

16/09/2008

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CARLOS BRITTO**  
**PACIENTE(S)** : MILTON ARAÚJO CARDOSO  
**IMPETRANTE(S)** : MILTON ARAÚJO CARDOSO  
**COATOR(A/S) (ES)** : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

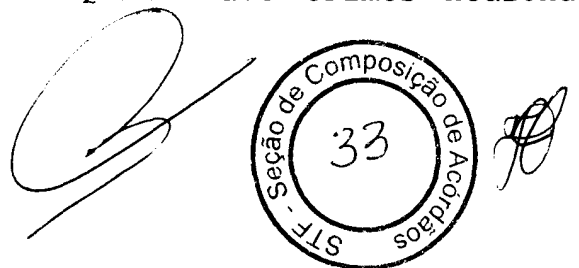
EMENTA: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. CRIME HEDIONDO. PEDIDO DE UNIFICAÇÃO DAS PENAS. PRETENSA CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO INDEFERIDO. DISCREPÂNCIA ENTRE AS CIRCUNSTÂNCIAS DE TEMPO E LUGAR DE EXECUÇÃO DOS DELITOS. REVOLVIMENTO DO QUADRO EMPÍRICO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM INDEFERIDA. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA AFASTAR O ÓBICE À PROGRESSÃO E IMPEDIR A APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 11.464/2007.

1. O instituto da continuidade delitiva é modalidade de concreção da garantia constitucional da individualização da pena, a operar mediante benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, cometem crimes da mesma espécie.

2. Na concreta situação dos autos, o pedido de unificação das penas pela continuidade delitiva foi indeferido nas instâncias ordinárias ante a falta de similitude entre as circunstâncias de tempo e lugar de execução das condutas. O que impede, na via processualmente contida do *habeas corpus*, o exame da pretensão do impetrante.

3. O regime integralmente fechado, previsto na antiga redação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90, é inconstitucional. A declaração de inconstitucionalidade, no bojo do HC 82.959, da relatoria do ministro Marco Aurélio, não produz efeito apenas quanto às penas já extintas.

4. A Lei nº 11.464/2007 é de ser aplicada apenas aos fatos praticados após a sua vigência. Quanto aos crimes hediondos





**HC 93.536 / SP**

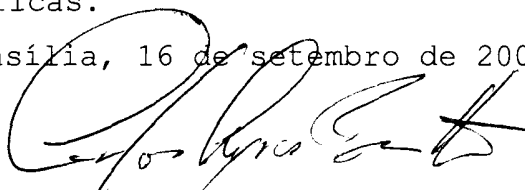
cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464/2007, a progressão de regime está condicionada ao preenchimento dos requisitos do art. 112 da LEP. Precedentes.

*Habeas corpus* denegado. Ordem concedida de ofício, tão-somente para assegurar o afastamento do óbice à progressão de regime penitenciário.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, em indeferir o pedido de ***habeas corpus***; vencido o Ministro Marco Aurélio. Por unanimidade, em conceder a ordem, de ofício, para viabilizar a progressão no regime de cumprimento da pena, o que fazem nos termos do voto do Relator, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas.

Brasília, 16 de setembro de 2008.



CARLOS AYRES BRITTO

-

RELATOR



03/06/2008

PRIMEIRA TURMA

**HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULO**

**RELATOR** : **MIN. CARLOS BRITTO**  
PACIENTE(S) : MILTON ARAÚJO CARDOSO  
IMPETRANTE(S) : MILTON ARAÚJO CARDOSO  
COATOR(A/S) (ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

R E L A T Ó R I O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que rechaçou a pretensão de reconhecimento da continuidade entre os delitos cometidos pelo paciente. Esta a ementa do julgado:

"HABEAS CORPUS. ROUBO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DIVERSAS CONDENAÇÕES. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E ESTUPRO. CRIME CONTINUADO. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. WRIT DENEGADO.

1.0 reconhecimento da continuidade delitiva demanda revolvimento fático-probatório, providência inadmissível na via do Habeas Corpus. Precedentes do STJ.

2. Inexiste continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro, por serem de espécies distintas e demandarem o





*preenchimento de requisitos subjetivos e objetivos diversos. Precedentes do STJ.*

*3. Parecer do MPF pela denegação do writ.*

*4. Habeas Corpus denegado."*

2. Pois bem, sustenta-se neste habeas corpus a tese da continuidade delitiva entre os diversos crimes cometidos pelo paciente. Isto sob a alegação de que estão presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, a saber: crimes de mesma espécie e semelhantes circunstâncias de tempo, modo e execução das condutas.

