

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.476.950 - SP
(2019/0097901-1)**

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
AGRAVANTE : PAULO FRANCISCO CARIOCA NETO (PRESO)
ADVOGADO : FELIPE LOURENÇO DIEGO - SP412041
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

DECISÃO

PAULO FRANCISCO CARIOCA NETO agrava de decisão que inadmitiu o recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** (Apelação n. 0000078-68.2016.8.26.0572).

Nas razões especial, a defesa requer o provimento do recurso, pare que seja aplicada a regra da continuidade delitiva. Para tanto, aponta a violação do art. 71 do Código Penal, ao argumento de que o réu preenche os requisitos para a aplicação da benesse.

O recurso especial foi inadmitido durante o juízo prévio de admissibilidade realizado pelo Tribunal local (fls. 996-997), o que ensejou a interposição deste agravo (fls. 1.001-1.010).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 1.031-1.033, pelo não provimento do recurso.

Decisão.

De acordo com a denúncia, assim foram narradas as condutas do agravante (fls. 1-2, grifei):

Consta dos autos do incluso inquérito policial que, **no dia 07 de dezembro de 2015, por volta das 09h30min**, na "Mercearia da Barra", localizado na Rua Bandeirantes, 333, Vila Sônia, nesta cidade e comarca de São Joaquim da Barra, **PAULO FRANCISCO CARIOCA NETO**, conhecido como "MC Paulim", qualificado e indiciado às fls. 23/28 **JOCELEN FERREIRA SILVEIRA DUTRA**, qualificado e indiciado às fls. 41/43, e **LUCAS MARCELINO DA SILVA** qualificado e indiciado às fls. 49/51, **agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios subtraíram, para**

proveito de todos, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo contra a vítima Georgina Souza Garcia, a quantia em dinheiro de, aproximadamente, R\$500.00 (quinhentos reais) de propriedade da Merceria da "Borra".

Consta, ainda, dos autos do incluso inquérito policial que, **no mesmo dia acima mencionado, per volta das 21h19min**, na "Farmácia Santa Casa", localizada na Rua XV de Novembro, n. 919, Centro, nesta cidade e comarca de São Joaquim da Barra, PAULO FRANCISCO CARIOCA NETO, conhecido como "MC Paulim", qualificado e indiciado às fl. 23/28 JOCELEN FERREIRA SILVEIRA DUTRA, qualificado e indiciado às fls. 41/43, e LUCAS MARCEUNO DA SILVA, qualificado e indiciado às fls. 49/51, **agindo em concurso de agentes e unidade de desígnios, subtraíram, para proveito de todos, mediante grave ameaça, exercida com o emprego de arma de fogo** contra a vítima Tamyris Fernanda Mariano da Silveira, a quantia em dinheiro de, aproximadamente, R\$ 2.240,00 (dois mil, duzentos e quarenta reais), pertencentes à farmácia mencionada.

O Juiz de primeiro grau **reconheceu a continuidade delitiva**, "eis que ambos os roubos, além de apresentarem unidade subjetiva, foram praticados em condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução, embora quanto a este último tenha havido algumas situações um pouco diversas, mas insuficientes a afastar a benesse legal" (fl. 610). Por tal razão, aplicou a fração de 1/6 para elevar a pena dos réus.

A Corte estadual deu provimento ao apelo da acusação, a fim de afastar a incidência da continuidade delitiva e aplicar a regra do concurso material entre os roubos. Confira-se (fl. 875):

Com efeito, na esteira da Teoria Mista, adotada pelo Código Penal, é essencial para a incidência do crime continuado não somente o preenchimento de requisitos objetivos mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução mas também de ordem subjetiva unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Este último não está atendido.

Com efeito, há pluralidade de vítimas, e, principalmente, inexistente unidade de desígnios. Pelo contrário, os desígnios são autônomos e não há nenhum liame subjetivo entre os

delitos, salvo a aparente habitualidade criminosa. Noutros dizeres, os delitos contra o patrimônio não representam desdobramentos um do outro. Ao revés, são eles independentes, esfacelando a continuidade à luz da profissionalização da conduta marginal. O caso é típico de assaltante por ofício, habitual, que faz da rapina o sustento.

As penas foram, então, somadas e alcançaram o total definitivo de 11 anos de reclusão, dada a prática de dois roubos majorados pelo concurso de agentes e pelo emprego de arma, os quais, segundo a denúncia, praticados contra vítimas diversas e **no mesmo dia**.

No caso, entendo que o reconhecimento da continuidade delitiva é medida que se impõe, pelas razões a seguir.

Cumpre lembrar que, quanto à continuidade delitiva, 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.

Deixo registrado que **as circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual**, de modo que não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito ao caso.

Ficou concluído, ainda, que os delitos foram perpetrados com **unidade de desígnio**, elemento que demonstra **o preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva**. Além disso, a **reiteração da conduta nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução** caracteriza a **continuidade específica** e justifica a exasperação da pena, em atenção às frações estabelecidas pela jurisprudência (pelo número de crimes praticados, dois no caso), na forma do art. 71, *caput*, do Código Penal.

No mesmo sentido:

[...]

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.

2. As circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, de modo que não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito ao caso.

3. Os delitos foram perpetrados com unidade de desígnio, elemento que demonstra o preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva. Além disso, a reiteração da conduta nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução (emprego de arma de fogo para exercer a grave ameaça) caracteriza a continuidade específica.

4. A exasperação da pena deve ser feita em atenção às frações estabelecidas pela jurisprudência (número de crimes praticados, três no caso), "considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias" (art. 71, parágrafo único, do CP)

5. Agravo regimental provido.

(**AgRg no REsp n. 1.673.501/SP**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 06/11/2017)

Assim sendo, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

A título de exemplo, menciono o seguinte julgado:

[...]

12. A lei somente estipula a exasperação máxima da continuidade delitiva específica (até o triplo), não apontando a fração mínima aplicável. Contudo, em sintonia com o *caput* do art. 71 do Código Penal, impõe-se a utilização do parâmetro mínimo de 1/6, sob pena da continuidade delitiva específica tornar-se inútil, por ser substituída pelo concurso material, cujo critério do cúmulo material é o teto da exasperação da continuidade. Por conseguinte, na quase totalidade das vezes seria a exasperação descartada a adoção do critério do art. 69 do Código Penal.

13. Estabelecido o espectro de exasperação entre 1/6 (um sexto) e o triplo, infere-se da norma que a fração de aumento da continuidade delitiva específica, descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, é determinada pela combinação de elementos objetivos - quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa - e subjetivos, consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime.

14. No caso, considerando a prática de dois delitos de roubo, a valoração negativa dos antecedentes e da culpabilidade do réu, a exasperação da pena em 1/2 (um meio) mostra-se plenamente proporcional, porquanto, em se tratando de crime continuado específico, não se utiliza apenas o critério objetivo da quantidade de crimes, devendo o julgador sopesar, também, as circunstâncias judiciais do acusado, que são desfavoráveis. Nesse diapasão, da continuidade delitiva resulta na pena definitiva de 11 (onze) anos, 10 (dez meses) e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão para os crimes de roubo, que devem ser somada à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses do crime de corrupção de menores, culminando na pena final de 13 (treze) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão.

15. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para fixar a pena definitiva final em 13 (treze) anos, 7 (sete) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, relativa aos dois crimes de roubo e o de corrupção de menores cometidos pelo paciente.

(HC n. 285.490/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 26/10/2016, grifei).

Diante dessas premissas, julgo que agiu de modo equivocado a Corte estadual, devendo ser afastado o concurso material e restabelecida a sentença que aplicou a continuidade delitiva, na adequada e justificada fração de 1/6.

À vista do exposto, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", parte final, do RISTJ, **conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial**, a fim de **restabelecer a sentença, no tocante à incidência da continuidade delitiva**.

Publique-se e intimem-se.

Brasília (DF), 29 de novembro de 2019.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ
Relator