

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.637.200 - RO (2019/0380776-0)**

**RELATOR : MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA**  
**AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**AGRAVADO : MARCOS SIQUEIRA LUCINDO (PRESO)**  
**ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO**

**DECISÃO**

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundamentado na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça local.

Consta nos autos que o recorrido foi condenado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, n/f art. 71, ambos do CP, à pena de 9 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, e pagamento de 321 dias-multa. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação requerendo a absolvição do recorrente e o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para reduzir a pena para 6 anos e 8 meses de reclusão, e pagamento de 17 dias-multa. O acórdão ficou assim ementado (e-STJ fl. 446):

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO QUALIFICADO. ASSALTO À AGÊNCIA DOS CORREIOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. INCREMENTO PELA REINCIDÊNCIA EXACERBADO. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. EXCLUSÃO. DOSIMETRIA AJUSTADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.*

*1. A sentença impôs ao acusado, ora apelante, condenação pelo crime de roubo, por ter praticado assalto contra a Agência da ECT do Distrito de Triunfo, no município de Candeias do Jamari/RO, com violência e emprego de arma de fogo, dali (caixa de agência) subtraindo a quantia de R\$8.725,80, além de R\$280,00 de um empregado da empresa.*

*2. O decreto deve ser confirmado, ainda que com ajustes na dosimetria da pena. A despeito da negativa de autoria, de alguma inconsistência na prova oral, a prova técnica é completamente adversa ao acusado. O laudo papiloscópico não deixa dúvidas de que o apelante foi um dos autores do assalto.*

*3. O aumento de pena pela reincidência (art. 61, I - CP), em dois anos, que correspondem a 50% (cinquenta por cento) da pena -base, revela-se exacerbado e sem razoabilidade, devendo*

*ser revisto para um ano. Embora a sentença tenha aumentado a pena pelo crime continuado, deve-se considerar que a continuidade delitiva (art. 71, CP) não descrita na denúncia não deve ser aplicada, sob pena de violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação, em maltrato ao princípio constitucional da ampla defesa.*

*4. Reposta a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias -multa, e incrementada em 1/3 (um terço) nos termos dos incisos I e II do § 2º do art. 157, chega-se ao quantitativo de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 17 (dezessete) dias -multa, na base de 1/30 (um trigésimo) do salário -mínimo do tempo do fato, corrigido, pena que se estabiliza, dada a glosa do parcela da continuidade delitiva.*

*5. Apelação parcialmente provida.*

Opostos embargos de declaração tanto pela defesa quanto pelo órgão ministerial, foram acolhidos os do acusado e rejeitados os do *Parquet* (e-STJ fl. 468):

*PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA. REJEIÇÃO DOS EMBARGOS OPOSTOS PELO MPF. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA PARTE RÉ ACOLHIDOS.*

*1. Não há obscuridade no julgado. Os embargos de declaração estão sendo utilizados pelo MPF fora da sua finalidade, que não é a de mudar o julgamento, em rediscussão de mérito, para fazer prevalecer o entendimento que considera correto sobre o tema, numa intenção nitidamente infringente.*

*2. A questão pretensamente obscura foi devidamente examinada pelo acórdão, não existindo vícios a serem sanados. Se a decisão não foi satisfatória ao embargante, o caminho natural é o recurso para a instância superior, que poderá rever o quanto aqui foi decidido. Os embargos de declaração não se prestam para o reexame da causa.*

*3. É de se deferir o pedido de justiça gratuita ao acusado, omissão que pode ser corrigida através de embargos de declaração.*

*4. Embargos declaratórios opostos pelo MPF rejeitados, e acolhidos os embargos do acusado.*

Nas razões do recurso especial, alega a parte recorrente

violação do artigo 71 do CP. Sustenta que o Tribunal *a quo* afastou o acréscimo da pena em razão da continuidade delitiva, alegando violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação, o que, para aquela Corte de origem, afrontaria o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Aponta que "embora não tenha feito referência prática dos crimes de forma continuada, a denúncia descreveu a ocorrência de três crimes de roubo praticados pelo agente, contra vítimas diversas (...)." Continua afirmando que "a sentença reconheceu provados dois desses crimes e, em benefício do réu, considerou-os praticados em continuidade (...)." (e-STJ fl. 478)

Aduz que "havendo a denúncia narrado múltiplas condutas delituosas, ainda que sem mencionar, o art. 71 do Código Penal, o reconhecimento da continuidade beneficia a defesa, pois, do contrário, seria necessário que o réu fosse condenado pelos dois crimes descritos e tidos como provados pelo juízo." (e-STJ fl. 478)

Afirma que "excluir o acréscimo da continuidade, neste caso, implicaria em julgamento *infra petita*, pois o Judiciário, embora reconhecendo a prática de dois crimes, não teria proferido condenação ou absolvição em relação a um deles." (e-STJ fl. 479)

Requer o provimento do recurso para para que seja restabelecido o acréscimo de 1/6 da pena, decorrente da continuidade delitiva, restando definitiva a pena privativa de liberdade em 7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 482/488), o recurso especial foi inadmitido (e-STJ fls. 494/495), alegando o Tribunal *a quo* encontrar óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Nas razões do agravo, alega o recorrente que não se trata de revolvimento de fatos e provas, mas de reavaliação.

O Ministério Público Federal, instado a se manifestar, opinou pelo provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 522):

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. RECONHECIDA PELA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. MESMA ESPÉCIE DO DELITO CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. AFASTADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. PARECER PELO PROVIMENTO DO AGRAVO.*

É o relatório. **Decido.**

O recurso é cabível, tempestivo e foram impugnados os fundamentos da decisão de inadmissibilidade. No mérito, o recurso merece acolhida.

Pretende o agravante o restabelecimento da continuidade delitiva reconhecida na sentença.

O juiz sentenciante, ao realizar a dosimetria da pena, tratou do tema da seguinte forma (e-STJ fls. 282/284):

(...)

*Da Continuidade Delitiva*

*Cumpre registrar que o réu agiu em regime de continuidade delitiva, tendo em vista que efetuou a subtração, em circunstâncias semelhantes de tempo, lugar e maneira de execução, mediante grave ameaça, de coisa alheia móvel pertencente aos correios (R\$ 8.725,80), e R\$ 280,00 (duzentos e oitenta reais), pertencentes à vítima Danilo Vicente Ferreira.*

*Como foram dois patrimônios lesados (o patrimônio dos Correios e o de 01 particular) pela conduta do réu, dois foram os crimes de roubo praticados. No entanto, por razões de política criminal, devem os crimes parcelares, ser havidos como continuação do primeiro, já que, como, dito as subtrações foram realizadas em circunstâncias idênticas de tempo, lugar e maneira de execução. Saliento que a denúncia, além das subtrações apontadas acima, também faz referência à subtração de "numerários e objetos de valor dos clientes da agências sinistrada". Todavia, não indica as supostas vítimas, tão pouco a res furtiva, assim, neste ponto a denúncia é inepta, pois não descreveu os demais roubos de forma a possibilitar*

*efetiva defesa. Assim, a apuração da responsabilidade é restrita somente aos dois roubos mensurados. Assim, nestes termos, diante das provas referidas, a condenação de Marcos Lucindo Siqueira é medida que se impõe.*

(...)

No presente caso, embora o órgão ministerial não tenha capitulado ao acusado a forma continuada do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal, a narrativa dos fatos está bem delineada na denúncia que traz *Por ocasião dos fatos, os denunciados, de arma em punho, adentram à agência da ECT em comento e anunciaram o assalto. O comparsa de Marcos, permaneceu no hall de entrada do estabelecimento, impedindo o acesso e resistência daqueles que se encontravam no local. Por seu turno, Marcos incumbiu-se de obter o numerário existente no "caixa" e demais objetos de valor das vítimas. Marcos pulou o balcão de atendimento da agência e dirigiu-se ao "caixa" operado pelo empregado público Danilo Vicente Ferreira, único em operação no momento do roubo. Atendendo determinação de Marcos, o "caixa" Danilo abriu a gaveta de atendimento e as demais do balcão, e o denunciado obteve todos os valores ali armazenados. Na sequência, Marcos, ainda, subtraiu a importância de R\$ 280,00 (duzentos e oitenta reais) do "caixa" Danilo, assim como numerários e objetos de valor dos clientes da agência sinistrada.* (e-STJ fl. 4)

Contudo, a Corte a quo desconsiderou a continuidade delitiva alegando violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação pelo fato daquela não estar descrita na denúncia (e-STJ fls. 442):

(...)

*Dois reparos, contudo, devem ser feitos na dosimetria da pena: (i) o aumento de pena pela reincidência (art. 61, I - CP) em dois anos, que correspondem a 50% (cinquenta por cento) da pena-base, revela-se exacerbado e sem razoabilidade, devendo ser revisto para um ano; (ii) embora a sentença tenha aumentado a pena em razão de que houve crime continuado, deve-se considerar que a continuidade delitiva (art. 71, CP) não descrita na denúncia não deve ser aplicada, sob pena de violação ao princípio da correlação entre a imputação e a condenação, em maltrato ao princípio constitucional da ampla*

*defesa. Reposta a pena intermediária em 5 (cinco) anos de reclusão e 13 (treze) dias-multa, e incrementada em 1/3 (um terço) nos termos dos incisos I e II do § 2º do art. 157, chega-se ao quantitativo de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, na base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo do tempo do fato, corrigido, pena que se estabiliza, dada a glosa da parcela da continuidade delitiva. Em face do exposto, dou parcial provimento à apelação, para reduzir a condenação do apelante para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 17 (dezesete) dias-multa, na base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo do tempo do fato, corrigido.*

(...)

O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, o art. 71, *caput*, do Código Penal, exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; e III) condições semelhantes de tempo lugar, maneira de execução e outras semelhantes, além do requisito subjetivo.

No caso dos autos, trata-se de dois roubos cometidos mediante similar *modus operandi*, tendo o réu abordado o caixa da agência dos Correios e subtraído o valor de R\$ 8.725,80 da empresa e a quantia de R\$ 280,00 pertencente ao empregado da mesma, mediante violência ou grave ameaça. Ademais, as condutas ocorreram nas mesmas condições de tempo e lugar o que permite o reconhecimento da continuidade delitiva.

Como é cediço, a sentença deve guardar consonância com a descrição fática apresentada na denúncia, sob pena de violação ao princípio da congruência e, igualmente, aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Como a vinculação é com os fatos narrados, não está o Magistrado adstrito à classificação penal apresentada pelo Ministério Público, sendo possível proceder à *emendatio libelli*, conforme autoriza o artigo 383 do CPP.

Correto, portanto, o juiz sentenciante que, pela descrição fática operada na denúncia, decidiu condenar o recorrido na forma continuada do

crime do art. 157, § 2º, I e II, do CP, procedendo a *emendatio libelli*.

Nesse sentido:

*PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE. 2. CRIME AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA PRESENTES. INÉPCIA. OBSERVÂNCIA DO ART. 41 DO CPP. AMPLA DEFESA ASSEGURADA. 3. AUSÊNCIA DE CONGRUÊNCIA ENTRE A NARRATIVA E A IMPUTAÇÃO. RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS. POSSIBILIDADE DE EMENDATIO NA SENTENÇA. 4. ANÁLISE DO LAUDO PERICIAL. MATÉRIA DE MÉRITO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 5. RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO.*

[...]

*3. No que concerne à tipificação, é cediço que o réu se defende dos fatos e não do tipo penal imputado. Portanto, ainda que a imputação esteja equivocada, de propósito ou por erro material, tem-se que caberá ao juiz, no momento da prolação da sentença condenatória, proceder a eventual emendatio libelli, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal*

[...]

*5. Recurso em habeas corpus improvido. (RHC 93.260/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018 – sem grifo no original)*

[...]

*DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. MOMENTO INAPROPRIADO. RÉU QUE SE DEFENDE DOS FATOS. EMENDATIO LIBELLI. ARTIGO 383 DO CPP. ADEQUAÇÃO NA SENTENÇA. INSURGÊNCIA IMPROVIDA.*

*1. Nos termos da jurisprudência assente deste Sodalício, o réu se defende dos fatos e não da capitulação legal trazida pelo órgão acusador na denúncia, de modo que o momento adequado para o ajuste da tipificação é o da prolação da sentença, porquanto o juiz, após percuciente análise dos fatos e provas carreados aos autos, poderá entender que o fato criminoso descrito na inicial acusatória merece outra definição jurídica e, valendo-se da emendatio libelli, conforme disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, aplicará a correta*

*tipificação penal para conduta analisada.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1283116/PI, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 24/08/2018 – sem grifo no original)

*HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. MOTIVO FÚTIL. ROMPIMENTO DO RELACIONAMENTO. INTERPRETAÇÃO DO FATO COMO TORPE NA PRONÚNCIA. EMENDATIO LIBELLI. BASE FÁTICA INALTERADA. RESPEITOS ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*2. Na espécie, embora inalterada a base fática da imputação, na pronúncia enquadrrou-se a conduta do acusado no art. 121, § 2º, incisos I e III, do Código Penal, limitando-se o sentenciante a interpretar o móvel do crime de maneira diversa da realizada pelo órgão de acusação. Às claras, a denúncia descreveu o fato supostamente praticado pelo paciente, fazendo expressa referência ao motivo do crime - rompimento do namoro entre o réu e a vítima. Diante dessas circunstâncias, a solução dada pelas instâncias ordinárias foi fiel às garantias do contraditório e da ampla defesa, enquadrando-se no art. 418 do Código de Processo Penal. Precedentes.*

*3. Habeas corpus não conhecido. (HC 236.974/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 16/09/2013 – sem grifo no original)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. PERDA DO OBJETO. DENÚNCIA. INÉPCIA. AÇÃO PENAL. JUSTA CAUSA. EMENDATIO LIBELLI.*

*I - A condenação superveniente que não faculta ao réu o direito de apelar em liberdade modifica a natureza da custódia, prejudicando, assim, o exame do writ.*

*II - Denúncia que apresenta narrativa que se ajusta ao modelo da conduta proibida não é, em princípio, inepta porquanto permite a ampla defesa.*

*III - Em sede de habeas corpus, a tese da falta de justa causa deve ser passível de imediata verificação sem recurso ao vedado minucioso cotejo analítico das provas.*

*IV - Eventual erro na capitulação legal pode ser corrigido no momento da sentença, ex vi do art. 383 do CPP, sem causar prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, porquanto o réu se defende dos fatos a ele imputados, e não da classificação do crime feita na denúncia. Precedentes.*

*Writ prejudicado em parte e denegado na parte conhecida. (HC 25.810/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2003, DJ 14/04/2003, p. 239 – sem grifo no original)*

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE INCLUSÃO DE QUALIFICADORA NÃO CONSTANTE NA DENÚNCIA. EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.*

*[...]*

*2. O acusado se defende dos fatos imputados e não de sua qualificação jurídica, inclusive esta poderá ser alterada até em hipóteses mais graves (emendatio libelli), desde que o fato correspondente ao tipo penal esteja suficientemente narrado, tudo conforme o brocardo narra mihi factum dabo tibi jus.*

*3. É descabida a tese de nulidade, tendo em vista que tanto a pronúncia quanto o acórdão do recurso em sentido estrito que a confirmou, indicaram elementos constantes dos autos que justificavam a inclusão da qualificadora questionada.*

*4. Constrangimento ilegal não verificado.*

*5. Habeas corpus não conhecido (HC 337.448/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 31/10/2017)*

*PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ART. 121, § 2º, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL. PRONÚNCIA. NULIDADE. EXCESSO DE LINGUAGEM NÃO CONFIGURADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E PRONÚNCIA. EMENDATIO LIBELLI. NARRATIVA ABRANGENTE QUE PERMITE NOVA ADEQUAÇÃO TÍPICA. POSSIBILIDADE.*

**HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.**

[...]

*III - A prolação da decisão de pronúncia exige forma lacônica e acentuatamente comedida, sob pena do órgão julgador incorrer no vício do excesso de linguagem (precedentes).*

*IV - A decisão proferida em primeiro grau, no caso em exame, limitou-se a afirmar a existência de prova de materialidade e indícios de autoria, bem como a demonstrar a viabilidade da qualificadora, nos termos do disposto no art. 413, § 1º do CPP.*

*V - Se a imputatio facti, explícita ou implicitamente, permite definição jurídica diversa daquela indicada na denúncia, tem-se a possibilidade de emendatio libelli (art. 383 do CPP).*

*VI - Não há nulidade, decorrente da inobservância do mecanismo da mutatio libelli (art. 384 e §§ do CPP), se a exordial acusatória apresenta narrativa abrangente que admite outra adequação típica.*

*VII - Na espécie, se da análise da exordial acusatória é possível concluir pela possível ocorrência de homicídio qualificado por motivo torpe, a despeito de constar a capitulação pelo motivo fútil, pode o magistrado, ao proferir a decisão de pronúncia, assim entender, sem que isto signifique prejuízo à ampla defesa.*

*Habeas corpus não conhecido.* (HC 320.201/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 27/11/2015)

Passo, então, à nova dosimetria:

Na primeira fase, ausentes as circunstâncias judiciais, fica a pena-base mantida em 4 anos de reclusão e 10 dias-multa.

Na segunda fase, ausente atenuantes, mas presente a agravante prevista no art. 61, I, do CP, mantenho o aumento da pena em 1 ano, valor estipulado pela Corte de origem, ficando fixada em 5 anos de reclusão e 13 dias-multa.

Na terceira fase, em razão das causas de aumento dos incisos I e II, do parágrafo 2º, do art. 157, do CP, aumento a reprimenda em 1/3, ficando provisoriamente fixada em 6 anos e 8 meses de reclusão e 17 dias-multa.

Em virtude da continuidade delitiva reconhecida, aumento em

# *Superior Tribunal de Justiça*

1/6 a pena, ficando definitivamente estipulada em **7 anos, 9 meses e 10 dias, de reclusão, e pagamento de 19 dias-multa**. Ficam mantidos os demais termos da condenação.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ, **conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial** para, reconhecida a continuidade delitiva, fixar a pena do recorrido em **7 anos, 9 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 19 dias-multa**, mantidos os demais termos da condenação.

Intimem-se.

Brasília (DF), 03 de março de 2020.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA  
Relator