

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.415.261 - DF (2018/0330203-1)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : FRANCISCO DENIZAR AGUIAR DA CUNHA VIEIRA (PRESO)
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

EMENTA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO CRIMINAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA POR FICÇÃO JURÍDICA. APONTADA NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 71, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. NÃO CONSTATAÇÃO. APLICAÇÃO DA TEORIA OBJETIVO-SUBJETIVA OU MISTA. PRECEDENTES. AFERIÇÃO PELO TRIBUNAL LOCAL NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS. UNIDADE DE DESÍGNIOS OU VÍNCULO SUBJETIVO ENTRE OS EVENTOS CRIMINOSOS. NÃO CONSTATAÇÃO. REITERAÇÃO CRIMINOSA DO AGENTE INDICADORA DE SUA HABITUALIDADE DELITIVA. INCOMPATIBILIDADE COM O INSTITUTO. CONCURSO MATERIAL MANTIDO. REVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.º 7/STJ. AGRAVO CONHECIDO PARA CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

DECISÃO

Trata-se de agravo em recurso especial interposto por FRANCISCO DENIZAR AGUIAR DA CUNHA VIEIRA contra decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que inadmitiu recurso especial manifestado contra acórdão prolatado no Agravo em Execução n.º 2018.00.2.003301-8.

Consta dos autos que o Agravante, em fase de cumprimento de pena, teve por indeferido, pelo Juízo da Vara de Execuções Penais local, seu pedido de “reconhecimento da prática de crime continuado, com a correspondente unificação das penas”, relacionadas “às execuções n.º 005547048.2013.804.0015 e 004303105.2013.807.0015” (fl. 2). Irresignada, a Defesa interpôs recurso de agravo em execução, ao qual o Tribunal *a quo* negou provimento.

No recurso especial, interposto com respaldo no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição da República, a Defesa sustenta, em síntese, negativa de vigência ao art. 71,

Superior Tribunal de Justiça

caput, do Código Penal, ao argumento de que apenas a hipótese de “ausência dos requisitos objetivos”, definidos em lei, “ensejaria o afastamento da continuidade delitiva” (fl. 155) ficta, sendo prescindível, por razões de política criminal, “a presença do requisito subjetivo (*unidade de desígnios*)” (fl. 156).

Assim, como “os delitos constantes da 1ª e 2ª execução são crimes da mesma espécie – roubos circunstanciados, praticados em dias muito próximos [...], ambos cometidos no” mesmo bairro e “tendo como maneira de execução padrão emprego de arma de fogo” contra as vítimas, denota-se que o reconhecimento dos crimes parcelares, com a conseguinte “unificação das penas” (fl. 155) pelo sistema da exasperação, é medida de rigor.

Contrarrazões apresentadas às fls. 168-172.

A Corte de origem não admitiu o recurso especial, motivo pelo qual subiram os autos a este Superior Tribunal de Justiça por intermédio do presente agravo.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do agravo em recurso especial (fls. 201 e 202).

É o relatório.

Decido.

Evidenciada a viabilidade do agravo, passa-se à análise do recurso especial.

Quanto à questão em debate, o Tribunal distrital explicitou (fls. 137-144; grifos diversos do original):

"A Defesa (fls. 2/7) postula pelo reconhecimento da continuidade delitiva entre os delitos que embasam as execuções referentes aos processos nº 0055470-48.2013.807.0015 e nº 0043031-05.2013.807.0015.

Assevera que restam demonstrados, nos autos, que os crimes em questão possuíam requisitos objetivos idênticos, com relação a tempo, lugar e maneira de execução, caracterizando a regra prevista no artigo 71, do Código Penal.

[...]

In casu, verifico que o acusado praticou os crimes independentes e autônomos, sem que houvesse qualquer relação entre os fatos, caracterizando, assim, a figura da reiteração criminosa.

Ademais, esta Corte de Justiça segue orientação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal no sentido de que um crime será considerado como continuação de crime anterior, se

possível for a aplicação da teoria adotada no Brasil, qual seja, a objetivo-subjetiva, mais restritiva, na qual, além da mesma espécie de crimes, praticados em condições similares de tempo e lugar e com maneira de execução semelhante, exige-se também a unidade de desígnios.

[...]

A continuidade delitiva, portanto, é uma ficção jurídica criada pelo legislador para beneficiar o agente, sendo necessária para o seu reconhecimento a presença dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modo de execução) e subjetivos (unidade de desígnios), de modo que os delitos subsequentes sejam um desdobramento do primeiro, o que não se vislumbra no caso em análise.

Infere-se dos autos que o recorrente foi condenado a uma pena de 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 6 (seis) anos e 8 (oito) meses pela prática de dois crimes de roubo circunstanciado (artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), referentes à 1ª e 2ª execuções, respectivamente. [...]

*Verifica-se que, embora com modus operandi semelhantes, a prática dos crimes referentes às mencionadas execuções **não consistiu no aproveitamento das mesmas oportunidades dos crimes anteriores.***

Isso porque é inviável a unificação das penas quando, além dos requisitos objetivos, não se verificar a presença do elemento subjetivo, qual seja a unidade de desígnios entre os crimes.

Nessa senda, resta claro que a motivação quanto a cada um dos crimes foi autônoma e que o delito subsequente não decorre do delito antecedente e com ele não guarda relação de dependência, nem revela uma sucessão circunstancial de atos, mas ações distintas e plenamente identificáveis, descaracterizando a continuidade delitiva.

No caso concreto o que se verifica é a existência da reiteração de delitos e habitualidade na prática criminosa, incompatível com a figura da continuidade delitiva, uma vez que se entende que a contumácia do recorrente na prática de crimes merece do Estado um tratamento penal mais rigoroso, e não o benefício pretendido.

[...]

Desta forma, tenho que a decisão que indeferiu o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva e, conseqüentemente, a unificação das penas, encontra-se correta e bem fundamentada não merecendo qualquer reparo, diante da ausência das condições previstas no artigo 71 do Código Penal."

Verifica-se que acórdão recorrido converge ao entendimento assentado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, no sentido de que, em homenagem à Teoria Mista ou Objetivo-**subjetiva**, o reconhecimento do instituto da ficção jurídica, preconizado

no art. 71 do Código Penal, fica sujeito ao **cumulativo** preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos.

Com efeito, tais condicionantes estão consubstanciadas na prática de crimes parcelares da mesma espécie, perpetrados com simétricas condições de tempo de lugar e maneira de execução, devendo os subsequentes serem considerados como continuação do primeiro, mas desde que perfectibilizado o **elo da continuidade pela unidade de desígnios do agente** ou **vínculo subjetivo entre os eventos**, à luz das peculiaridades do caso concreto.

No caso, o Tribunal ordinário rechaçou a objetivada continuidade delitiva, ao fundamento de que "*o acusado praticou os **crimes independentes e autônomos**, sem que houvesse qualquer relação entre os fatos, caracterizando, assim, a figura da reiteração criminosa*" (fl. 138; grifos diversos do original), haja vista que "*embora com modus operandi semelhantes, a prática dos crimes referentes às mencionadas execuções **não consistiu no aproveitamento [...] dos crimes anteriores***" (fl. 143; grifos diversos do original).

Nessa perspectiva:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 71 CÓDIGO PENAL CONTINUIDADE DELITIVA. LAPSO TEMPORAL. SUPERIOR A TRINTA DIAS. POSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.

*1. 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 forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos, uma vez que o Código Penal brasileiro adotou a teoria mista ou objetivo-subjetiva.***

[...]

4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp 1.786.500/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019; grifos diversos do original.)

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] CONTINUIDADE DELITIVA. **TEORIA MISTA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.***

[...]

4. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte,

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 os de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos.

[...]

6. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no AREsp 1.469.632/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 08/10/2019; grifos diversos do original.)

Em caso análogo, o Supremo Tribunal Federal já exortou:

"HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS E OBJETIVOS. REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM DENEGADA.

Para crimes graves, roubos qualificados, praticados com violência ou ameaça contra vítimas diversas, a pertinência da regra do crime continuado deve ser avaliada com muita cautela pelo julgador. Embora, em tese viável, se reconhecida a continuidade, o incremento da pena deve ser efetuado com atenção aos parâmetros mais rigorosos do parágrafo único do art. 71 do Código Penal. A quantidade e a gravidade dos crimes praticados contra vítimas diversas [...] indicam habitualidade ou reiteração criminosa, que não comportam o benefício da unificação das penas pela continuidade delitiva.

Ordem denegada." (HC 109.730, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-212 DIVULG 26-10-2012 PUBLIC 29-10-2012; grifos diversos do original.)

Outrossim, é cediço por esta Corte Superior que a reiteração criminosa do agente - indicadora da **habitualidade delitiva** - afasta, como expressão da supracitada Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva, a aplicação da ficção jurídica prevista no art. 71, *caput*, do CP, por ser merecedor de tratamento penal **mais severo**, sob pena de proteção Estatal deficiente à objetividade jurídica tutelada pela norma, *in casu*, albergada pelo "*artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal*" (fl. 142), com redação vigente à época dos fatos.

Em coerência sistêmica, o Pretório Excelso, ao dar interpretação constitucional ao art. 71, *caput*, do CP, pelo prisma da individualização das penas, também incidente à fase da execução criminal, tem propalado que "*a reiteração criminosa indicadora de delinquência habitual ou profissional é suficiente para descaracterizar*

o crime continuado." (RHC 93.144, Rel. Ministro MENEZES DIREITO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008 EMENT VOL-02318-02 PP-00384 RTJ VOL-00209-01 PP-00258; grifos diversos do original.).

Na espécie, conforme consignado nos autos, o *"recorrente foi condenado [...] num total de 04 (quatro) execuções penais, e requereu a unificação das penas relativas às 1ª e 2ª execuções, em função da continuidade delitiva"* (fl. 152; grifos diversos do original), delineamento apto a denotar que, no *"caso concreto, o que se verifica é a existência da reiteração de delitos e habitualidade na prática criminosa, incompatível com a figura da continuidade delitiva, uma vez que se entende que a contumácia do recorrente na prática de crimes merece do Estado um tratamento penal mais rigoroso"* (fl. 143; grifos diversos do original).

Nesse norte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTELIONATOS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUALIFICADA. ATENUANTE CONFIGURADA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE CRIMINOSA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

3. *O acórdão impugnado se firmou no mesmo sentido da orientação deste Superior Tribunal, de que não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva na hipótese em que o agente faz da prática criminosa uma habitualidade.*

4. *Agravo regimental parcialmente provido a fim de reconhecer a atenuante da confissão espontânea e, em consequência, reduzir as reprimendas para 8 anos e 2 meses de reclusão e 82 dias-multa.*" (AgRg no HC 441.147/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 26/03/2019; grifos diversos do original.)

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBOS PRATICADOS EM CONCURSO MATERIAL. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE CONTINUIDADE DELITIVA. HABITUALIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...]

II - Inviável, na hipótese, o reconhecimento da continuidade delitiva, na medida em que restou consignado pelas instâncias ordinárias que os crimes de roubo foram praticados em condições nas quais estaria configurada a habitualidade delitiva e a autonomia de desígnios [...]

[...]

Habeas corpus não conhecido." (HC 445.214/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018; grifos diversos do original.)

Em desfecho, a desconstituição do julgado, por suposta negativa de vigência ao preceito mencionado, no afã de que seja aplicado o instituto da continuidade delitiva, não reconhecido pelo Tribunal *a quo*, face à **ausência de constatação do vínculo subjetivo** entre os ventilados eventos criminosos, não encontra guarida na via eleita, visto que seria necessário a esta Corte o revolvimento do contexto fático-probatório, providência incabível, conforme inteligência do enunciado n.º 7 da Súmula do STJ.

A propósito:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. [...] CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. AUSÊNCIA DE CONSTATAÇÃO DO REQUISITO SUBJETIVO. SÚMULAS 7 E 83 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

[...]

4. Nos termos do entendimento firmado por esta Corte, 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 os de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos.

5. Não verificada a presença do requisito subjetivo pela instância ordinária, impróprio o seu reconhecimento na via do especial, por demandar revolvimento do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice pela Súmula 7/STJ.

6. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp 1.469.632/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 08/10/2019; grifos diversos do original.)

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. [...] CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DELITOS DE TRÁFICO PRATICADOS. AFASTAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

[...]

Superior Tribunal de Justiça

5. *No presente caso, a Corte local entendeu [...] afastar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Dessa forma, para se concluir de maneira diversa [...] seria imprescindível o revolvimento do acervo fático-probatório, o que encontra óbice no disposto na Súmula 7/STJ.*

6. *Agravo regimental não provido.*" (AgRg no AREsp 1.293.358/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 10/05/2019; grifos diversos do original.)

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora