

Agravo de Instrumento ao E. STJ contra decisão que inadmitiu recurso especial interposto contra acórdão prolatado em revisão criminal – Reconhecimento da continuidade delitiva em roubos duplamente qualificados – Hipótese de mera reiteração delitiva – Recurso especial interposto com base no art. 105, III, “a” e “c” da CF/88 – Tema pacificado no STJ e demonstrado nos arestos paradigmas – Discussão jurídica que não pretende o reexame probatório em sede de recurso especial – Provimento do recurso interposto para afastar a inadmissão do recurso especial em juízo de admissibilidade do i. 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Agravo de Instrumento no Recurso Especial 2006.188.00073, interposto em relação ao acórdão proferido na Revisão Criminal nº 2004.053.00061¹

SEÇÃO CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA /RJ

1ª PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Relator: Des. Salim José Chalub

Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

Recorrido: André Luiz Rodrigues Dodds

Exmº Sr. Desembargador Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, por intermédio do Procurador de Justiça Titular da 1ª Procuradoria de Justiça oficiante junto à E. Seção Criminal do Tribunal de Justiça deste Estado, nos autos da Revisão Criminal nº 2004.053.00061, em que figura como Requerente André Luis Rodrigues Dodds e Requerido o próprio Ministério Público, *irresignado com a r. decisão, por delegação, do Terceiro Vice-Presidente deste E. Tribunal, que negou seguimento ao Recurso Especial interposto em face do V. Acórdão do Colendo Órgão Julgador supra referido*, vem, mui respeitosamente, **com fundamento no artigo 28, da Lei n.º 8.038, de 28/05/1990**, opor, tempestivamente, AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRECIONADO PARA O COLENDÓ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. OBS: O presente Agravo de Instrumento foi autuado no STJ sob o nº 792065. Em decisão monocrática publicada no Diário de Justiça em 14/11/2006, o i. Min. Relator Felix Fischer conheceu do recurso e deu-lhe provimento, determinando a subida dos autos do RESP nº 2006.188.00073 para julgamento. Atualmente, os autos do Agravo de Instrumento e do Recurso Especial referidos encontram-se pensados, aguardando análise.

Preliminarmente, requer a V. Ex^a a juntada das peças trasladadas, cuja autenticidade se afirma, sob responsabilidade pessoal do signatário, conforme regra enunciada pelo art. 544, § 1º, do CPC, e aplicável a todas as hipóteses de cabimento do presente recurso. *São as seguintes as peças xerocopiadas que acompanham o presente:*

— **Referentes à Ação Penal n 3.771/2003:** fls. 02/02-c (denúncia); fls. 277/285 (sentença); fls. 357/359 (acórdão); fls. 370 verso (certidão de trânsito em julgado);

— **Referentes à Revisão Criminal n 2004.053.00061:** fls. 02/04 (exordial); fls. 32/36 (aditamento à exordial); fls. 57/63 (parecer da Procuradoria de Justiça); fls. 67 (certidão de lavratura do acórdão); fls. 65 (relatório); fls. 68/69 (acórdão); fls. 69 (comprovante de intimação pessoal do acórdão); fls. 71/90 (recurso especial do M.P.); fls. 91/99 (acórdãos paradigmas); fls. 101/105 (contra-razões); fls. 107/109 (despacho agravado), fls. 110 (certidão da publicação) e fls. 111 (remessa à PGJ e vista pessoal ao Procurador de Justiça signatário).

Insta salientar que, *tendo sido o Agravado representado pela nobre Defensoria Pública, não se apresenta comprovação de constituição de mandato.*

A EXPOSIÇÃO DO FATO E DO DIREITO

1 – *André Luis Rodrigues Dodds* (ora Agravado) restou condenado, por intermédio do douto Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Gonçalo, por infringência ao artigo 157, § 2º, inc. I e II (2x) n/f do art. 69 e art. 180, *caput*, todos do CP, à pena privativa de liberdade total de 18 (dezoito) anos de reclusão (fixado o regime fechado para o início do seu cumprimento), bem como ao pagamento de 62 (sessenta e dois) dias-multa à razão unitária mínima (fls. 277/285), sendo tal condenação, contudo, modificada, parcial e de forma unânime, por acórdão proveniente da E. 3ª Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, em função da absolvição pelo crime de receptação antes apenado com dois anos de reclusão e vinte dias-multa (fls. 357/359), solidificando-se, por isso, a reprimenda em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, em regime, inicialmente, fechado e 42 (quarenta e dois) dias-multa. Trânsito em julgado operado em 19/10/2004 (fls. 370 verso).

2 – Ainda inconformado, o ora Agravado propôs Revisão Criminal, conforme petitório proemial aditado pela nobre Defensoria Pública Estadual, objetivando o reconhecimento da continuidade delitiva, face aos delitos de roubo perpetrados, afastando-se a exasperação penal pelo concurso material, sob fundamento de haver circunstância autorizadora da diminuição da pena (art. 621, III, CPP).

3 – Nos autos da Revisão Criminal referida, restou oferecido o Parecer Ministerial expendido às fls. 57/63, concluindo que o pleito não merecia prosperar, uma vez que as condutas praticadas pelo ora Agravado não atendiam ao disposto pelo art. 71, parágrafo único do Código Penal, desmerecendo, portanto, qualquer alteração a decisão revidenda. Ao revés, concluiu-se que a Revisão Criminal proposta visava tão-somente a reavaliar o quadro probatório, pretensão inteiramente descabida em tal balizada sede.

4 – Relatório junto à fl. 65. Submetido, então, a julgamento, proveu-se à Revisão Criminal, para reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de roubo qualificados pelo emprego de arma e concurso de agentes, ressaltando a equivalência entre os elementos objetivos indicados no art. 71, parágrafo único do CP (dia, lugar e maneira de execução). Por reconhecimento da continuidade delitiva, a pena final sofreu redução e acabou fixada em 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, mantendo-se os demais termos do r. decisório (fls. 68/69).

5 – Ciente o *Parquet* do V. Acórdão em 01/02/2006 (fls. 69), interpôs Recurso Especial, atendendo ao prazo quinzenal, iniciado com a ciência pessoal, em 15/02/2006.

6 – O Recurso Constitucional (fls. 71/90), calcado no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Carta Magna vigente, buscou ressaltar que o v. acórdão vergastado negou vigência ao artigo 621, III, *in fine*, do CPP e art. 71, parágrafo único do CP, quando admitiu e deu provimento à Revisão Criminal fundamentada em inexistente circunstância autorizadora de diminuição da pena (continuidade delitiva), como corolário da mera reavaliação da prova contida nos autos, sem qualquer alteração do material probatório antes já analisado, no 2º Grau de Jurisdição, em sede de apelação. Outrossim, ao reconhecer a continuidade delitiva, no caso sob análise, adotou, ainda, interpretação divergente da conferida por outros Pretórios à conformação da figura jurídica contida no artigo 71, parágrafo único do CP.

7 – Entretanto, o processamento do recurso restou indeferido pela r. decisão de fls. 107/109, que o entendeu inadmissível, relativamente à alínea “a” do permissivo constitucional supra citado, por vislumbrar pretensão afastada pela inteligência da Súmula nº 7 do E. Superior Tribunal de Justiça. Quanto à hipótese elencada pela alínea “c” do art. 105, III da CRFB/88, asseverou “que o acórdão paradigma de divergência adota o mesmo fundamento jurídico do acórdão recorrido” e também que “as diferenças existentes entre as decisões confrontadas são puramente fáticas, não justificando a admissão do recurso especial”. Eis a marcha processual até aqui desenvolvida, em apertada síntese.

DAS RAZÕES DO PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA

8 – Os obstáculos opostos na r. decisão de inadmissão, *data maxima venia*, não se mostram adequados à hipótese vertente, como se demonstrará a seguir.

I – Do suposto reexame probatório a não ensejar recurso especial

9 – No caso em tela, fundou-se a ação revisional, tida por procedente, na existência de circunstância autorizadora da diminuição da pena (art. 621, III do CPP), qual seja a continuidade delitiva (artigo 71, parágrafo único do CP).

10 – Neste sentido, sustentou o ora Agravado, àquela ocasião, que os roubos a que fora condenado haviam sido perpetrados no mesmo dia, sob as mesmas condições fáticas e modo de execução, sendo, por tais razões, cabível o reconhecimento da figura da continuidade entre os delitos.

11 – Fácil notar que a pretensão formulada na ação principal exigiria uma avaliação do contexto fático e da prova produzida durante a instrução criminal, sob pena de se tornar impossível a contextualização do pedido e a análise da ocorrência da contrariedade argüida.

12 – O v. Acórdão revisional acolheu, porém, tal pretensão, rescindindo a decisão condenatória e reconhecendo a continuação entre os crimes patrimoniais cometidos (art. 157, § 2º, I e II [2 vezes] do CP). Como corolário, reduziu a pena anteriormente fixada em 18 (dezoito) anos de reclusão para 12 (doze) anos, com exasperação de 1/2 (metade), mantendo os demais termos da decisão revidenda.

13 – Ocorre que, como aduzido no Recurso Especial, alfim inadmitido, extrapolou, notoriamente, a E. Seção Criminal os limites de análise contextual necessários e admitidos pela via revisional, resultando a procedência revisional em indevida reinterpretação do conjunto fático, contrariando, assim, expressamente, o contido no art. 621, III do CPP. Houve, ademais, errônea interpretação do disposto no art. 71, parágrafo único do CPP, vez que a continuidade delitiva foi reconhecida, unicamente, em razão da presença dos elementos objetivos indicados pela citada regra penal, o que não satisfaz a exigência normativa, a impor a avaliação e constatação da existência de liame subjetivo entre as condutas ilícitas perpetradas.

14 – A apresentação dos argumentos ora celeremente lembrados impõe certa alusão aos fatos originários, que representam a gênese da discussão jurídica que se busca afervorar. *Há, contudo, significativa diferença entre pretender-se o reexame probatório vedado pela Súmula indicada e a valoração extraída do seu exame para efeito da qualificação jurídica (matéria de direito) que se pretende demonstrar, à luz dos textos negligenciados ou afrontados.*

15 – Nesse exato sentido, assim se posicionam ROBERTO ROSAS, in “Direito Sumular”, Ed. Malheiros, 8ª ed., p. 295 e PERSEU GENTIL NEGRÃO, in “Recurso Especial”, Ed. Saraiva, 1ª ed., pp. 66/s.

16 – Evidente que, se a questão de fato e a questão de direito estão, intrinsecamente, atreladas, como na hipótese da configuração da espécie de concurso de crimes, como no caso vertente, é de se reconhecer admissível o recurso que a questiona, conforme preleciona PERSEU GENTIL NEGRÃO (in, op. cit., p. 68), citando MIGUEL REALE em “Lições Preliminares de Direito”, a saber:

“... quando as questões de fato e de direito se achem estreita e essencialmente vinculadas, a tal ponto de uma exigir a outra, é sinal que existe algo a ser esclarecido em tese, sendo aconselhado o julgamento prévio no Tribunal, ou a admissão do Recurso...”.

17 – Outro não é o entendimento pretoriano a respeito da *vexata quaestio*. Este Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em situações equivalentes, declarou a possibilidade de tal questionamento, em sede de Recurso Especial. Nesse sentido (negritos nossos):

“STJ, REsp 47216/MA – 6ª Turma, Min. Vicente Leal, v. u. DJ 18.08.1997, p. 37918 – RSTJ vol. 100 p. 320

Processual Penal. Recurso Especial. Valoração da prova. Questão federal. Lesões corporais. Alegação de legítima defesa. Decisão fundada em depoimento do réu. Prova imprestável. Nulidade.

— A doutrina nacional e a jurisprudência deste Superior Tribunal consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração da prova em sede de Recurso Especial, pois tal estudo – valoração da prova – situa-se no campo da questão federal, susceptível de conhecimento no espaço do apelo nobre.

— É nula a decisão judicial que, desprezando as demais provas produzidas nos autos de ação penal, forma o entendimento com base no depoimento do acusado e proclama a sua absolvição sob o pálio da excludente legítima defesa, mesmo em face do fato confesso de haver disparado cinco tiros de revólver contra a vítima.

– Recurso Especial conhecido e parcialmente provido.”

Cabe, aqui, destacar do voto-condutor deste aresto: "Também é certo e indubitado que a doutrina nacional e a jurisprudência deste Tribunal consagram a tese da possibilidade de exame do critério legal de valoração das provas em sede de recurso especial, o que não consubstancia a questão de fato. Daí porque não comporta controvérsia o pensamento que situa e qualifica o estudo da valoração da prova no campo da questão federal, susceptível de conhecimento no espaço nobre do recurso especial".

STJ, REsp. 46.186-3/DF – 5ª Turma - Rel. Min. Edson Vidigal, v. u. DJU 4.12.95

Fonte: RT 725/531-533.

Título: PROVA – Exame de corpo de delito – Impossibilidade de sua realização – Suprimimento pela prova testemunhal, se em harmonia com os demais elementos dos autos. ESTUPRO – Tentativa – Atentado violento ao pudor – Distinção – Concurso material de infrações – Possibilidade de reconhecimento. RECURSO ESPECIAL – Erro sobre critérios de apreciação da prova – Matéria de direito – Cabimento do recurso.

Acórdão: Ementa oficial: Não sendo possível exame de corpo de delito, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta, mormente se corroborada nos demais elementos de convicção existentes nos autos e reconhecidos pela sentença. Ementa da redação: Conquanto muitos autores não admitam o "conatus" no crime de estupro, levado na prática, a confundi-lo com o atentado violento ao pudor, há distinção entre as figuras. Na tentativa de estupro, o fim em mira é a cópula; no atentado ao pudor é a prática de ato libidinoso diverso da conjunção sexual e nada obsta que ambas as figuras, em concurso material, se façam presentes em ação delitiva. Ementa da redação: *O erro sobre critérios de apreciação da prova ou errada aplicação de regras de experiência são matérias de direito, e, portanto, não excluem a possibilidade de recurso especial.*

18 – É o que, *data maxima venia* da posição sustentada pelo Exm. Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, buscou-se demonstrar com a interposição do Recurso Especial por aquele inadmitido.

19 – Pautados em Recursos Especiais análogos, outrora providos, cremos na relevância e no sucesso do recurso que ora se interpõe, que visa evitar errônea aplicação da lei federal, no que tange ao reconhecimento de figura jurídica criada para hipóteses excepcionais, de caráter extremamente benévolo, e que (infelizmente) constantemente se vê reconhecida para casos de mera reiteração criminosa, como o que embasa esta irresignação.

20 – No Recurso Especial, ao utilizar-se o fundamento indicado no art. 105, III, alínea “a” da CRFB/88, buscou-se comprovar a contrariedade aos citados dispositivos da lei penal (art. 71, parágrafo único do CP e art. 621, III do CPP). Evidencia-se, portanto, o destaque jurídico apresentado nas razões do Recurso Especial, não sendo razoável afastar sua apreciação pelo fundamento da Súmula n.º 07 deste E. STJ, pois não devemos confundir qualificação jurídica dos fatos demonstrados com o mero reexame probatório.

II – Do suposto questionamento aos paradigmas ofertados

21 – Da mesma forma se afigura improcedente tal impeditivo fundamento, à simples leitura do material divergente colacionado. Primeiro, porque, ao contrário do aduzido na decisão de fls. 108, não foi apenas um paradigma apresentado; ao revés, foram ofertados dois acórdãos paradigmas e, evidentemente, com fundamentação jurídica oposta à do acórdão recorrido! Segundo, porque o Ministério Público teve o cuidado de trazer à colação decisões oriundas deste E. Superior Tribunal de Justiça (fls. 92/99) e após compará-las com a hipótese dos autos (fls. 82/90), assim se manifestando, naquela oportunidade:

“Extremamente nítido, *mutatis mutandi*, o paralelismo existente entre a situação enfocada e as hipóteses versadas nos arestos retro colacionados, tomados como paradigmas. Mormente, quanto aos destaques atribuídos ao voto condutor do HC 34.390/SP, em que se nota semelhanças inquestionáveis entre o modo de ação ali narrado e o que ocorreu no caso ora em julgamento. Isto porque, como se lê na denúncia (fls. 02, da ação penal original e cópia às fls. 37/40 da Revisão Criminal), o Recorrido (*André Luis Rodrigues Dodds*) praticou roubos contra vítimas diversas, ora acompanhado do co-réu Luciano Alaphin da Costa Pereira, ora de terceiro não identificado, a indicar que a intenção era, unicamente, a de subtrair o patrimônio

alheio, fazendo desta prática um meio de auferir proveito patrimonial (reiteração criminosa), não existindo liame subjetivo entre os crimes.”

22 – De notar-se que o preceito prevê que os julgados sejam semelhantes, isto é, não há necessidade que sejam idênticos. Ora, como se pode conferir, os acórdãos colacionados, no Recurso Especial, guardam semelhança suficiente para a comprovação do dissídio jurisprudencial invocado, referindo-se à discussão quanto ao elemento subjetivo elementar à caracterização da continuidade delitiva, diversos entre as hipóteses em confronto (acórdão recorrido e os paradigmas), a demonstrar, igualmente, com a devida vênia, a improcedência alegada de que “as diferenças existentes entre as decisões confrontadas são puramente fáticas”(fls. 108)!

23 – Destarte, com supedâneo no art. 105, III, alínea “c” da Lei Maior foram diversos julgados colacionados ao Recurso Especial, que buscaram demonstrar que o reconhecimento da continuidade delitiva com base na Teoria Objetiva contraria frontalmente a tese atual deste E. Superior Tribunal de Justiça, levando a errônea interpretação do art. 71, parágrafo único do CP. Pela mesma razão, entende esta Corte Superior que a mera reiteração criminosa afasta o cabimento da regra do art. 71, parágrafo único do CP, pois incompatível com o liame subjetivo por essa exigido entre as condutas praticadas em concurso, item igualmente abordado pelos arestos colacionados e comparado com a hipótese julgada.

24 – Houve, portanto, *data maxima venia*, adequada demonstração do dissídio jurisprudencial, tal como se impunha, tendo sido realizado o cotejo analítico *quantum satis* entre as situações emparelhadas quanto ao *thema decidendum* trazido a esta Corte Superior.

DO PEDIDO

25 – Pelo exposto, confia e aguarda o Procurador de Justiça signatário do presente a reconsideração da r. decisão ora agravada ou, se inacolhida tal pretensão, recebido seja o presente inconformismo como Agravo de Instrumento e se digne V. Ex^a determinar a remessa do mesmo ao Colendo Superior Tribunal de Justiça, para efeito de conhecê-lo e lhe dar provimento, a fim de que o recurso especial tenha seguimento.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2006.

JOSÉ ROBERTO PAREDES
Procurador de Justiça
Titular da 1^a Procuradoria de Justiça oficiante
junto à Seção Criminal do TJRJ