



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.673 - RS (2013/0332249-2)

RELATOR : **MINISTRO JORGE MUSSI**
IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILSON FERREIRA DA CRUZ

EMENTA

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do *habeas corpus*, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.

2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de apelação criminal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.

3. 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.

HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO E TENTADO. NULIDADE DA AÇÃO PENAL. SISTEMA ACUSATÓRIO. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N.º 11.690/2008. EIVA RELATIVA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO CONCRETO À DEFESA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. A nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, em vigor a partir de agosto de 2008, determina que as vítimas, testemunhas e o interrogado sejam questionados diretamente pelas partes, possibilitando ao magistrado complementar a inquirição quando entender necessário quaisquer esclarecimentos.

2. É cediço que no terreno das nulidades no âmbito do processo penal vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

verificadas no caso concreto.

3. Eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, devendo ser arguido no momento processual oportuno, com a demonstração da ocorrência do dano sofrido pela parte, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief* positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal.

4. Na hipótese em apreço, o ato impugnado atingiu a sua finalidade, ou seja, as provas requeridas foram produzidas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa constitucionalmente garantidos, motivo pelo qual não houve qualquer prejuízo efetivo ao paciente.

CONCURSO DE CRIMES. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. Evidenciado que os homicídios foram praticados com desígnios autônomos, configura-se o concurso material, e não a continuidade delitiva.

2. *Habeas corpus* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de maio de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.673 - RS (2013/0332249-2)

IMPETRANTE : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE : GILSON FERREIRA DA CRUZ

RELATÓRIO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de GILSON FERREIRA DA CRUZ apontando como autoridade coatora o Segundo Grupo Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que negou provimento à Apelação Criminal n.º 70054573811.

Narra a impetração que o paciente foi condenado à pena de 20 (vinte) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados no art. 121, § 2.º, II, III e IV, e no art. 121, § 2.º, V, combinado com o art. 14, II, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

Inconformada, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual o Tribunal a *quo* negou provimento.

Daí o presente *mandamus*, no qual a impetrante sustenta que a sessão de julgamento, realizada em 21.3.2013, seria nula, pois não se teria observado a regra constante do art. 212 do Código de Processo Penal.

Afirma que a defesa teria sofrido prejuízo na medida em que lhe teria sido retirada a possibilidade de produção de provas, bem como o Juiz teria contaminado a sua imparcialidade.

Alternativamente, defende que, *in casu*, se trataria de continuidade delitiva, pois os crimes seriam da mesma espécie e praticados nas mesmas condições de tempo, modo e lugar.

Requer a concessão da ordem, *in limine*, a fim de que seja declarada a nulidade da ação penal desde a sessão de julgamento na qual o paciente restou condenado. Pretende, alternativamente, o reconhecimento da continuidade delitiva na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

espécie.

A liminar foi indeferida às fls. 763/765.

A autoridade apontada como coatora prestou informações 776/780.

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 812/817, opinou pelo não conhecimento do *writ* e, caso conhecido, pela denegação da ordem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 278.673 - RS (2013/0332249-2)

VOTO

MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): 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 não ocorrentes 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**.

Cumpre 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 apelação criminal, 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.

No tocante à pretendida anulação do processo em decorrência da alegada inobservância da ordem de inquirição das testemunhas prevista no artigo 212 do Código de Processo Penal razão não assiste à impetrante.

A Lei n.º 11.690, que entrou em vigor a partir de 9 de agosto de 2008, introduziu algumas modificações no regulamento da prova testemunhal, dando nova redação ao artigo 212 do Código de Processo Penal nos seguintes termos:

*Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.
Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.*

Da leitura do mencionado dispositivo legal, observa-se que as alterações promovidas pela referida legislação trouxeram o método de exame direto e cruzado da prova oral, abolindo o antigo sistema presidencial quanto à formulação das perguntas e reperguntas por parte do juiz, inerente ao processo inquisitório, adotando, assim, o sistema adversarial anglo-americano, consistente primeiramente no *direct-examination* - por parte de quem arrolou - e posteriormente no *cross-examination* - sendo submetido à parte contrária -, de tal sorte que ao magistrado cabe apenas a complementação da inquirição sobre os pontos não esclarecidos, ao final, caso entenda necessário.

Não se pode olvidar, entretanto, que no terreno das nulidades vige o sistema da instrumentalidade das formas, no qual se protege o ato praticado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desacordo com o modelo legal caso tenha atingido a sua finalidade, cuja invalidação é condicionada à demonstração do prejuízo causado à parte, ficando a cargo do magistrado o exercício do juízo de conveniência acerca da retirada da sua eficácia, de acordo com as peculiaridades verificadas no caso concreto.

Assim, para a declaração da nulidade de determinado ato processual, não basta a mera alegação da ausência de alguma formalidade na sua execução, sendo imperiosa, repita-se, a demonstração do eventual prejuízo concreto suportado pela parte na sua omissão, mormente quando se alcança a finalidade que lhe é intrínseca, conforme dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, confira-se lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: pas de nullité sans grief. (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 25.)

Embora não haja dúvida de que a citada inovação legislativa tenha se aproximado do sistema acusatório, a iniciativa da inquirição das testemunhas diretamente pelo magistrado, por si só, não é capaz de macular o ato processual, já que a sua finalidade foi alcançada com colheita da prova regularmente submetida ao crivo do contraditório, não havendo ofensa, portanto, ao devido processo legal constitucionalmente garantido.

Nessa ordem de ideias, eventual inobservância à ordem estabelecida no artigo 212 do Código de Processo Penal caracteriza vício relativo, o qual deve ser arguido no momento processual oportuno, juntamente com a demonstração da ocorrência efetiva do prejuízo sofrido, sob pena de preclusão, porquanto vige no cenário das nulidades o brocado *pas de nullité sans grief*, positivado na letra do artigo 563 do Código de Processo Penal, pelo qual em matéria penal nenhuma nulidade será declarada se não demonstrado o dano suportado pela parte.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, Magalhães Noronha observa:

*O princípio básico do Código é enunciado logo de início no título referente às nulidades: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa' (art. 563). É o **pas de nullité sans grief**. Não existe nulidade desde que da preterição legal não haja resultado prejuízo para uma das partes. Este inexistente quando foi alcançado o fim que a lei tem em vista. Tanto ele pode ocorrer em relação ao acusador, como ao acusado ou à Justiça.*

Não é ele, em regra, presumível, demonstra-se.

A razão ou fundamento desse princípio é natural e fácil de encontrar-se: é que a decretação da nulidade - lembrando-nos agora da aplicação da pena - é um mal, devendo, então, reservar-se para aqueles casos em que realmente legítimos interesses das partes ou da Justiça foram lesados.

A demonstração do prejuízo faz-se pelo raciocínio ou pelos meios ordinários de prova. A demonstração por aquele dispensa estes, pois trata-se, então, de fato notório e evidente. Na maior parte das vezes é ele demonstrado por essa forma, isto é, pelo raciocínio. Quando assim não aconteça, incumbe ao prejudicado a demonstração do prejuízo, pelos meios usuais de prova: testemunhas, documentos, exames etc. (Curso de direito processual penal. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 440.)

Por oportuno, colaciona-se o seguinte julgado deste Sodalício:

HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUNAL DO JÚRI. RECUSA. JURADOS. ACUSAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.

(...)

3. Instaurada a sessão plenária com o número de jurados legalmente exigido, é desinfluyente a posterior dispensa de jurados em quantidade que não impede o direito de recusa das partes e a correta formação do Conselho de Sentença.

4. Possíveis irregularidades havidas no sorteio dos jurados, por constituírem nulidade relativa, devem ser arguídas em momento oportuno, sob pena de preclusão.

5. **Em tema de nulidades, vige o princípio pas de nullité sans grief (art. 563 do CPP), cabendo ao interessado demonstrar objetivamente o prejuízo suportado pelo ato que aponta como processualmente inválido, o que não ocorreu na hipótese.**

6. Habeas corpus não conhecido. (HC 217.542/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

06/09/2013.)

A sustentar que a inobservância das alterações promovidas pela Lei n.º 11.690/2008 no artigo 212 do Código de Processo Penal configura nulidade relativa, destaca-se o posicionamento doutrinário de Guilherme de Souza Nucci:

a) qualquer dos sistemas escolhidos não autoriza, em hipótese alguma, considerar o outro como falha irreparável ao processo, logo, nulidade absoluta. Adotar essa visão significa um retrocesso inimaginável na estrutura do moderno processo penal brasileiro, que busca celeridade, economia processual e respeito aos direitos individuais. Pregar a nulidade de toda a instrução porque o juiz inquiriu em primeiro lugar e as partes, depois; ou porque as partes o fizeram em primeiro plano e o magistrado, na sequência, quer demonstrar ser o processo um fim em si mesmo. Não se trataria de um meio para se conseguir a aplicação da lei penal com justiça, respeitado o devido processo legal. Tratar-se-ia de privilegiar o rito, conferindo-lhe vida própria, a despeito de absolutamente nenhum prejuízo resultar às partes. Um depoimento colhido por todos os atuantes na audiência, constituído por conteúdo irreparável, detalhado e rico em elementos para apuração da verdade, jamais merecerá ser anulado e refeito porque houve pretensa 'inversão' na ordem de inquirição, em particular quando essa disputa advém de texto de lei mal redigido, com dupla interpretação doutrinária e sem envolver dano algum à acusação ou à defesa. (Código de Processo Penal Comentado. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 484/485.)

Ademais, a respeito do tema, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do HC n.º 103.525/PE, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, entendeu que a inversão na ordem das perguntas formuladas às testemunhas não alteraria o sistema acusatório, ressaltando tratar-se de eiva relativa, cujo reconhecimento somente seria possível com a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, consoante veiculado no Informativo n.º 594, de 2 a 6 de agosto de 2010, da Corte Constitucional:

Audiência de Instrução: Inversão na Formulação de Perguntas e Nulidade

A Turma indeferiu habeas corpus em que se objetivava a anulação da audiência de instrução e julgamento e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conseqüentemente, da sentença condenatória proferida contra o paciente. A impetração sustentava a existência de nulidade absoluta, consistente na inversão da ordem de inquirição das testemunhas, pois a magistrada de 1º grau teria feito suas perguntas em primeiro lugar para, somente depois, permitir que as partes o fizessem. Salientou-se, de início, tratar-se de vício sujeito à sanção de nulidade relativa, que deveria ser argüido oportunamente, o que não ocorrera, daí a superveniência da preclusão. Ademais, não teria sido demonstrado prejuízo concreto decorrente da alegada nulidade, pois a inversão da ordem do sistema de perguntas diretas, previsto no art. 212 do CPP (“Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.”), não alteraria o sistema acusatório. Nesse sentido, a decretação de nulidade a partir desse fato seria considerar o processo um fim em si mesmo, e não um meio para se conseguir a aplicação da lei penal. No ponto, divergiu o Min. Marco Aurélio, por entender que a forma prevista no citado artigo seria essencial e que o prejuízo estaria certificado na sentença condenatória. Contudo, tendo em conta a organicidade do Direito, asseverou que a inobservância de forma prevista em lei, como essa alusiva ao interrogatório, encerraria nulidade relativa. Por sua vez, não houvera o insurgimento da defesa no momento próprio, o que implicara preclusão.

HC 103525/PE, rel. Min. Cármen Lúcia, 3.8.2010. (HC-103525).

Tal entendimento já se encontra sedimentado na jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, conforme se infere dos seguintes precedentes:

HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2.º, INCISO I E II (POR QUATRO VEZES), NA FORMA DO ART. 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. CONDENAÇÃO. INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. INVERSÃO DA ORDEM PREVISTA NO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECEDENTES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E PESSOAL. RATIFICAÇÃO EM JUÍZO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. REPARAÇÃO PELOS DANOS CAUSADOS À VÍTIMA PREVISTA NO ART. 387, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. PREJUDICIALIDADE NO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 231 DESTA CORTE. ARMA DE FOGO. EXAME PERICIAL.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IMPOSSIBILIDADE. NÃO APREENSÃO DO INSTRUMENTO. DISPENSABILIDADE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO, QUANDO PROVADO O SEU EMPREGO NA PRÁTICA DO CRIME. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE, NO JULGAMENTO DO ERESP N.º 961.863/RS. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MENOS GRAVOSO. SENTENCIADOS EM CUMPRIMENTO DE PENA POR OUTROS PROCESSOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PARA A DETERMINAÇÃO DO NOVO REGIME PRISIONAL. ART. 111 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA.

1. Conforme a orientação deste Superior Tribunal de Justiça, a inquirição das testemunhas pelo Juiz antes que seja oportunizada a formulação das perguntas às partes, com a inversão da ordem prevista no art. 212 do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa. Assim, sem a demonstração do prejuízo, nos termos exigidos pelo art. 563 do mesmo Codex, não se procede à anulação do ato.

(...)

10. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 191.724/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 25/10/2013.)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E RESPECTIVA ASSOCIAÇÃO, PORTE DE ARMA. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ORDINÁRIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) COLIDÊNCIA DE DEFESAS. DEFESA PRELIMINAR. MERA REFERÊNCIA EXCULPATÓRIA. AUSÊNCIA DE INCRIMINAÇÃO DO PACIENTE. EIVA. NÃO OCORRÊNCIA. (2) PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. INTERROGATÓRIO EFETUADO CONFORME A RESOLUÇÃO Nº 042/2007, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. (3) AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ART. 212 DO CPP. ORDEM DAS PERGUNTAS. MAGISTRADO QUE PERGUNTA PRIMEIRO. NULIDADE RELATIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO (RESSALVA DE ENTENDIMENTO DA RELATORA). (4) DOSIMETRIA DA PENA. (A) PENA-BASE. INCREMENTO. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. REDIMENSIONAMENTO PARA O MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. (B) MINORANTE DO § 4.º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. BONS ANTECEDENTES E ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. COMPATIBILIDADE. PACIENTE CONDENADO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO PARA DIMINUIR A PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS.

(...)

4. O entendimento que prevalece nesta Corte é de que, invertida a ordem de perguntas, na colheita de prova testemunhal (CPP, art. 212, redação conferida pela Lei n. 11.690/2008), tem-se caso de nulidade relativa, a depender de demonstração de prejuízo - o que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*não se apontou. Ressalva de entendimento da Relatora.
(...)*

7. Ordem não conhecida, expedido habeas corpus de ofício para reduzir a pena do crime de tráfico de drogas para cinco anos de reclusão e quinhentos dias-multa, fixados em 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidas híidas as penas pelos crimes dos artigos 35 da Lei 11.343/2006 e 16 da Lei 10.826/2003, nos autos da ação penal n. 035080039858, da 7ª Vara Criminal Privativa de Delitos de Tóxicos e Entorpecentes. (HC 181.100/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 25/09/2013.)

Na hipótese, não há como negar que o ato cumpriu sua finalidade, ou seja, as provas requeridas foram produzidas, sendo oportunizada às partes, ainda que em momento posterior, a formulação de questões às testemunhas ouvidas, sendo observados, portanto, os princípios do contraditório e da ampla defesa garantidos constitucionalmente, motivo pelo qual não há que se falar em prejuízo ao acusado.

No que tange à alegada continuidade delitiva, melhor sorte não assiste à impetrante.

Segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, o crime continuado, previsto no art. 71 do CP, é ficção jurídica criada para beneficiar o criminoso que, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, que, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras, os subsequentes poderão ser considerados como continuação do primeiro, aplicando-se a pena de um só dos crimes, se idênticas (crime continuado homogêneo), ou a mais grave, se diversas (crime continuado heterogêneo), aumentada, em qualquer hipótese, de 1/6 a 2/3 (crime continuado próprio). Se dolosos os delitos e cometidos contra vítimas diferentes, com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, "*poderá o Juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código*" - é a continuidade delitiva específica, prevista no parágrafo único do art. 71 do CP.

Na esteira de julgados desta Corte Superior, para a caracterização da continuidade delitiva, prevista no art. 71 do Código Penal, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos; adotou-se a Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva.

Nesse sentido, confira-se:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CÁRCERE PRIVADO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONCURSO MATERIAL. SUBSTITUIÇÃO PELA REGRA DO CRIME CONTINUADO. VERIFICAÇÃO DE REQUISITOS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. TRIBUNAL DO JÚRI. MAIOR CAUTELA. NOVO JULGAMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. PLEITOS PREJUDICADOS. ORDEM DENEGADA.

I. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios).

II. Fator primordial, impeditivo da análise da tese defensiva na via do habeas corpus, está relacionado ao requisito subjetivo da existência de unidade de desígnios entre as condutas, o que, de plano, não se pode confirmar na hipótese dos autos.

III. Se as instâncias ordinárias, às quais é privativa a análise minuciosa dos fatos e provas, reconheceram o concurso material e afastaram o crime continuado, ressaltando a diversidade de desígnios, não resta evidenciado constrangimento ilegal.

[...]

VIII. Ordem denegada. (HC n.º 151.012/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, julgado em 23-11-2010, DJe 6-12-2010.)

Segundo consta dos autos, no dia 29.4.2011 o paciente chamou Rita de Fátima Borges para uma conversa, que compareceu ao local marcado na companhia de seu filho, Rodrigo Borges.

O paciente pediu a Rodrigo para ficar a sós com Rita, o que foi atendido.

Subitamente, o acusado sacou uma faca e passou a golpear Rita, que começou a gritar, razão pela qual seu filho aproximou-se para defendê-la, tendo sido impedido por aquele, que efetuou disparos de arma de fogo em sua direção, obrigando-o a fugir.

Com a vítima já caída, o agente a degolou e, ainda, a alvejou com dois disparos de arma de fogo.

Da leitura dos fatos narrados, mostra-se incabível o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto, a despeito de preenchidos os requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução –, não se constata a presença do requisito subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ou seja, embora os dois crimes de homicídio (um consumado e um tentado) tenham sido praticados no mesmo contexto fático, resultaram de desígnios autônomos, pois, segundo o aresto apontado como coator, o paciente matou Rita com diversas facadas e dois tiros, por não aceitar o término do relacionamento que mantinham, tendo tentado ceifar a vida de Rodrigo para garantir a consumação do primeiro delito.

A propósito, deste Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) HOMICÍDIOS E HOMICÍDIO TENTADO. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO (3) WRIT NÃO CONHECIDO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial.

2. Este Tribunal Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos, como no caso dos autos. Ademais, para se concluir de maneira diversa demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ, eis que o Tribunal a quo concluiu pela existência de desígnios autônomos.

3. Writ não conhecido. (HC 214.406/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 29/08/2013, DJe 12/09/2013.)

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS. CONCURSO MATERIAL. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS RECONHECIDOS. 3. PLEITO DE APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL PERFEITO E CONTINUIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO DE PROVAS. INVIABILIDADE DO WRIT. 4. ORDEM NÃO CONHECIDA. (...)

2. Inexiste ilegalidade flagrante no tocante ao reconhecimento do concurso material de crimes, pois, consoante se depreende da sentença, o Juiz Presidente, em estrita observância ao decidido pelo Conselho de Sentença, reconheceu que "o réu, mediante mais de uma ação, praticou três crimes idênticos contra vítimas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diversas", o que coaduna com a previsão contida no art. 69 do Código Penal, visto que a conduta, segundo se apurou, teria sido dirigida finalisticamente para a produção de todos os resultados, conclusão essa impossível de se rechaçar sem que se proceda minucioso cotejo probatório no intuito de aferir o elemento subjetivo que conduziu a ação do agente, providência vedada na via do habeas corpus.

3. Também para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se imprescindível a verificação da presença dos requisitos necessários à sua aplicação, o que implica, necessariamente, no reexame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório, medida essa incompatível com a exígua via do mandamus.

4. Habeas corpus não conhecido. (HC 250.621/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012.)

Além disso, ressalte-se que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, mostra-se incabível, nos estreitos limites do remédio constitucional, um maior aprofundamento na apreciação dos fatos e provas constantes nos processos de conhecimento para a verificação do preenchimento das circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado.

Nesse diapasão:

HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. VÍTIMAS DISTINTAS. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT.

1. Consoante entendimento desta Corte, para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi) e subjetivo (unidade de desígnios).

2. Na hipótese dos autos, apesar de terem sidos cometidos nas mesmas condições de tempo, lugar, e maneira de execução, os delitos foram praticados contra vítimas diferentes, com desígnios autônomos, pois, conforme constata-se do acórdão impugnado, um crime não poderia ser considerado continuação do outro já que, no primeiro, agiu por motivo fútil e, no segundo, buscava assegurar a execução e a impunidade em relação ao primeiro, agindo de surpresa.

3. Afastada pelas instâncias ordinárias a ideia de crime continuado para acolher-se a tese da concurso material de crimes, o reconhecimento da existência, ou não, dos elementos objetivos e subjetivos para a configuração da continuidade delitiva não pode ser objeto de análise em sede de habeas corpus, pois demandaria revolvimento de todo o conjunto fático-probatório, o que é inviável na via eleita.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. *Habeas corpus não conhecido. (HC 192.436/MT, Rel. Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 19/10/2012.)*

Não se constatando, portanto, qualquer ilegalidade passível de ser sanada mediante a atuação de ofício por parte desta Corte Superior de Justiça, **não se conhece** do *habeas corpus*.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2013/0332249-2

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 278.673 / RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 04221100003785 4221100003785 70048157952 70049393390 70054573811

EM MESA

JULGADO: 20/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **JORGE MUSSI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO AURÉLIO BELLIZZE**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE**

Secretário

Bel. **LAURO ROCHA REIS**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PACIENTE	: GILSON FERREIRA DA CRUZ

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a vida - Homicídio Qualificado

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.