

Ante o exposto, nego provimento ao regimental.

RECURSO ESPECIAL N. 704.941 - RS (2004/0144773-6)

Relator: *Ministro Felix Fischer*

Recorrente: *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*

Recorrida: *Tatiana Streliaev (Preso)*

Advogada: *Luciana Theis*

EMENTA

*Penal. Recurso especial. Furto qualificado e roubo majorado. Crime continuado. Art. 71, caput, do Código Penal. Impossibilidade.*

Não se admite a continuidade delitiva entre os crimes de furto qualificado e roubo majorado, uma vez que, apesar de estarem inseridos no rol dos crimes contra o patrimônio, são de espécies diferentes, o que afasta a aplicação do art. 71, *caput*, do Código Penal (*Precedentes do STJ e do Pretório Excelso*).

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Laurita Vaz e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

Brasília (DF), 07 de abril de 2005 (data do julgamento). Ministro Felix Fischer, Relator.

DJ de 30.05.2005

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da *Lex Fundamentalis*, pelo *Parquet*, contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 71, *caput*, do Código Penal.

Diz a ementa do v. acórdão guerreado:

*“Apelação-crime. Quadrilha armada. Roubos majorados pelo emprego de arma e concurso de agentes*

*(continuidade delitiva). Falsificação de documento público e uso de documento falso. Furto qualificado. Posse ilegal de arma.*

*Escutas e gravações telefônicas.* Escutas telefônicas autorizadas judicialmente, de pleno conhecimento do Ministério Público, sendo que os pedidos e deferimentos formaram expediente arquivado em cartório, em face do sigilo.

Inexiste nulidade nas gravações telefônicas porque efetuadas por policial atuante no inquérito, pois nada há a desmerecer a diligência realizada, ausente comprovação nesse sentido. A Lei n. 9.296/1996 nada dispõe sobre capacitação técnica para escuta e gravação, e durante a instrução não houve pedido de realização de perícia qualquer a respeito, sobre fidelidade ou reconhecimento de vozes. Válidas as gravações telefônicas, as quais integram o conjunto de provas.

*Testemunhas de acusação não arroladas na denúncia.* Não há cerceamento de defesa na inquirição de testemunhas de acusação não arroladas na denúncia, porquanto pode o magistrado, na busca da verdade real, inquirir testemunhas a qualquer tempo.

*Reconhecimentos.* Reconhecimentos por fotografia junto à autoridade policial são válidos, constituindo prova, e, aliás, presentes reconhecimentos pessoais, com confirmação em juízo.

Também inexistente nulidade em face da divulgação de fotografias na imprensa, porquanto não demonstrado qualquer interesse das vítimas a uma falsa incriminação.

*Inépcia da denúncia.* Não há falar em inépcia da denúncia, pois que descritos os fatos delituosos e suas principais circunstâncias, inclusive, transcrição de declarações de testemunhas, a dar plena ciência das imputações ao apelante.

*Prova testemunhal.* Válida a prova testemunhal, pois que não houve, tão-só, mera confirmação das declarações prestadas na delegacia de polícia, mas, sim, minudente inquirição das testemunhas, as quais, ainda que não renovados os atos de reconhecimento, ofertaram também minuciosas características dos reconhecidos e confirmaram os reconhecimentos antes realizados.

*Quadrilha.* Induvidoso o crime de quadrilha em face da prova testemunhal, existente efetiva associação

permanente para a prática de crimes. Em se tratando de crime formal que se consuma com a associação, tem-se irrelevante a ausência de comprovação da prática ulterior de crime.

*Crime continuado nos delitos de roubo.* Habitualidade. A descaracterização da continuidade delitiva em face da 'habitualidade' constitui interpretação em prejuízo do réu, pois nada dispõe a respeito a lei penal, merecendo reconhecida a continuidade entre os crimes de roubo.

*Crime continuado.* Roubo e furto. O reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e furto faz-se indispensável dentro de uma visão sistêmica do Código Penal e para a observância do princípio da proporcionalidade.

*Quadrilha armada e roubo majorado pelo emprego de arma.* Não há *bis in idem* no concurso material entre o crime de quadrilha armada e o de roubo majorado pelo emprego de arma, pois se deve diferenciar o perigo concreto e efetivo ocasionado pelo emprego de arma e o perigo abstrato ocorrente no crime de formação de quadrilha.

À unanimidade, deram parcial provimento ao apelo de Jeferson dos Santos Domingues para estabelecer o regime prisional inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CP, c.c. o seu § 3º; parcial provimento ao apelo de Luiz Vanderlei Duarte Lobo para redimensionar seu apenamento para 14 (quatorze) anos e 06 (seis) meses de reclusão; parcial provimento ao apelo de Alessandro de Souza Soares para redimensionar seu apenamento para 16 (dezesesseis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão; negar provimento ao apelo de Flavio Medeiros Leite; parcial provimento ao apelo de Wilson Fabiano Siqueira da Silva para decretar sua absolvição pela prática do quinto fato delituoso com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP, resultando condenado à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semi-aberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP, c.c. o seu § 3º; parcial provimento ao apelo de Iduardo Marion Zaballa Rodrigues para decretar sua absolvição pela prática do quarto fato delituoso com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP, do quinto fato delituoso com fundamento no art. 386, inciso IV, do CPP, e dos delitos dos arts. 297, *caput*, e 304, *caput*, ambos do CP, com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP, redimensionando

seu apenamento para 13 (treze) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão; negar provimento ao apelo de Breno Knewitz; parcial provimento ao apelo de Tatiana Streliaev para redimensionar seu apenamento para 11 (onze) anos de reclusão, absolvendo-a do delito capitulado no art. 10 da Lei n. 9.437/1997, com fundamento do art. 386, inciso III, do CPP; e parcial provimento ao apelo de Ieleston Rainier Zaballa Rodrigues para decretar sua absolvição pelo crime do art. 297, *caput*, do CP, com fulcro no art. 386, inciso III, do CPP, resultando condenado à pena de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão; com a manutenção dos demais termos da sentença. A fotografia da fl. 1.138, do menor, à época, Roberton, filho do réu Luiz Vanderlei, sem relação com os fatos, há de ser extraída dos autos" (fls. 2.184/2.186).

Dai o presente recurso especial em que o *Parquet* argumenta, a par de dissídio jurisprudencial, violação ao art. 71, *caput*, do Código Penal, requerendo a reforma do v. acórdão vergastado para afastar a continuidade delitiva reconhecida entre os crimes de roubo majorado e furto qualificado.

Admitido o recurso, ascenderam os autos a esta Corte (fls. 2.264/2.265).

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 2.273/2.278, se manifestou pelo provimento do apelo excepcional em parecer assim ementado:

*"Processo Penal. Recurso especial. Continuidade delitiva reconhecida. Crimes de roubo e furto. Extemporaneidade do recurso.*

1. Não é possível reconhecer-se a continuidade delitiva entre crimes de roubo e furto, por serem de espécies diferentes.
2. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso especial" (fl. 2.273).

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Insurge-se o recorrente contra o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo majorado e furto qualificado.

A irrisignação merece ser acolhida.

De fato, deve-se entender como inviável a aplicação da regra do art. 71,

*caput*, do Código Penal quando se tratar de hipótese em que foram praticados os crimes de roubo majorado e furto qualificado. O mencionado dispositivo legal só admite a continuidade delitiva quando, havendo mais de uma conduta, forem cometidas infrações penais da *mesma espécie*.

JULIO FABBRINI MIRABETE (*Código Penal Comentado*, Atlas, 1ª ed., 2000, p. 406) esclarece o seguinte: "Para o reconhecimento da existência do crime continuado é necessário, em primeiro lugar, que ocorram duas ou mais condutas do mesmo agente e dois ou mais resultados, ou seja, em tese, um concurso material. Existindo apenas uma conduta, ainda que desdobrada em vários atos, haverá concurso formal. É indispensável, além disso, que sejam crimes da mesma espécie, incluindo se não só os que estão tipificados na mesma norma penal, como também aqueles que se assemelhem em seus tipos fundamentais por seus elementos objetivos e subjetivos, violadores do mesmo interesse jurídico. Nada impede o reconhecimento da continuidade delitiva entre as formas simples e qualificadas de um ilícito, entre crimes tentados e consumados ou até entre crimes culposos".

Ocorre que o roubo e o furto, apesar de inseridos no rol dos crimes contra o patrimônio, são de espécies diferentes. O crime do art. 155 do CP tem como bem jurídico violado somente o patrimônio, ao passo que o delito do art. 157, crime complexo, viola também a liberdade ou a integridade física da pessoa e acrescenta o elemento objetivo da violência ou grave ameaça.

Nesse sentido vem decidindo *esta Corte*, conforme se depreende dos seguintes precedentes, *in verbis*:

***"Recurso especial. Penal. Roubo qualificado e furto qualificado. Reconhecimento da continuidade delitiva. Impossibilidade. Necessidade. Crimes de mesma espécie.***

1. Não é possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e furto, visto que são crimes de espécies distintas. Precedentes do STJ e STF.

2. Recurso conhecido e provido."

(REsp n. 636.289/RS, *Quinta Turma*, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 11.10.2004).

***"Criminal. REsp. Roubo qualificado e furto. Continuidade delitiva. Impossibilidade. Delitos de espécies distintas. Precedentes. Recurso conhecido e provido.***

Não há continuidade delitiva entre os crimes de roubo qualificado e furto, eis que, apesar de serem delitos do mesmo gênero, não são da mesma espécie, possuindo elementos objetivos distintos. Precedentes.

Hipótese em que deve ser restabelecida a sentença

monocrática, que reconheceu o concurso material entre os crimes.

Recurso conhecido e provido”

(REsp n. 557.647/RS, *Quinta Turma*, Relator Ministro *Gilson Dipp*, DJ de 19.12.2003).

**“Recurso especial. Penal. Roubo. Furto. Crimes de espécies diversas. Continuidade delitiva. Inocorrência.**

– Para a configuração do *delictum continuatum*, na moldura do art. 71 do Código Penal, além da pluralidade de ações e do nexo temporal e circunstancial quanto ao local e ao modo de execução, exige-se a comprovação da unidade de designios.

– O roubo e o furto, embora do mesmo gênero, são crimes de espécies diferentes, o que afasta a idéia de continuidade delitiva para o enquadramento como *concursum delictorum realis* (CP, art. 69).

– Recurso especial não conhecido”

(REsp n. 163.658/RS, *Sexta Turma*, Relator Ministro *Vicente Leal*, DJ de 14.02.2000).

**“Crime continuado. Furto e roubo.**

Delitos que não podem ser considerados da mesma espécie, já que o roubo, pluriofensivo, ofende, além do patrimônio, a integridade física ou a liberdade individual, o que não ocorre com o furto.

Recurso especial conhecido e provido”

(REsp n. 49.425/DF, *Quinta Turma*, Relator Ministro *Assis Toledo*, DJ de 17.10.1994).

Colaciono, ademais, o seguinte precedente do *Pretório Excelso*, *in verbis*:

**“Habeas corpus. Código Penal, arts. 157, § 2º, I e II, e 155, § 4º, IV, combinado com o art. 70, e art. 71.** Não é admissível continuidade delitiva entre roubo e furto. Firmou o STF, em sessão plenária de 21.05.1980, no RECr n. 91.317 (RTJ 98/357), que não se configura crime continuado, quando há roubo e furto, porque esses delitos, embora da mesma natureza, não são, entretanto, da mesma espécie. Concurso formal, no que concerne ao crime de roubo, eis que duas foram as vítimas. Não

houve ilegalidade quanto à pena imposta ao paciente.  
*Habeas corpus* indeferido”

(HC n. 70. 360/SP, Segunda Turma, Relator Ministro Néri da Silveira, DJ de 03.06.1994).

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para afastar a continuidade delitiva entre os crimes de roubo majorado e furto qualificado.

É o voto.

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.182 - SP  
(1999/0083883-1)**

Relatora: *Ministra Laurita Vaz*

Recorrente: *Ministério Público do Estado de São Paulo*

T. origem: *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*

Impetrado: *Juízo de Direito da Vara do Júri de Campinas - SP*

Recorrido: *Marinelson Fernandes de Oliveira*

Advogado: *Heitor Teixeira Penteado - Defensor Público*

**EMENTA**

*Recurso ordinário em mandado de segurança. Homicídio ocorrido antes da vigência da Lei n. 9.271/1996, que alterou a redação do art. 366 do CPP. Norma de caráter dúplice: Penal e Processual Penal. Inadmissibilidade de cisão. Irretroatividade. Precedentes.*

1. Tendo em vista o disposto no art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, o recurso em mandado de segurança, por possuir natureza similar ao da apelação, naturalmente devolve a este Tribunal o conhecimento pleno da matéria impugnada, que restou, pelo indeferimento do *mandamus* na instância de origem, perpetuando, dessa forma, o ato coator. Preliminar de não-conhecimento não acolhida.

2. Inexiste, de outro lado, qualquer óbice à utilização da via mandamental para impugnar decisão que, em casos como o dos autos, suspende o processo sem suspender o prazo prescricional. De fato, esta Corte tem entendimento pacificado no sentido da irretroatividade do art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 9.271/1996, aos réus revéis que tenham praticado o delito antes da sua entrada em vigor, uma vez que não se admite a cisão da referida norma que dispõe a respeito de regra de direito processual — suspensão do processo — e de direito material — suspensão da prescrição — já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu.