. Art. 71 não adotou a teoria objetiva. Requisitos presentes no referido dispositivo devem ser considerados para analisar a existência de elo subjetivo entre os delitos, concluindo-se se um decorreu do outro. Nesse diapasão, atente-se que as receptações foram praticadas em contextos diferentes, contra vítimas diferentes, não se podendo dizer, inclusive, que uma se deu em desdobramento das anteriores, restando claro o não cabimento do art. 71 do Código Penal. Negado provimento ao recurso’ (fl. 32).

Em suas razões, a Defensoria Pública sustenta a ocorrência de evidente constrangimento ilegal, sob o fundamento de que,

ao revés do consignado no aresto impugnado, mostram-se presentes todos os requisitos necessários para o reconhecimento da continuidade delitiva dos crimes perpetrados, não podendo se valer as instâncias ordinárias de elementos não previstos em lei, tais como a diversidade de vítimas e ausência de liame subjetivo.

Defende, outrossim, que a legislação brasileira adotou, quanto ao tema, a teoria objetiva, 'o que significa que os requisitos necessários à configuração da continuidade delitiva são tão somente aqueles previstos no Código Penal: semelhança de tempo, local, modo de execução e outras circunstâncias' (fl. 11).

Requer, assim, a concessão da ordem, a fim de que determine-se que as penas aplicadas aos crimes de receptação trazidos nas execuções 01, 02, 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 10 sejam unificadas, nos termos do artigo 71 do Código Penal.

O pedido de liminar foi indeferido (fls. 47 a 48).

Prestadas informações, o MPF opinou pela não conhecimento da ordem, e, caso conhecida, por sua denegação (fls. 99 a 103).

É o relatório.

O pleito deduzido na inicial não comporta conhecimento na via eleita, já que formulado em flagrante desrespeito ao sistema recursal vigente no âmbito do Direito Processual Penal pátrio.

Nos termos do artigo 105, inciso I, alínea 'c', da Constituição Federal, este Superior Tribunal de Justiça é competente para processar e julgar, de forma originária, os habeas corpus impetrados contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição e de Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica; ou quando for coator ou paciente as autoridades elencadas na alínea 'a' do mesmo dispositivo constitucional, **hipóteses incorrentes na espécie**.

Por outro lado, prevê o inciso III do artigo 105 que o Superior Tribunal de Justiça é competente para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última

instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, nas hipóteses descritas de forma taxativa nas suas alíneas 'a', 'b' e 'c'. Esse Superior Tribunal de Justiça, com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, firmou entendimento no sentido de que o atual estágio em que se encontra a sociedade brasileira clama pela racionalização da utilização dessa ferramenta importantíssima para a garantia do direito de locomoção, que é o *habeas corpus*, de forma a não mais admitir que seja empregada para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico, **exatamente como ocorre no caso em exame.**

Cumprido observar que, em se tratando de direito penal, destinado a recuperar as mazelas sociais e tendo como regra a imposição de sanção privativa de liberdade, o direito de locomoção, sempre e sempre, estará em discussão, ainda que de forma reflexa, mas tal argumento não pode mais ser utilizado para que todas as matérias que envolvam a *persecutio criminis in iudicio* até a efetiva prestação jurisdicional sejam trazidas para dentro do *habeas corpus*, cujas limitações cognitivas podem significar, até mesmo, o tratamento inadequado da providência requerida.

Com estas considerações e tendo em vista que a impetração se destina a atacar acórdão proferido em sede de agravo em execução, contra o qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Segundo consta dos autos, o juízo das execuções indeferiu pedido de unificação das penas feito em favor da paciente, considerando que as circunstâncias em que praticados os vários

crimes não demonstravam se tratar de continuidade delitiva. Segundo a decisão (fls. 39 a 40):

'A sentenciada foi condenada em nove execuções por receptação qualificada. A 3ª execução refere-se a um furto. Ao contrário, do alegado pela Defesa apenas as condenações das 1ª, 2ª, 5ª e 10ª execuções ocorreram no mesmo dia. E mesmo assim, trata-se, nitidamente, de reiteração criminosa, com desígnios autônomos e não de continuação delitiva. A sentenciada elegeu o crime como seu meio de vida. (...) A sentenciada não pode, por isso, ser beneficiada com a redução de pena determinada por continuação inexistente. A só consideração da proximidade temporal entre os ilícitos e a só identidade do 'modus operandi' não bastam para justificar a pretendida unificação de penas, pois a continuidade delitiva pressupõe uma relação de interdependência ou de desdobramento entre as ações criminosas, umas interligadas às outras, de tal sorte que a habitualidade se opõe à continuidade. Assim sendo, ausentes os requisitos do artigo 71 do Código Penal, indefiro o pedido de unificação de pena formulado em favor da sentenciada Romeia Pereira da Silva, qualificada nos autos'.

O Tribunal *a quo* manteve esse entendimento em acórdão com a seguinte ementa (fls. 31/38):

[...]

Com efeito, na esteira da jurisprudência do STJ, para a caracterização da continuidade delitiva, *ex vi* do art. 71 do CP, é imprescindível o preenchimento de requisitos tanto objetivos - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - quanto subjetivos - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Na hipótese em apreço, as instâncias ordinárias, fundamentadamente, verificaram que a paciente não os preenchia e, por isso, negaram o pedido de unificação.

Mostra-se inviável, na via eleita, concluir em sentido diverso, principalmente diante da insuficiência de elementos probatórios que permitam a formação da convicção necessária para atender a demanda da impetrante.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de

HC 138225 / SP

Justiça, afigura-se incabível, nos estreitos limites do *habeas corpus*, um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas contidos nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

[...]

Ante o exposto, nega-se seguimento ao *habeas corpus*, nos termos dos arts. 38 da Lei nº 8.038/90 e 34, inciso XVIII, do Regimento Interno deste STJ” (grifos no original; págs. 105-108 do documento eletrônico 13).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é forte no sentido de que a superação da Súmula 691 somente se justifica nos casos de flagrante teratologia, ilegalidade manifesta ou abuso de poder, situações nas quais não se enquadra a decisão impugnada.

Ainda que em juízo de mera delibação, não é possível aferir, no *decisum* questionado, situações aptas a justificar a superação do referido verbete.

Infere-se, entretanto, que o Ministro Jorge Mussi ao analisar a impetração no STJ apreciou somente os requisitos autorizadores daquela excepcional medida e concluiu pela inexistência deles.

Não há nesse ato nenhuma ilegalidade flagrante ou teratologia que justifiquem a concessão da ordem, sendo certo que não se pode utilizar “o *habeas corpus* para realizar novo juízo de reprovabilidade, ponderando, em concreto, qual seria a pena adequada ao fato pelo qual condenado o Paciente” (HC 94.655/MT, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Tal circunstância impede o exame do tema pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de incorrer-se em supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal.

HC 138225 / SP

No mesmo sentido, cito, entre outros, os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Tribunal: 95.864/SE, Rel. Min. Cármen Lúcia; HC 95.679/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie.

A impetrante também postula o reconhecimento da continuidade delitiva entre todos os crimes de roubo, os consumados e o tentado.

Também não tem razão, contudo.

Isso porque o acórdão ora atacado está em perfeita consonância com o entendimento firmado pelas duas Turmas desta Corte, no sentido de que

“não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro”, sendo certo, ainda, que “o entendimento desta Corte é no sentido de que a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar o crime continuado” (RHC 93.144/SP, Rel. Min. Menezes Direito).

No mesmo sentido, cito, ainda, entre outros, os seguintes julgados: RHC 85.577/RJ e HC 101.049/RS, ambos de relatoria da Min. Ellen Gracie; HC 99.505/MG, Rel. Min. Eros Grau; HC 98.647/RS, Rel. Min. Ayres Britto; HC 105.743/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 94.970/RS, de minha relatoria.

Transcrevo, por oportuno, trecho do voto condutor do acórdão da 5ª Câmara Criminal do TJSP que esclarece a questão:

“[...]”

Cuida-se de agravo em execução interposto por Romeia Pereira da Silva contra a r. decisão que indeferiu seu pedido de unificação de penas formulado, entendendo tratar-se de mera reiteração delitiva, não havendo que se falar em continuidade delitiva.

Primeiramente, cabe salientar, que, respeitando a combativa Defensoria, não cabe dizer que em seu art. 71, o Código Penal adotou a Teoria Objetiva em relação ao crime continuado, pois, após uma atenta leitura de referido dispositivo observa-se que as 'condições objetivas' são, na verdade, apenas um meio de se verificar se os crimes subseqüentes são continuação do primeiro, não podendo haver uma simples presunção do mesmo.

Assim, não há que se falar que em todos os casos que haja crimes de mesma espécie cometidos com semelhança de tempo, lugar, espaço e *modus operandi*, exista uma imposição legal determinando que um crime deva ser visto como continuação do outro, na verdade, como já salientado, deve-se analisar caso a caso, para verificar se existe um elo subjetivo entre os delitos, e se o agente comete um crime objetivando o cometimento do próximo, sendo que somente neste caso poderá se falar em crime continuado.

[...]

Destarte, quando o Juiz se deparar com uma situação na qual, claramente, ocorra uma adoção pelo agente da prática de crimes como uma 'profissão', sem haver nexos subjetivo entre os delitos, não pode reconhecer a continuidade delitiva, pois, reiteração delitiva não pode ser confundida com crime continuado.

É claro que um criminoso profissional, que já adotou a ilicitude como meio de sustento e que já tenha uma boa experiência na prática de delitos, vai cometer crimes de mesma espécie e com o mesmo *modus operandi*, porém, este não pode ser beneficiado pela sua maior imersão na criminalidade.

[...]

Neste diapasão, cabe salientar que os delitos de

receptação cometidos pela recorrente, embora praticados mediante ações similares em alguns aspectos e em curto espaço de tempo, foram contra vítimas diferentes (fls. 20/23), não se podendo falar em única ofensa à norma jurídica.

