

**PENAS. UNIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE JUNÇÃO DAS
PARTES FAVORÁVEIS DE DUAS LEIS
PARA CRIAR UMA TERCEIRA**

**TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL
TERCEIRA CÂMARA
AGRAVO Nº 147/91**

- Agravantes:* 1. Ministério Público
2. Hosmany Ramos

Unificação de penas. Roubos duplamente agravados. Crime continuado. Não cabe reconhecê-lo, se ausentes a homogeneidade temporal, espacial e modal, bem como a unidade de designios, e patente a habitualidade criminosa.

A Lei 7.209/84, introduzindo regra nova no parágrafo único do art. 71, para atender às hipóteses em que ocorrem agressões sucessivas contra bens jurídicos pessoais, é *lex mitior*, e por isso mesmo com efeito retroativo. Impossibilidade de junção das partes favoráveis das duas leis, criando-se uma terceira.

PARECER

1. O sentenciado *Hosmany Ramos* requereu ao Juízo da Vara de Execuções Penais a unificação das penas que lhe foram impostas nos Processos 344-A e 345-A, oriundos da 11ª Vara Criminal da Comarca da Capital.

2. O pedido foi liminarmente indeferido, por entender o Julgador inadequada a via escolhida (fls. 3v), interpondo o requerente recurso de agravo.

3. Em juízo de retratação, a decisão foi reconsiderada, vindo a r. sentença de fls. 42/47 que, reconhecendo a competência do Juízo da V.E.P. para conhecer do pedido, houve por bem acolhê-lo, afirmando a existência de nexo de continuação entre os dois delitos, mantendo, porém, o total de penas originariamente imposto - 13 anos e 4 meses de reclusão e multa de cem cruzados - resultado da aplicação da norma do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, introduzido pela reforma de 1984, respeitado o limite máximo das penas aplicadas em concurso material.

4. Em face dessa nova decisão, interpuseram agravos, tempestivamente, o Ministério Público e o sentenciado, aduzindo o primeiro a não caracterização, na espécie, da continuidade delitiva, já que os crimes de roubo duplamente agravado foram praticados com um intervalo superior a cinco meses, em bairros diversos, e com comparsas diferentes. Afirma cuidar-se de mera habitualidade, com destaque

para as extensas folhas penais, no Rio de Janeiro e em São Paulo, ausente ainda a unidade de desígnios.

5. O segundo agravante, por sua vez, insurge-se contra a pena fixada segundo a norma do parágrafo único do art. 71, por considerar a Lei 7.209/84 mais severa e por isso inaplicável aos fatos ocorridos antes de sua vigência, sendo certo que as duas infrações são anteriores a 1984.

6. Merece total provimento o recurso do Ministério Público. A lei penal substantiva extrai o conceito de crime continuado da homogeneidade de determinados elementos: o tempo, o lugar, a maneira de execução e outros semelhantes. No caso em exame, logo à primeira vista ressalta a incoerência da homogeneidade temporal: o primeiro roubo foi praticado em 02.06.81, fls. 12, e o segundo em 07.11.81, fls. 26, com um intervalo superior a cinco meses.

7. Ausente ainda a conexão espacial, praticados que foram os delitos em bairros diversos - um em Ipanema, outro em Laranjeiras - em concurso com diferentes comparsas - Wander Pereira dos Santos, no primeiro roubo, e Jonas da Costa Ferreira, no segundo. A participação em ambas as infrações de Firminiano Loureiro Rangel Neto, não denunciado porque falecido, e que tanto impressionou o douto Dr. Juiz *a quo*, aliada a certa semelhança no *modus operandi*, é insuficiente para fazer valer a regra benigna que os práticos criaram para o aflitivo caso do autor do terceiro furto. É que não cabe reconhecer a continuidade delitiva em prol de delinquentes habituais - e o boletim de antecedentes expedido pelo I.F.P. evidencia claramente a *perserverantia sceleris* do penitente, hábil no cometimento de variados delitos: roubos, apropriação indébita, receptação, contrabando, falsificação de moeda, dano, etc. Observe-se que a V.E.P. não remeteu xerocópia da folha penal expedida em São Paulo, conforme solicitado pela douta Presidência, podendo a requisição ser reiterada, caso julgue necessário esse Egrégio Colegiado.

8. A prevalecer a tese sustentada na r. sentença, roubos praticados por criminosos habituais, em reiteração, serão sempre havidos como continuados, desde que cometidos, como geralmente acontece, com as mesmas características e na mesma cidade. Aliás, a habitualidade foi expressamente reconhecida pela r. sentença impugnada, quando aduz:

“Contudo, os dois, agindo unidos, com caráter permanente, deixavam claro que formavam um coletivo estável voltado para a prática de crimes da mesma espécie...” (fls. 45, 7º parágrafo).

9. A respeito do tema, são dignas de registro as ponderações do eminente Ministro Cordeiro Guerra, feitas anteriormente à reforma penal de 1984, mas, ainda hoje, mais do que nunca, atualíssimas:

“... não se pode dizer que, negando a continuidade do delito, nessa hipótese de crimes autônomos, resultantes do propósito generalizado de viver à custa alheia, de um delinquente profissional, se tenha negado o texto expresso da lei penal, qual seja, o § 2º do art. 51 do CP. Respeito os que pensam em contrário, mas, evidentemente, estou convencido de que a

fraqueza na repressão penal é um estímulo à criminalidade. Não vejo razão para, em nome de um liberalismo mal compreendido, de sentimentos generosos de liberdade e igualdade, se assegure a impunidade e se estabeleça a insegurança na vida da sociedade. As grandes cidades estão a pedir que a Justiça Criminal não falhe em sua missão, porque é uma ilusão supor que a Justiça Penal não tem o dever de punir, de condenar para prevenir a reincidência. O que ela deve é ser vigilante, para evitar o erro e punir um inocente. Todavia, não estamos diante de um inocente, e sim de um indivíduo de alta temibilidade, que pretende se beneficiar com a fraqueza da interpretação da norma penal, que não impõe a solução que se pretende ... É preciso que os homens tenham a proteção da lei e que a Magistratura, pelos seus mais altos órgãos, não lhes negue o que a lei promete: a sanção da lei penal, que lhes assegure tranquilidade” (RT 550/440).

10. Pertinente enfatizar, ainda, que, embora os legisladores de 1940 e 1984 tenham esposado a teoria objetiva, insignes penalistas do porte de Roberto Lyra, Magalhães Noronha, Anibal Bruno, Basileu Garcia e tantos outros exigem também a Unidade de Ideação. Mais recentemente, Damásio de Jesus observa que “difícilmente o juiz pode concluir pela existência do nexa da continuidade sem verificar o elemento subjetivo do agente” (*Comentários ao Código Penal*, Saraiva, 1985, 2º vol., p. 685), sendo idêntico o entendimento de Weber Martins Batista (*O Furto e o Roubo no Direito e no Processo Penal*, Forense, 1987, p. 312).

11. Na mesma direção sempre seguiu a Jurisprudência, tanto do Colendo Supremo Tribunal Federal, como dos tribunais locais. Para não ser repetitiva, esta Procuradoria traz à colação apenas o seguinte aresto, do Egrégio Supremo Tribunal de Justiça:

“Direito Penal. Crime continuado. Caracterização. *Exigência de unidade de desígnio ou dolo total*. Situação atual perante a doutrina e a Nova Parte Geral. *Insuficiência da teoria objetiva pura*. Atenuações pela Jurisprudência. Teoria mista que conjuga elementos objetivos com o elemento subjetivo do agente.

Para a caracterização do crime continuado, torna-se necessário que os atos criminosos isolados apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados aos antecedentes (art. 71 do CP: devem os subseqüentes ser havidos como continuação do primeiro), ou *porque fazem parte do mesmo projeto criminoso*, ou *porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado ou facilitado pela execução desse projeto* (aproveitamento da mesma oportunidade). Recurso especial conhecido e provido para restabelecer-se a sentença que negou a continuidade delitiva, em caso de criminosos reconhecidos como habituais, os quais, com reiteração, praticam roubos autônomos, contra vítimas diferentes, embora na mesma Comarca e em curto espaço de tempo. (Rec. Especial nº 507 - São Paulo - 5ª turma, Min. Assis Toledo, D.J.U. 18/12/89 - grifos nossos)

12. Na improvável hipótese de entender diversamente essa Egrégia Câmara, por via de conseqüência, deverá ser enfrentada a questão elegante objeto do agravo interposto pelo sentenciado, pertinente à alegada irretroatividade da *lex gravior*. Afirma ele que, reconhecida a continuidade delitiva, não poderia o julgador aplicar a pena consoante a norma do parágrafo único do art. 71 do Código Penal, que criou a figura do crime continuado específico e, no seu entender, é mais severa do que aquela vigente na época dos fatos.

13. Tenho que não lhe assiste razão.

14. Como de ciência comum, o arcabouço da chamada teoria objetiva pura alemã adotada pelo legislador pátrio, foi assim traçado por Mezger: “há que exigir-se unidade do tipo básico, unidade do bem jurídico lesado, homogeneidade de execução e uma conexão temporal adequada, e *nos ataques pessoais também identidade de pessoa ofendida*” (*Tratado de Derecho Penal*, II, p. 358, trad. castelhana de José A. R. Muñoz, 1943).

15. Portanto, pela lei vigente na data dos fatos, era *incabível* o reconhecimento da continuação, havendo ofensa a bens personalíssimos de vítimas diferentes, tais como a vida, a honra, a integridade física, a liberdade, sendo torrencial a jurisprudência nesse sentido. É que o roubo é um crime complexo, em que ocorre a subtração e também, pelo menos, um constrangimento ilegal, um ataque à liberdade pessoal, que se constitui em bem personalíssimo.

16. Com o advento da Lei 7.209/84, tornou-se possível a continuação entre delitos que traduzem ofensa a bens jurídicos pessoais de vítimas *diversas* - é o que dispõe o parágrafo único do art. 71. Por conseguinte, trata-se de *lex mitior*, e por isso mesmo com efeito retroativo. Se o juiz aplicasse a lei vigente na época dos fatos - essa, sim, *gravior* - jamais poderia, sequer em tese, cogitar de continuidade delitiva. Nesse sentido a jurisprudência do Colendo Tribunal de Justiça de São Paulo, trazendo-se à colação os seguintes arestos:

“A Lei 7.209/84, que introduziu modificações na Parte Geral do Código Penal, admitiu a continuidade delitiva entre crimes dolosos contra vítimas diferentes (parágrafo único do art. 71). *Sendo dispositivo mais benéfico que o anterior*, que não previa essa hipótese, é aplicável retroativamente” (*Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 3ª edição, Saraiva, p. 28 - grifos nossos).

“O art. 71 do C.P., com a redação da Lei 7.209/84, admite a continuidade delitiva nos crimes que envolvem bens personalíssimos de vítimas diversas. Assim, já estando em vigor a nova lei à época do julgamento, admite-se sua aplicação retroativa, unificando as penas, *por ser mais benéfica*” (R.T. 626/272).

17. Também não é possível juntar-se apenas as partes favoráveis dos dois diplomas legais - o antigo e o novo - porque, assim agindo, estará o julgador *criando uma terceira lei*, de todo inadmissível, como advertem Nelson Hungria (*Comentários*, 5ª edição, vol. I, p. 120), Anibal Bruno (*Direito Penal, Parte Geral*, 4ª edição, vol. I/270),

Helena Frago (Lições de Direito Penal, 1987, Parte Geral, p. 106/107) e tantos outros juristas de escol.

18. Face ao exposto, o parecer é pelo provimento do agravo do Ministério Público, cassando-se a r. sentença que deferiu a unificação de penas, prejudicado o recurso do sentenciado.

Rio de Janeiro, 07 de abril de 1992.

DALVA PIERI NUNES
Procuradora de Justiça