AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.421.964 - SP (2018/0342044-1)

RELATOR	**:**	**MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**
AGRAVANTE	:	MARCELO MASSI JUNIOR (PRESO)
ADVOGADO	:	CAIO HENRIQUE MACHADO RUIZ - SP344923
AGRAVADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

Agrava-se de decisão que não admitiu recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, inciso III, alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que negou provimento ao agravo em execução penal interposto pela defesa e manteve a decisão do Juízo das Execuções que indeferiu o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva e unificação de penas.

Sustenta a defesa a violação do art. 71 do Código Penal, alegando, em síntese, que deve ser reconhecida a continuidade delitiva, porquanto os delitos de roubo foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, *modus operandi* e com unidade de desígnios.

Contrarrazões às e-STJ fls. 151/160.

Maniestação do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso especial às e-STJ fls. 205/206.

É o relatório. Decido.

A irresignação não prospera.

Os elementos existentes nos autos informam que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo em execução penal interposto pela defesa e manteve a decisão do Juízo das Execuções que indeferiu o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva e unificação de penas.

Neste recurso a defesa pede o reconhecimento da continuidade delitiva argumentando que os delitos de roubo foram praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, *modus operandi* e com unidade de desígnios.

Sobre o tema o Tribunal de origem assim se pronunciou:

> *No caso, ainda que os crimes da mesma espécie (roubos circunstanciados) e a localidade (bairro nobre da cidade de Santos) pudessem ser considerados em favor do sentenciado, referidos delitos foram cometidos em datas distintas (09.07.2015 e 12.07.2015), contra vítimas diferentes e* ***os desígnios não foram os mesmos****.*
>
> *Há de ressaltar, pela simples leitura das peças digitalizadas, que as condutas praticadas pelo recorrente foram isoladas, tratando-se, a toda evidência, de reiteração ou habitualidade criminosa, não havendo o desdobramento ou o aproveitamento de circunstâncias do primitivo ilícito de modo a configurar crime continuado.*
>
> *Ademais, conquanto os três delitos tenham sido praticados mediante comparsaria e emprego de arma de fogo, em um deles ainda se reconheceu a majorante de restrição de liberdade das vítimas.*
>
> *Não se pode olvidar também que como bem pontuou a II. Procuradoria Geral de Justiça é notória a incompatibilidade entre a figura do crime continuado e a delinqüência habitual.* (e-STJ fls. 124/125 - grifo nosso)

Veja-se que as instâncias de origem, após minuciosa análise do conteúdo fático-probatório reunido nos autos, afastaram a continuidade delitiva, concluindo que, apesar da semelhança do *modus operandi*, os crimes não decorreram do mesmo desígnio, entendimento que não pode ser revisto por esta Corte Superior ante o óbice da Súmula n. 7/STJ. Nessa linha:

> *PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL - CP. RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE CONDENAÇÕES POR ROUBO. TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA. AFASTAMENTO DE HABITUALIDADE CRIMINOSA E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. ÓBICE DO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO, CONFORME SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVO DESPROVIDO.*
>
> *1. A ocorrência do crime continuado deve ser apurada conforme a teoria objetivo-subjetiva. Precedentes.*
>
> *2. O reconhecimento da continuidade delitiva demandaria o*

reexame fático-probatório, providência vedada pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça - STJ, pois as instâncias ordinárias, com base na prova dos autos, apresentaram fundamentação concreta para concluir que os crimes de roubo foram realizados com desígnios autônomos.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1221050/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe 14/12/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVO. REEXAME DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios), nos termos do art. 71 do Código Penal.

2. No caso, a Corte local entendeu que o modo de execução dos delitos foi distinto, bem como terem sido as condutas praticadas com desígnios autônomos, de maneira a afastar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Para se concluir de maneira diversa, seria imprescindível o revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível no âmbito do habeas corpus.

Precedentes.

3. Mantido o concurso material, ficam prejudicados os pleitos de aumento da pena, pela aplicação do art. 71 do Código Penal, no patamar de 1/6, bem como de readequação do regime prisional.

4. Ordem de habeas corpus denegada. (HC 469.096/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 13/12/2018)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. ROUBOS CIRCUNSTANCIADOS. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA RECONHECIDA. ACRÉSCIMO DO TRIPLO DA PENA MAIS GRAVE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INCLUSÃO DE NOVO FATO NA CADEIA DE DELITOS CONTINUADOS. ADOÇÃO DA TEORIA MISTA. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA.

ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

[...]

5. Esta Corte Superior de Justiça tem posicionamento consolidado no sentido de que o ordenamento jurídico pátrio adota a teoria mista para a sua caracterização, segundo a qual, além dos requisitos objetivos previstos no artigo 71 do Código Penal, é necessário que se evidencie a unidade de desígnios nas condutas criminosas reiteradas.

6. Tendo as instâncias ordinárias considerado que o paciente não preenche o requisito subjetivo para a inclusão do quarto fato na cadeia de continuidade delitiva, a revisão de tal juízo demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório, providência que extrapola os limites cognitivos do habeas corpus.

7. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para reduzir o multiplicador de aumento pela continuidade delitiva específica para o dobro da pena mais grave, fixando-lhe a reprimenda, neste ponto, em 10 (dez) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mantidas as demais conclusões das decisões objurgadas. (HC 285.076/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 28/9/2016).

Ante o exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "b", parte final, do RISTJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 11 de abril de 2019.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA
Relator