3. Prossigo neste relato da causa para pontuar que o paciente foi condenado, por diversas vezes, por delitos de estupro, atentado violento ao pudor e roubo. Em sede de execução penal, a defesa do paciente formulou pedido de unificação das penas. O que fez por entender configurados os requisitos do art. 71 do Código Penal. Pedido que, nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (acórdão que negou provimento ao agravo em execução), foi indeferido por que:

*"(...) não há como se admitir a continuidade delitiva, porquanto alguns delitos foram cometidos fora do lapso de trinta dias, conforme se verá: o primeiro crime-proc. 291/96 foi praticado em 28 de fevereiro de 1996; e o segundo - proc. 281/96 foi praticado em 13 de março de 1996, o terceiro em 22 de dezembro de 1995, o quarto em 11 de março de*





1996 e o quinto em 26 de julho de 1996, inexistindo um desdobramento lógico da primeira situação.

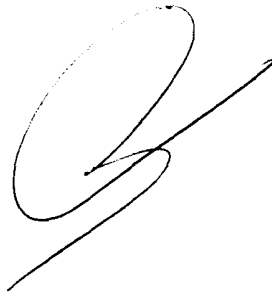
(...)

Além do mais, ausentes outros pressupostos, tais como, diversidade de vítimas e de localidade, conquanto o último delito foi praticado na Comarca de Franca e os demais no Distrito de Embu, não havendo se falar, também, no requisito espacial" (fls. 58/59).

4. Derradeiramente, averbo que a Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento da ordem.

É o relatório.

\*\*\*\*\*

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'S' followed by a long, sweeping horizontal stroke that extends to the right.

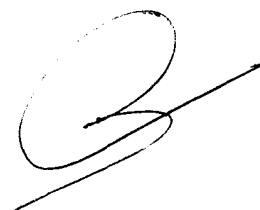


**03/06/2008****PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULO**V O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Feito o relatório, passo ao voto. Fazendo-o, anoto, de saída, que o instituto da continuidade delitiva é modalidade de concreção da garantia constitucional da individualização da pena, a operar mediante benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, cometem crimes da mesma espécie e sob determinadas condições. Isso porque, não obstante o número de condutas criminosas do agente, a lei toma em consideração a unidade de desígnios para assumi-las como expressão de um só delito. Confira-se:

*"Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

*Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com 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."*

7. Avanço para averbar que o impetrante esposa a tese de que tem direito ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, praticados nos anos de 1995 e 1996. Isso porque "tendo ocorrido tais delitos — todos da mesma espécie — em circunstâncias similares de lugar, tempo e modo de execução, impõe-se a aplicação do instituto da continuidade delitiva" (fls. 05).

8. Dito isso, anoto que a tormentosa questão da continuidade delitiva entre os delitos de estupro e atentado violento ao pudor não está em discussão. É que, no caso, o exame da pretensão do impetrante esbarra em tema logicamente anterior. Explico: a tese aqui formulada foi rechaçada, notadamente pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, sob o fundamento de que ausente a similitude entre as circunstâncias de tempo e lugar de execução. É dizer: na concreta situação dos autos, não é a natureza dos crimes o impeditivo do reconhecimento da continuidade delitiva. Antes disso, é a ausência dos demais requisitos do art. 71 do Código Penal que embasa as decisões indeferitórias do pleito de reconhecimento do crime continuado entre todas as condutas por ele,





**HC 93.536 / SP**

impetrante, cometidas. Até mesmo porque, no julgamento de um dos apelos defensivos (n. 253.525-3/8), o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu, inclusive, a continuidade delitiva entre dois dos fatos cometidos pelo paciente (fls. 21/29).

9. Esse o quadro, não há como se atender, na via processualmente contida do *habeas corpus*, o pedido do impetrante. Noutro falar, o exame da tese defensiva exige o revolvimento de todo o quadro empírico dos delitos cometidos pelo paciente, incabível na via processualmente contida do *habeas corpus*. Pelo que indefiro a ordem.

10. Por outra volta, averbo que as condenações do impetrante assentaram a obrigatoriedade do regime integralmente fechado para o cumprimento das penas. Motivo pelo qual concedo a ordem, de ofício, para afastar o óbice à progressão de regime, bem como para determinar que o exame de eventual progressão de regime prisional dos crimes cometidos antes da vigência da Lei 11.464/2007 seja feito à luz do art. 112 da LEP. O que faço porque, nada obstante a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072/90 haver sido proferida em sede de *habeas corpus*, este Supremo Tribunal Federal restringiu os efeitos de sua decisão apenas quanto às penas já extintas. No julgamento do HC 91631, a Ministra Carmem Lúcia bem resumiu a questão:





"Com a devida vênia, o parecer do Ministério Público Federal abstrai algo essencial para o deslinde da questão: embora a declaração de inconstitucionalidade não signifique a revogação do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o reconhecimento da invalidade do óbice à progressão de regime contida na redação original daquele dispositivo impede que ele seja tomado como "parâmetro de comparação" para verificação da norma penal aplicável.

Do contrário estar-se-ia permitindo que a norma inconstitucional produzisse efeitos que este Supremo Tribunal considerou inadmissíveis.

É bem certo que, no Habeas Corpus n. 82.959, Rel. Ministro Marco Aurélio (DJ 1º.9.2006), o Plenário deste Tribunal modulou os efeitos da decisão, para firmar que "a declaração incidental de inconstitucionalidade" do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, não geraria "conseqüências jurídicas com relação às penas já extintas" na data daquele julgamento.

Ocorre que, conforme bem ressaltou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence no voto que então proferira - e fazendo referência ao voto do eminente Ministro Gilmar Mendes, que propôs a modulação ao final acolhida pelo Plenário -, a modulação dos efeitos da decisão objetivou evitar, sobretudo, quaisquer "conseqüências de ordem cível, patrimonial".

A dizer, afastou-se a possibilidade de ser questionada a validade das penas já extintas e que, eventualmente, teriam sido cumpridas em regime





*integralmente fechado por força do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.*

*Parece fora de dúvida, entretanto, que as penas ainda passíveis de execução, tal como ocorre no caso ora em exame, somente se poderiam submeter às demais normas que cuidam de progressão de regime”.*

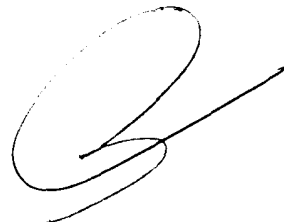
11. No mesmo tom é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se:

*“ENTORPECENTES. PROGRESSÃO DE REGIME. REQUISITO OBJETIVO. ART. 112 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS. LEI N.º 11.464/07. APLICAÇÃO RETROATIVA. LEI PENAL MAIS GRAVOSA. IMPOSSIBILIDADE.*

*1. A exigência do cumprimento de dois quintos (2/5) da pena imposta, como requisito objetivo para a progressão de regime aos condenados por crimes hediondos, trazida pela Lei n.º 11.464/07, por ser evidentemente mais gravosa, não pode retroagir para prejudicar o réu.*

*2. O requisito objetivo necessário para a progressão de regime prisional dos crimes hediondos e equiparados cometidos antes da entrada em vigor da Lei nº 11.464, em 29 de março de 2007, é aquele previsto no artigo 112, da Lei de Execuções Penais.*

*3. Ordem concedida para que seja adotado como critério objetivo temporal aquele previsto no artigo 112, da Lei de Execuções Penais, ficando a*





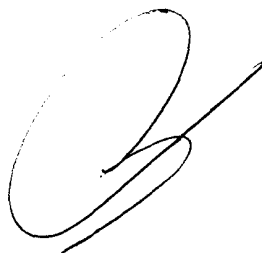
**HC 93.536 / SP**

*aferição dos demais requisitos a cargo do Juiz da  
Execução Penal."*

(HC 75. 235, Rel. Ministra Laurita Vaz)

12. É como voto.

\* \* \* \* \*

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized capital letter 'B' followed by a horizontal stroke and a diagonal line extending upwards and to the right.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 93.536-2**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO**

PACTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

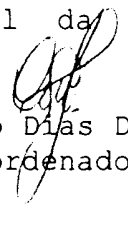
IMPTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Após o voto do Ministro Carlos Britto, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus**, mas concedendo a ordem de ofício para viabilizar a progressão no regime de cumprimento da pena, no que foi acompanhado pelos demais integrantes, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 03.06.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito. Compareceu o Ministro Eros Grau a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira do Ministro Ricardo Lewandowski.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

  
Ricardo Dias Duarte  
s/Coordenador



05/08/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULOV O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A Assessoria assim resumiu as balizas deste *habeas corpus*:

O paciente-impetrante foi condenado pela prática de estupro (Código Penal, artigo 213, cinco vezes), atentado violento ao pudor (Código Penal, artigo 214, duas vezes) e roubo circunstanciado (Código Penal, artigo 157, § 2º, inciso I, uma vez). A soma das penalidades aplicadas alcançou 54 anos e 4 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicialmente fechado. Julgado o recurso de apelação, houve redução de pena em dois dos cinco processos, totalizando 50 anos e 8 meses de reclusão.

Preso em regime fechado em 26 de julho de 1996, o paciente teria assim permanecido, até a data da impetração, sem interrupções, durante 11 anos e 5 meses.

Transitadas em julgado as decisões proferidas nas ações penais, o paciente apresentou pedido de unificação de penas perante o Juízo da Vara de Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba. Demonstrou inconformismo em relação à penalidade aplicada, que se mostrava exacerbada porquanto, segundo alega, presentes os requisitos legais, haveria de ser reconhecida a continuidade delitiva entre os crimes sexuais, e não a ocorrência de concurso material.

Indeferido o pedido, houve a interposição de agravo em execução. A Décima Primeira Câmara do Sexto Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao recurso. No *habeas* impetrado perante o Superior Tribunal de Justiça - de nº 85.034/SP -, buscou-se o reconhecimento da continuidade entre os crimes de estupro, assim como a absorção do delito de atentado violento ao pudor pelo de estupro, e a continuidade entre ambos. A ordem não foi concedida. No pronunciamento, asseverou-se que o reconhecimento da continuidade delitiva não prescinde do revolvimento de matéria probatória, acrescentando-se que, por serem de espécies distintas e possuírem elementos objetivos e subjetivos diversos, incabível a ocorrência de continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e o de estupro (folha 77 a 83).

Esta impetração volta-se contra esse julgado. Pede-se o reconhecimento da continuidade entre todos os crimes de estupro ou, sucessivamente, a absorção do delito de atentado violento ao pudor pelo de estupro ou, ainda, o reconhecimento da



HC 93.536 / SP

continuidade entre os dois delitos, conforme determina o artigo 71 do Código Penal, afastando-se a incidência do disposto no artigo 69 do mesmo diploma legal (folha 17).

Distribuído o processo ao Ministro Carlos Ayres Britto e colhido o parecer da Procuradoria Geral da República, no sentido do indeferimento da ordem (folha 87), o processo foi encaminhado à mesa para julgamento. O relator votou pela não-concessão da ordem, no tocante ao reconhecimento da continuidade delitiva, por implicar revolvimento de matéria fático-probatória. No entanto, relativamente ao cumprimento da pena, estabelecido no regime integralmente fechado, concedeu a ordem, de ofício, para afastar o óbice à progressão. Adveio o pedido de vista de Vossa Excelência.

O processo não está instruído com cópia da petição do agravo em execução de pena interposto no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nem da impetração perante o Superior Tribunal de Justiça. O paciente sustenta ter formulado os pedidos de reconhecimento da continuidade entre os delitos de estupro, assim como de absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro, ou de continuidade entre ambos nos referidos tribunais. Nos acórdãos então proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça (folha 54 a 63; 77 a 83), há a abordagem apenas do pleito atinente à continuidade delitiva entre os crimes de atentado violento ao pudor e estupro, teses rejeitadas pelas instâncias percorridas.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, ocorreu ante desprovimento de agravo interposto considerada a execução das penas. Em síntese, pretendeu o paciente-impetrante, no campo de execução penal, rever títulos condenatórios cobertos pela imutabilidade na via recursal. A Corte adentrou a matéria de fundo em que pese à inviabilidade da causa de pedir, ou seja, a continuidade delitiva.

O quadro, presentes a organização do Direito e a envergadura maior do *habeas corpus*, há de merecer a devida correção de rumos. Surge impróprio o instrumental acionado pelo paciente-impetrante, ante a existência de decisões a esta altura imutáveis sob o ângulo da simples execução. O exame da Lei de Execuções



**HC 93.536 / SP**

Penais, a interpretação do que nela se contém considerado o sistema processual pátrio, não sugere a possibilidade de alteração do que decidido nos processos-crime, sob o prisma da execução das sentenças condenatórias. Não se encontra no rol das competências do juiz da execução - artigo 66 da Lei nº 7.210/84 - a de julgar verdadeira revisão de títulos judiciais. A tanto não equivale a referência a soma ou unificação de penas.

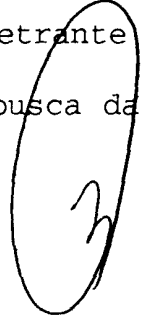
Pois bem, a persistir o quadro decisório até aqui delineado, com abordagem do tema de fundo presente possível erronia dos pronunciamentos judiciais, sob o ângulo da continuidade delitiva, a porta estará fechada a sempre possível revisão criminal, tal como prevista no artigo 621 do Código de Processo Penal. Vale frisar que são diversas as balizas da simples execução de penas e as da revisão de processos findos. Então, deve-se indeferir a ordem quanto ao pedido de reconhecimento da continuidade delitiva de todos os delitos de estupro pelos quais foi condenado o paciente e, sucessivamente, dos que merecerem o enquadramento na continuidade delitiva, bem como no tocante ao pleito de absorção do crime de atentado violento ao pudor pelo de estupro considerado o Processo nº 281/96, da 1ª Vara Distrital de Embu - SP.

Cabe, no entanto, a concessão de ordem de ofício para assentar a impropriedade do exame procedido em execução de títulos condenatórios, como se pudessem ser alterados em tal via, abrindo-se margem com isso a que as matérias versadas possam ser apreciadas



**HC 93.536 / SP**

mediante o instrumental próprio. Atuando o paciente sem assistência de profissional da advocacia, há de remeter-se cópia do acórdão que vier a ser formalizado à Defensoria Pública do Estado de São Paulo para, se for o caso, implementar a assistência jurídica e judicial cabível. Deve-se encaminhar também ao paciente-impetrante cópia da referida peça no que se estará contribuindo para a busca da almejada ressocialização. É como voto na espécie.





05/08/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Faço uma recapitulação e digo que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus*, ocorreu ante desprovimento de agravo interposto, considerada a execução das penas. Em síntese, o paciente-impetrante pretendeu, no campo da execução penal, rever títulos condenatórios cobertos pela imutabilidade na via recursal.

A Corte adentrou a matéria de fundo em que pese à inviabilidade da causa de pedir, ou seja, a continuidade delitiva.

Reconheço que estou marchando contra entendimento que seria o pacífico, isto é, de poder-se adentrar esse campo ligado ao direito substancial, o campo da continuidade delitiva, em plena execução, alterando-se os títulos executivos condenatórios.

Não consigo - ante a organicidade do Direito, do Direito como uma verdadeira ciência - admitir que na execução se possa voltar ao estado anterior, próprio ao processo de conhecimento, isso para concluir-se pela continuidade delitiva ou não.

Prosseguir aqui em meu voto.

" O quadro, presentes a organicidade ... (lê voto-vista escrito)... é como voto."

Informo aos colegas que estou sinalizando na contramão da jurisprudência. Não admito que, numa fase que pressupõe a



**HC 93.536 / SP**

preclusão dos títulos condenatórios, se possa proceder a alteração desses títulos.

Vejo a unificação e a soma das penas de uma forma consentânea com a organicidade do Direito. Atua o juízo da execução segundo os parâmetros dos diversos títulos condenatórios sem poder alterá-los para acionar o Código Penal e assentar que haveria a continuidade delitiva, procedendo à imposição de pena totalmente diversa das constantes das sentenças condenatórias.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)** - Aqui eu deferi a ordem.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE)** - Quanto ao afastamento do óbice à progressão, estou de acordo e acompanho-o no voto proferido.

Estou a conceder ordem de ofício para afastar o obstáculo à revisão desses títulos condenatórios mediante o acionamento do artigo 621 do Código de Processo Penal e chegar-se, se for o caso, nessa revisão, à continuidade delitiva, observado processo de conhecimento e não de execução. A execução pressupõe um objeto inalterável e este foi formalizado pelo juiz natural, o juiz da causa penal.

É interessante a matéria.

**O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR)** - A doutrina também. Na fase da execução, o juiz pode saber se estão presentes os requisitos da continuidade delitiva.



HC 93.536 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Penso que, proferido esse voto, perderei o cartaz de progressista. Mas é fruto de uma mente irrequieta. Não consigo conciliar a alteração dos títulos executivos com os princípios que busco ter sempre presentes. Caso indefiramos simplesmente a ordem, o que vai ocorrer? Fica fechada a porta da revisão criminal. Teremos apreciado o tema assentando a improcedência do que articulado em torno da continuidade delitiva. O que faço? Não defiro a ordem para dizer que houve a continuidade. Não chego a esse ponto. Mas concedo-a para declarar que essa matéria - e tiro do mundo jurídico a base do indeferimento pelo Superior Tribunal de Justiça - deve ser alvo de abordagem em revisão criminal. Torno a lembrar aos colegas que a jurisprudência e a doutrina admitem que, em execução, se possa acionar o artigo 71 do Código Penal e implementar a continuidade delitiva, alterando-se as penas estampadas nos títulos condenatórios trânsitos em julgado.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É. Doutrina e jurisprudência se manifestam uniformemente nesse sentido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É um tema interessantíssimo. É um desafio intelectual.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**

Não queria me prolongar, mas como é um assunto interessante, a minha avaliação é que o Supremo tem que enfrentar esses temas, dentre outros. Qual é o fundamento? Porque, por



**HC 93.536 / SP**

exemplo, em Processo Civil, nós ficaríamos aterrorizados com a hipótese de em execução alterar o título. Não se admite em Processo Civil que a execução altere o título. Há até alguma linha jurisprudencial que autoriza, em certas circunstâncias específicas, a complementação do título ou até quando o título apresenta uma certa nebulosidade, seja possível dar uma interpretação compatível para tornar o título realmente exequível. Qual é a fundamentação que a jurisprudência tem adotado com relação a essa matéria para autorizar que seja revisto integralmente o título? É o 621 do Código de Processo?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Aqueles que implementaram essa jurisprudência vislumbraram, no artigo 66 da Lei de Execução - no que conta com inciso, com alínea que versa a competência do juízo da execução para somar e unificar as penas -, abrangência a ponto de alcançar o instituto da continuidade delitiva, que, para mim, está no âmbito do Direito substancial e que, portanto, diz respeito ao processo de conhecimento.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Seria objeto do princípio ao processo de conhecimento.

Agora, a decisão do juiz não obsta o manejo da revisão criminal. Vossa Excelência acha que obsta?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - De certa forma, o *habeas* fez as vezes da revisão.

**O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:**



HC 93.536 / SP

Sem o prazo.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Sem o prazo.

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

O tema realmente é muito interessante.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - É interessante. Se ficasse no que já está pacificado, diria simplesmente que não cabe a ...

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO MENEZES DIREITO:

Há precedentes do Pleno nesse sentido?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Não fui à pesquisa. Quanto a precedentes do Pleno, não posso asseverar a existência ou não.

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Eu não indiquei nenhum precedente específico. Apenas disse que a jurisprudência e a doutrina assentam essa ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Penso que essa questão, ministro Carlos Ayres Britto, apenas para ganharmos tempo, realmente merece certa reflexão. O que abordado por mim neste voto não está, em si, como causa de pedir na inicial do *habeas*. Por isso, Vossa Excelência não feriu a matéria. Cheguei à concessão de ofício. Vossa Excelência não quer indicar o adiamento para examinar a matéria nova que surgiu?



**HC 93.536 / SP**

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - Pode ser. Eu recolho ao gabinete para examinar a matéria nova que Vossa Excelência agitou como fundamento para a concessão de ofício. Fica assim.

Indico o adiamento.



**PRIMEIRA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**HABEAS CORPUS 93.536-2**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO**

PACTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

IMPTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**Decisão:** Após o voto do Ministro Carlos Britto, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus**, mas concedendo a ordem de ofício para viabilizar a progressão no regime de cumprimento da pena, no que foi acompanhado pelos demais integrantes, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 03.06.2008.

**Decisão:** Prosseguindo o julgamento, após o voto do Ministro Marco Aurélio, Presidente, concedendo a ordem, de ofício, para assentar a impropriedade de examinar-se a continuidade delitiva na fase de execução, indicou adiamento, ante o tema novo, o Ministro Carlos Britto, Relator. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 05.08.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Subprocuradora-Geral da República, Dr<sup>a</sup>. Cláudia Sampaio Marques.

  
Ricardo Dias Duarte  
/ Coordenador



16/09/2008

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULOV O T O**O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)**

Trata-se de *habeas corpus*, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Acórdão que rechaçou a pretensão de reconhecimento da continuidade entre os delitos cometidos pelo paciente.

7. Pois bem, de próprio punho, o impetrante reitera, aqui, a tese da continuidade delitiva entre os diversos crimes pelos quais foi condenado. **Tese, essa, originariamente agitada no Juízo das Execuções Criminais da Comarca de Sorocaba.**

8. Prossigo para anotar que, na sessão de 3 de junho de 2008, votei pelo indeferimento do pedido formulado na inicial e pela concessão da ordem de ofício para afastar da pena imposta ao impetrante a integralidade do regime prisional fechado. No que fui acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Carmem Lúcia e Carlos Alberto Menezes Direito.

9. Deu-se que o Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos. Ministro que, na assentada de 5 de agosto de 2008, votou pelo indeferimento da ordem quanto ao pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos cometidos pelo impetrante e





**HC 93.536 / SP**

pela concessão da ordem de ofício para "*assentar a impropriedade do exame procedido em execução de títulos condenatórios*".

10. Nesta última assentada, esta nossa Primeira Turma iniciou o debate agitado pelo Ministro Marco Aurélio, a saber: é da competência do Juízo das Execuções o reconhecimento, ou não, da continuidade delitiva? Dada a importância do tema, indiquei o adiamento do julgamento para o melhor exame de eventual concessão da ordem de ofício para anular o pronunciamento do Juízo das Execuções Criminais de Sorocaba.

11. Muito bem. Voltei a debruçar-me sobre a causa para examinar a seguinte questão de direito: pode o Juízo da Execução Criminal alterar o título condenatório definitivo para reconhecer a continuidade delitiva?

12. Como antecipei na assentada anterior , penso que sim. Isso porque ao Juiz da Execução compete, nos termos do art. 66 da Lei de Execução Penal:

"[...]

*III - decidir sobre:*

- a) soma ou unificação de penas;*
- b) progressão ou regressão nos regimes;*
- c) detração e remição da pena;*
- d) suspensão condicional da pena;*

*[...]".*





**HC 93.536 / SP**

13. Com isso estou a dizer o seguinte: a definitividade do título judicial condenatório cede espaço aos chamados incidentes processuais e direitos dos presos que orientam a execução da pena no Brasil. Incidentes e direitos, esses, que, necessariamente, repercutem na forma e/ou na quantidade de pena a ser cumprida. Cito como exemplo as possibilidades de detração<sup>1</sup>, remição<sup>2</sup>, progressão e regressão no regime prisional.

14. Pois bem, a figura da continuidade delitiva é, como assentei no voto que proferi neste *habeas corpus*, modalidade de concreção da garantia constitucional da individualização da pena, a operar mediante benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, cometem crimes da mesma espécie. Isso porque, não obstante o número de condutas criminosas do agente, a lei toma em consideração a unidade de desígnios para assumi-las como expressão de um só delito. Confira-se:

*"Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do*

---

<sup>1</sup> Art. 42 do Código Penal: "Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior"

<sup>2</sup> Art. 126 da Lei de Execução Penal: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena.

§ 1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho".





**HC 93.536 / SP**

*primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.*

*Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com 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."*

15. Muito bem, essa privilegiada modalidade de concurso de crimes tem como consequência lógica a caracterização de um único crime, nada obstante os diversos fatos protagonizados pelo agente. Do que resultaria, a princípio, uma única persecução criminal. Todavia, a força da realidade solapa qualquer tentativa do intérprete de engessar a cambiância da vida. Explico: em que pese a ficção jurídica da constituição de um único crime, os fatos originadores da continuidade delitiva, por exemplo, podem ser descobertos em momentos distintos. O que, por si só, já pode constituir obstáculo ao julgamento único. Do que se segue a indagação: a impossibilidade de se reunir num único processo a





**HC 93.536 / SP**

pluralidade fática extingue o direito do condenado ao reconhecimento do crime continuado? Penso que não.

16. Em primeiro lugar, porque não me parece fácil entender que a inoperância do Poder Público na persecução criminal possa constituir fundamento da supressão de direitos daquele que se ache na condição de processado ou condenado. Em segundo, porque o próprio Código de Processo Penal remete ao Juiz da Execução o exame da questão. Leia-se:

*"Art. 82. Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas".*

17. Foi nesse mesmo sentido que esta nossa Primeira Turma, em sua composição anterior, julgou o HC 81.134. Já naquela oportunidade, o Ministro Marco Aurélio ficou vencido, ao sustentar que *"sentenciado o processo, sem a aplicação da norma substancial, e coberto o título executivo judicial condenatório pela preclusão maior, descabe, na seara da execução, evocar o disposto no art. 71 do referido código"*. O que prevaleceu foi o entendimento do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, preclusa a arguição da





**HC 93.536 / SP**

incompetência relativa do Juízo, "nos termos da parte final do art. 82 C. Pr.Pen., tanto o juízo da existência do crime continuado, quanto, se for o caso, a unificação das penas, hão de proceder-se no juízo da execução".

18. Mais: em voto proferido no retromencionado *habeas corpus*, o Ministro Cezar Peluso adotou como razão de decidir a lição de Sérgio Pitombo. Lição, essa, que nos remete às considerações com as quais iniciei este voto. Confira-se:

"A unificação das penas, em quaisquer de suas modalidades, conduz à compreensão da coisa julgada, no âmbito do direito processual penal. Não basta afirmar-se que a sentença penal condenatória, transitada em julgado exhibe pouca firmeza, ou, apenas maior rescindibilidade.

No processo penal, coisa julgada de autoridade absoluta existe, quando se forma em face de sentença ou acórdão de natureza declaratória ou constitutiva. Sua imutabilidade *perene* decorre, simplesmente, da preclusão dos prazos recursais, ou do exaurimento dos recursos. É estável por natureza.

Coisa julgada de autoridade relativa surge adstrita a sentença penal, ou acórdão, de índole condenatória, os quais se podem ver revogar, modificar, ou anular a qualquer tempo, seja por meio de ***habeas corpus***, seja por via da ***revisão criminal***, ou ainda mediante processo de ***unificação da pena***. O





ato decisório definitivo de condenação cobre-se pela preclusão máxima ou coisa julgada formal.

Se, não obstante o concurso formal perfeito de crimes, ou a ocorrência de crime continuado, não se reuniram os processos, por motivos da continência e da conexão e sucedeu trânsito em julgado, como visto, cabe unificar as penas (arts. 71, primeira parte, e 71 caput e parág. único do Cód. Penal c/c arts. 76, 77 e 82, do Cód. De Proc. Penal; ainda art. 66, III, letra 'a', da Lei de Execução Penal).

O limite forçado de penas, aceita-se aplicável para todos os efeitos penais, não tendo lugar a idéia de possuir o exclusivo efeito de limitar a duração do cumprimento das penas (art. 75 e §§, do Cód. Penal).

É importante notar que os diversos títulos, nas três hipóteses, desaparecem, formando-se, mediante o processo de unificação, novo e único título.

(...)

À evidência não se pode classificar a unificação das penas, seja como típico incidente de execução, ou na execução. Posta como se acha nas leis vigariantes - Código Penal; Lei de Execução Penal e Código de Processo Penal - é de tê-la como ação autônoma de impugnação, destinada a atacar a coisa julgada penal, ao lado do **habeas corpus**, da **revisão criminal** e, mais raramente, do **mandado de segurança**, em matéria penal".





**HC 93.536 / SP**

19. Assim postas as coisas, não tenho como acompanhar a proposta da concessão de ordem de ofício para anular a decisão do Juízo da Execução Penal. Proposta, essa, que partiu do Ministro Marco Aurélio, com a evidente preocupação de nossa decisão fechar as portas para eventual revisão criminal. Sucede que não vejo como o resultado deste writ possa prejudicar o manejo da ação a que se refere o art. 621 do CPP. Isto porque o voto que proferi (e que mereceu as ilustradas adesões dos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Alberto Menezes Direito e da Ministra Cármen Lúcia) não avança no exame da existência ou não dos requisitos da continuidade delitiva. Ao contrário, o voto afirma a impossibilidade de tal exame na via processualmente contida do *habeas corpus*. Pelo que não impedirá o revolvimento do quadro fático probatório pela instância judicante competente (no caso, o TJ/SP).

20. É como voto.

\* \* \* \* \*

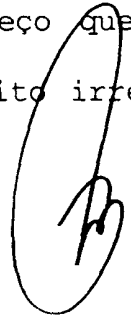




**16/09/2008****PRIMEIRA TURMA****HABEAS CORPUS 93.536-2 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite uma observação? Disse que sustentava algo contra a jurisprudência e a doutrina a partir de um princípio básico. É que não é possível implementar-se a continuidade delitiva, quanto ao processo de conhecimento, após decisões, na fase de execução. Executa-se o existente e não algo criado por um juízo que não é o juízo natural, ou seja, o da execução.

Essa foi a minha premissa, mas esclareço que estou remando contra a correnteza. E isso é fruto do espírito irrequieto que me anima.





**PRIMEIRA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 93.536-2**

PROCED.: SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. CARLOS BRITTO**

PACTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

IMPTE.(S): MILTON ARAÚJO CARDOSO

COATOR(A/S) (ES): SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

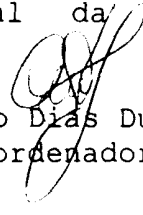
**Decisão:** Após o voto do Ministro Carlos Britto, Relator, indeferindo o pedido de **habeas corpus**, mas concedendo a ordem de ofício para viabilizar a progressão no regime de cumprimento da pena, no que foi acompanhado pelos demais integrantes, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. 1ª Turma, 03.06.2008.

**Decisão:** Prosseguindo o julgamento, após o voto do Ministro Marco Aurélio, Presidente, concedendo a ordem, de ofício, para assentar a impropriedade de examinar-se a continuidade delitiva na fase de execução, indicou adiamento, ante o tema novo, o Ministro Carlos Britto, Relator. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. 1ª Turma, 05.08.2008.

**Decisão:** Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de **habeas corpus**; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Por unanimidade, concedeu a ordem, de ofício, para viabilizar a progressão no regime de cumprimento da pena, nos termos do voto do Relator. 1ª Turma, 16.09.2008.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à Sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Menezes Direito.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

  
Ricardo Dias Duarte  
p/ Coordenador