Restando, assim, claro que não há qualquer indício de que um delito foi continuação do outro, pois, totalmente independentes, não havendo aproveitamento de um para a consumação do outro” (grifei; págs. 64-67 do documento eletrônico 13).

Como visto, o paciente foi reconhecido como criminoso habitual, uma vez que faz do crime seu *modus vivendi*. É assente na doutrina e na jurisprudência que “quem faz do crime a sua atividade comercial, como se fosse uma profissão, incide na hipótese de habitualidade, ou de reiteração delitiva, que não se confundem com a da continuidade delitiva” (HC 71.940/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Com efeito, para se chegar a conclusão diversa à do acórdão ora atacado, seria necessário o revolvimento de fatos e provas, impossível na via estreita do *habeas corpus*.

Isso porque para a verificação dos requisitos configuradores da continuidade delitiva, independentemente da discussão acerca da teoria adotada pelo Código Penal no que concerne ao tema, afigura-se imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório, impraticável nesta sede.

Aliás, diversos são os precedentes desta Casa que convergem no mesmo sentido, conforme se verifica das seguintes ementas:

“HABEAS CORPUS. PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. REQUISITOS. TEORIAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

I – A verificação de requisitos configuradores da continuidade delitiva, independentemente da discussão a respeito de qual teoria o Código Penal adotou – se a subjetiva, a objetiva ou a objetiva-subjetiva – demanda, necessariamente, o revolvimento de matéria fático-probatória.

II – O *habeas corpus*, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser empregado como sucedâneo de revisão criminal.

III – Ordem denegada” (HC 95.006/RJ, de minha relatoria – grifos meus).

“*HABEAS CORPUS*. Inadmissibilidade. Execução. Crime continuado. Unificação de penas. Art. 71 do Código Penal. Exame da existência dos requisitos de tempo, lugar e maneira de execução, bem como da unidade de desígnios. Impossibilidade na via estreita do remédio constitucional. Matéria de prova. Pedido denegado. Precedentes. *Habeas corpus* não é a ação ou via adequada para cognição da existência dos requisitos subjetivos e objetivos da unificação de penas” (HC 89.097/MS, Rel. Min. Cezar Peluso).

“CRIME CONTINUADO. TEORIA OBJETIVA-SUBJETIVA. OBJEÇÕES.

1. Hipótese que prescinde da discussão sobre a prevalência de uma ou outra das teorias, já que as instâncias ordinárias, examinando os fatos, reconheceram a inexistência de dados objetivos e ausência da unidade de desígnio (dado subjetivo), reexame inadmissível no âmbito do *writ*.

2. HC indeferido” (HC 86.892/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).

“*HABEAS CORPUS*. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEFICIÊNCIA DA QUESITAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA OPORTUNAMENTE (CPP, ART. 571, VIII). PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA PELA DEFESA NA SESSÃO PLENÁRIA DO JÚRI. ATRIBUIÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE (ART. 497, IV E XI,

DO CPP). CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71). RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. INVIABILIDADE.

1. Em se tratando de suposto vício ocorrido na sessão do júri, deveria ter sido suscitado de imediato pela defesa, conforme estabelece o art. 571, VIII, do CPP. Entretanto, essa insurgência só foi veiculada nas razões do recurso de apelação, tornando a matéria preclusa. Precedentes.

2. A teor do que dispõe o art. 497, IV e XI, do CPP, não há falar em usurpação da competência do corpo de jurados o indeferimento de diligência formulada pela defesa e considerada, pelo Juiz Presidente, protelatória e desnecessária, sobretudo quando não há notícia de inconformismo por parte de algum membro do conselho de sentença. Precedentes.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, abalizada por parcela da doutrina especializada, são requisitos necessários para caracterização da continuidade delitiva, à luz da teoria objetivo-subjetiva: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de desígnios.

4. No caso, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação jurídica idônea no sentido de que ficou comprovado que o paciente agiu movido por desígnios diferentes. Sendo esse o quadro, é inviável proceder ao reexame do suporte probatório que fora levado em consideração para rejeitar a existência do elemento subjetivo. Precedentes.

5. Não é viável, na via estreita do *habeas corpus*, o reexame dos elementos de convicção considerados pelo magistrado sentenciante na avaliação das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. O que está autorizado é apenas o controle da legalidade dos critérios utilizados, com a correção de eventuais arbitrariedades. No caso, entretanto, não se

HC 138225 / SP

constata qualquer vício apto a justificar o redimensionamento da pena-base. Precedentes.

6. Ordem denegada” (HC 110002/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki).

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Continuidade delitiva. Pleito de unificação das penas. Impossibilidade. Reiteração delitiva. Desígnios autônomos. Teoria objetivo-subjetiva ou mista. Precedentes. 3. Recurso ao qual se nega provimento” (RHC 117.702/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes).

Isso posto, com base no art. 21, § 1º, do RISTF, nego seguimento a este *writ*. Prejudicado o exame da medida liminar.

Publique-se.

Brasília, 9 de novembro de 2016.

Ministro Ricardo Lewandowski
Relator