RECURSO ESPECIAL Nº 1.770.913 - DF (2018/0262705-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK**
RECORRENTE	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS
RECORRIDO	:	JAIR GOMES DA SILVA FILHO
ADVOGADO	:	DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal.

Consta dos autos que o Juízo da Vara de Execuções Criminais indeferiu o pedido de unificação das penas com reconhecimento de continuidade delitiva, por não estarem presentes nos crimes praticados pelo sentenciado as condições previstas no artigo 71 do Código Penal (fls. 85/88).

Interposto agravo em Execução pela defesa, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda à unificação das penas impostas ao sentenciado nos autos dos Processos de Execução n. 00065426120168070015 e n. 00313039320158070015, na forma do art. 71, parágrafo único, do Código Penal. Eis a ementa do julgado (fl. 316):

> *AGRAVO EM EXECUÇÃO. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. PRESENÇA DOS REQUISITOS OBJETIVOS NA 1ª E 2ª EXECUÇÕES. UNIFICAÇÃO DE PENAS. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. De conformidade com o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, o Direito Penal Brasileiro adotou a teoria objetiva pura ou puramente objetiva no que diz respeito aos requisitos para o reconhecimento do crime continuado, bastando, para sua configuração, o preenchimento, apenas, dos objetivos: pluralidade de condutas, pluralidade de crimes da mesma espécie e continuação aferível pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.*
>
> *2. Verificando-se a continuidade delitiva entre crimes de roubo circunstanciado, em relação à 1ª e 2ª execuções, em virtude de terem sido praticados pelo agravante nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem ser unificadas as respectivas penas, nos termos do art. 71 do Código Penal, observado o parágrafo único do mesmo dispositivo legal.*
>
> *3. Recurso conhecido e provido.*

Diante disso, o Ministério Público interpôs recurso especial alegando violação ao art. 71 do Código Penal. Sustenta que para o reconhecimento da continuidade delitiva é necessário que se examinem circunstâncias objetivas e subjetivas, de modo a se concluir que os delitos são continuados porque resultam de unidade de desígnios, entretanto, o Tribunal de origem reconheceu a continuidade delitiva sem analisar o preenchimento necessário e indispensável vínculo subjetivo entre os crimes (requisito da unidade de desígnios). Alega que o acórdão recorrido, ao conceder o beneficio previsto no art. 71 do Código Penal ao condenado, não se desincumbiu de demonstrar o atendimento de todos os requisitos legais, sobretudo a unidade de desígnios. Requer seja conhecido e provido o recurso especial para afastar a incidência da continuidade delitiva.

Contrarrazões às fls. 346/356

Decisão de admissibilidade às fls. 358/359.

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 371/373).

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

O Tribunal de origem reconheceu a continuidade delitiva sob o fundamento de que, para o reconhecimento do crime continuado, basta o preenchimento dos pressupostos objetivos. O voto condutor assim se posicionou quanto à controvérsia, no que importa, *verbis* (fls. 319/323):

> *É cediço que, de conformidade com o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal, o Direito Penal brasileiro adotou a teoria objetiva pura ou puramente objetiva no que diz respeito aos requisitos para o reconhecimento do crime continuado, bastando, para sua configuração, o preenchimento, apenas, dos pressupostos objetivos: pluralidade de condutas; pluralidade de crimes da mesma espécie e continuação atestada pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.*
>
> *Parte da doutrina e da jurisprudência, no entanto, exige o preenchimento de um quarto requisito, subjetivo: a unidade de desígnios. É a teoria objetivo-subjetiva, adotada, entre outros, por Eugenio Raul Zaffaroni, mas que não nos convence.*
>
> *Nesta Turma, já tive oportunidade de manifestar minha*

adesão à primeira teoria, no julgamento dos recursos de agravo n° 2015.00.2.003545-5 e 2015.00.2.003286-5, dos quais fui relator, de tal sorte que, para o reconhecimento da continuidade delitiva não se requer a existência de unidade de desígnios.

Partindo de tal premissa, passo a analisar a situação do recorrente.

No caso, o réu foi condenado pela prática de dois crimes de roubo circunstanciado.

O Juízo da Vara de Execuções Penais, equivocadamente, indeferiu o pedido de unificação das penas do recorrido por entender não estarem presentes os requisitos do art. 71 do Código Penal, nos seguintes termos:

> Da análise das várias denúncias formuladas contra o Apenado e sobre as quais se pretende o reconhecimento da continuidade, infere-se que o seu comportamento compreende-se, justamente, na idéia de reiteração e habitualidade que fazem com que criminosos contumazes mereçam do Estado uma reprimenda proporcional às referidas atuações, jamais lhes valendo o benefício do CRIME CONTINUADO, que, repita-se, não restou caracterizado. Isto porque, ao se pensar na idéia de crime continuado a imagem de que deve ser revelada indica que para a sua caracterização torna-se indispensável a figura da unidade de conduta, cuja variável mais elementar e primária é indiscutivelmente o fator psicológico, também denominado fator final, unidade de dolo, de resolução ou dolo unitário. Em outras palavras, o crime continuado como delito que se pretende único há de ser visualizado, em boa e adequada medida, como verdadeira modalidade de execução, que, na lição de Zaffaroni 'se traduz numa única ação típica, e os atos sucessivos do autor são tão-somente graus progressivos da realização do conteúdo injusto do crime.' Verifico que os atos criminosos para os quais se pretende o reconhecimento da continuidade delitiva consubstanciam-se nas 1ª e 2ª execuções (IP's n° 70/2014 e 69/2014). Não se coadunam, contudo, com a ficção jurídica do crime continuado.
>
> Observo também que ao se considerar as datas dos fatos, suas peculiaridades, as circunstâncias, o elemento subjetivo, as normas e os atuais entendimentos dispensados à matéria, não há como visualizar continuidade delitiva, mas sim, habitualidade na prática de crimes. (...) Com efeito, observando cuidadosamente as condutas criminosas levadas a termo, conclui-se que os referidos crimes não foram, efetivamente, praticados com o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades oriundas de uma idêntica situação inicial, na qual as múltiplas condutas ilícitas estivessem inseridas em um único contexto, com a

> repetição ao longo de uma relação que se prolongasse no tempo. Assim, volto a frisar que não há como sustentar a tese de que 'os delitos praticados tenham sido levados a termo com o aproveitamento das mesmas relações e oportunidades ou, ainda, com a utilização de ocasiões nascidas da primitiva situação. Em verdade, revelou o Sentenciado evidentes indícios de incapacidade de adaptação à ordem legal, merecendo, pois, o devido rigor no cumprimento de suas penas o que de longe se afasta da hipótese descrita no artigo 71 do Código Penal. (...) Posto isso, com fulcro nas razões acima declinadas e escorado no art. 66, III, "a", da Lei de Execuções Penais, INDEFIRO o pedido de UNIFICAÇÃO DE PENAS com reconhecimento de continuidade delitiva, por não estarem presentes nos crimes praticados pelo(a) sentenciado(a) as condições previstas no artigo 71, do Código Penal. (grifou-se).

Analisando a 1ª e 2ª execuções, verifica-se que em relação à pluralidade de condutas, não restam dúvidas de que o recorrente, mediante mais de uma ação, praticou os delitos de roubo circunstanciado.

No tocante à exigência de serem os crimes da mesma espécie, ressalto que os delitos foram tipificados como roubos circunstanciados (art. 157, § 2°, inciso I, do Código Penal; e art. 157, § 2°, incisos 1, II e V, c/c o art. 70, caput, 1ª parte do Código Penal; e art. 157, § 2°, incisos 1, II e V, c/c o art. 29, caput, do Código Penal (fls. 19-30, 31-44v, 81-115 e 125-160v).

Quanto às condições de tempo, constata-se que os crimes foram praticados dentro de lapso temporal razoável ao reconhecimento da continuidade delitiva, em geral inferior a um mês entre eles, uma vez que ocorreram em 05.05.2014 (fls. 6-7 e 11-14) e entre 06.05.2014 e 07.05.2014 (fls. 67-69v).

Sobre as condições de lugar, verifica-se que ambos os delitos foram praticados no Recanto das Emas/DF (fls. 6-7, 11-14 e 67-69v).

No que tange à maneira de execução, percebe-se um padrão de comportamento do recorrente na prática dos crimes, denotando semelhança no seu modo de agir.

Logo, uma vez preenchidos os requisitos objetivos, a unificação das penas relativas à 1ª e 2ª execuções é medida que se impõe, nos termos do artigo 71 do Código Penal, observado o seu parágrafo único, merecendo reforma a decisão impugnada.

[...]

No tocante à análise da ocorrência ou não de desígnios autônomos, cumpre aclarar que na instrução do feito não teve o julgador a cautela de averiguar, com a profundidade desejada, toda a gama de eventos que antecederam a formação da vontade, isto é, o desígnio pertinente a cada um dos delitos.

Assim posta a questão e, tendo em vista que o crime continuado surgiu na Alemanha, para evitar a morte pelo terceiro furto, portanto, em benefício do réu, a análise do elemento subjetivo (desígnio) há de observar a mesma orientação.

Ademais, não se pode utilizar um instituto concebido para beneficiar o réu (evitar a morte pelo terceiro furto) dando a ele interpretação extensiva para prejudicá-lo.

Por derradeiro, tem-se que os elementos constitutivos do desígnio, os quais ressaem dos autos, não militam a afastar a continuidade delitiva, muito pelo contrário, sugerem o seu acolhimento.

Desse modo, tenho, portanto, presente o elemento subjetivo do tipo penal e a continuidade delitiva, devendo a decisão impugnada ser reformada.

Posto isso, voto no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, para determinar ao Juízo das Execuções Penais que proceda a unificação das penas impostas a JAIR GOMES DA SILVA, nos autos dos processos de execução ni's 00065426120168070015 (1a execução - IP n° 70/2014 - DRF) e 00313039320158070015 (2 execução - IP n° 69/2014 - DRF), na forma do artigo 71 do Código Penal, observado o disposto no seu parágrafo único, retificando-se a Conta de Liquidação do sentenciado.

Contudo, a jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que para o reconhecimento do crime continuado adota-se a teoria objetivo-subjetiva, segundo a qual, é imprescindível o preenchimento dos requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos). Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DO ART. 71 DO CP. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPROCEDÊNCIA. ACÓRDÃO A QUO QUE ADOTOU A TEORIA MISTA. ENTENDIMENTO QUE GUARDA CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. REEXAME DA CONVICÇÃO FIRMADA A PARTIR DA ANÁLISE DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que, para fins de reconhecimento da continuidade delitiva, o Código Penal adotou a teoria mista, segundo a qual se afigura imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva (mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução) e subjetiva (unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos). Precedentes.

[...]

5. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp

1238412/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 19/09/2018).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE EXAME DO ARCABOUÇO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior de Justiça pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva e conseqüente unificação das penas demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos previstos na legislação, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos.

2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar se estariam presentes ou não os requisitos indispensáveis ao reconhecimento da continuidade delitiva. Óbice do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp 1057738/RO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 17/05/2017).

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior.

2. Incontroversos os fatos no acórdão recorrido, não se verifica continuação delitiva entre roubos sucessivos e autônomos, se diversos os desígnios motivadores da prática dos delitos.

3. Recurso especial provido para, afastada a continuidade delitiva, reconhecer o concurso material dos delitos perpetrados, determinando o retorno dos autos ao juízo das execuções para somatória e readequação das penas (REsp 1535243/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 13/06/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO SIMPLES. CONCURSO MATERIAL. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBLIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS.

1. A jurisprudência desta Corte adota a teoria mista para o reconhecimento do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, de modo que sua configuração demanda o preenchimento dos requisitos objetivos contidos no dispositivo (mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) bem como do subjetivo, qual seja, a existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados. Precedentes do STJ e do STF: HC 110.002, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, processo eletrônico DJe-250, divulgado em 18/12/2014, publicado em 19/12/2014; RHC 117.702, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, processo eletrônico DJe-241, divulgado em 6/12/2013, publicado em 9/12/2013; RHC 107.761, Relator Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, DJe-175, divulgado em 12/9/2011, publicado em 13/9/2011, EMENT VOL-02585-01 PP-00170; HC 95.753, Relator Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2008, DJe-148, divulgado em 6/8/2009, publicado em 7/8/2009, EMENT VOL-02368-03 PP-00602.

[...]

3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no AREsp 1247561/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 18/04/2018).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ROUBO. UNIDADE DE DESÍGNIOS. MESMAS CONDIÇÕES DE TEMPO E LUGAR. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. RECONHECIMENTO. CONCURSO MATERIAL. AFASTAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Conforme entendimento consolidado neste Superior Tribunal, para a caracterização do instituto do art. 71 do Código Penal, é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos. Vale dizer, adotou-se, no sistema jurídico-penal brasileiro, a Teoria Mista ou Objetivo-Subjetiva.

[...]

5. Agravo regimental provido (AgRg no REsp 1673501/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 19/02/2018).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para cassar o acórdão impugnado e restabelecer a decisão do Juízo da

Execução.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 08 de abril de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator