

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ – UFC
GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULA REGINA ARAUJO NASCIMENTO

219263

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CRIME
CONTINUADO AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A VIDA**

Monografia de Graduação em Direito

Fortaleza– Ceará
2006

2.95

Ac 136733
348.238
N 244a
R 14089887

PAULA REGINA ARAUJO NASCIMENTO

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CRIME
CONTINUADO AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A VIDA**

Monografia submetida à Coordenação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof^a. Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari.

Fortaleza – Ceará
2006

PAULAREGINA ARAUJO NASCIMENTO

**ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO CRIME
CONTINUADO AOS CRIMES COMETIDOS CONTRA A VIDA**

Monografia submetida à Coordenação da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Ceará como requisito parcial para obtenção do
grau de bacharel em Ciências Jurídicas.

Aprovada em ____ de _____ de 2006.

BANCA EXAMINADORA:

Fernanda Cláudia Araújo da Silva Vaccari
Prof. Orientadora da Universidade Federal do Ceará

William Paiva Marques Júnior
Prof. Examinador da Universidade Federal do Ceará

Leonardo Cacau la Bradbury
Convidado

*Aos mestres que inspiraram o amor pelo
Direito Penal.*

*A Deus, amparo e fortaleza nos momentos de
dificuldade.*

Agradecimento

À minha família, meus pais, irmãs, meus sogros, sempre dispostos a me ajudar e incentivar.

Ao meu querido esposo Lizomar, um grande homem, sempre incansável em me apoiar com todo seu amor e dedicação.

A minha filhinha Beatriz, alegria dos meus dias.

A minha orientadora Professora Fernanda Cláudia pela sua disponibilidade e dedicação em me ajudar a desenvolver este estudo.

As minhas queridas amigas, que estão presentes sempre em minhas recordações.

Ao meu querido professor Marcelo Lagrota Félix, que através de sua incansável dedicação ao Direito fez nascer em mim o amor pelo Direito Penal.

Mais uma vez agradeço à Deus, amparo e fortaleza nos momentos de dificuldade.

RESUMO

O presente trabalho analisa o crime continuado, com ênfase em seus aspectos controvertidos na doutrina e na jurisprudência principalmente no que se relaciona a sua aplicabilidade aos crimes cometidos contra a vida. Para tanto, analisa os seus conceitos, origem histórica e evolução. Oferecendo uma noção do concurso de crimes cujas espécies são o concurso formal, o concurso material e o crime continuado, o qual é objeto principal deste estudo. A aplicação da pena, nesses casos, pode adotar diversos sistemas: o da absorção, do cúmulo material, do cúmulo jurídico e o da exasperação. Ao crime continuado, no Brasil, como espécie de concurso de crimes, é aplicado o sistema da exasperação. Tratando-se de crime continuado comum, se idênticos os crimes, aplica-se uma só pena e se diferentes os delitos, a pena do mais grave, em ambos os casos aumentada de um quantitativo variável estabelecido em lei. Quanto ao crime continuado específico, prevê o legislador possibilidade de apenação mais severa. Nesse contexto é que se pretende uma análise da aplicabilidade do instituto aos crimes contra a vida os quais receberão não um tratamento do crime continuado comum mas do crime continuado específico diante da sua gravidade, a fim de que seja aplicada a pena justa e proporcional ao crime cometido, buscando-se alcançar o objetivo central do Direito Penal, que é a tutela dos bens jurídicos mais relevantes, bem como suprir os anseios da sociedade na repressão da criminalidade.

Palavras-chave: concurso de crimes; crime continuado; crime continuado específico; bens personalíssimos; crimes contra à vida;

ABSTRACT

The present work analyzes the continuous crime, with emphasis in their aspects controverted in the doctrine and in the jurisprudence mainly with regard to his applicability to the crimes committed against the life. For so much, it analyzes their concepts, historical origin and evolution. Offering a notion of the contest of crimes whose species are the formal contest, the material contest and the continuous crime, which it is main object of this study. The application of the feather, in those cases, it can adopt several systems: the one of the absorption, of the material heap, of the juridical heap and the one of the exasperation. To the continuous crime, in Brazil, as species of contest of crimes, the system of the exasperation is applied. Being treated of common crime, if identical the crimes, only one feather is applied and if different the crimes, the feather of the most serious, in both cases increased of a quantitative variable established in law. As for the specific crime, he foresees the legislator possibility of more severe apenação. In that context it is that an analysis of the applicability is intended from the institute to the crimes against the life which will not receive a treatment of the common crime but of the specific crime due to his gravity, so that the fair and proportional feather is applied to the committed crime, being looked for to reach the central objective of the Penal Right, that it is the protection of the more relevant juridical goods, as well as to supply the longings of the society in the repression of the criminality.

Word key: contest of crimes; continuous crime; specific crime; personal goods ; crimes against to the life.

SUMÁRIO

Introdução.....	09
1. Observações sobre o Concurso de Crimes.....	12
2. Concurso Material.....	16
3. Concurso Formal.....	18
4. Crime continuado.....	20
4.1 Aspectos históricos do Crime Continuado.....	21
4.2 Legislação alienígena.....	24
4.3 Evolução da legislação no Brasil.....	26
4.4 Natureza Jurídica.....	28
4.5 Fundamentos.....	32
4.6 Estrutura do crime continuado.....	34
4.7 Requisitos para a configuração da continuidade delitiva.....	41
4.7.1 Diversidade de condutas.....	42
4.7.2 Crimes da mesma espécie.....	42
4.7.3 Crimes praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes.....	44
4.8 Aplicabilidade do crime continuado específico aos bens personalíssimos.....	48
5. Inaplicabilidade do crime continuado aos crimes contra a vida: mobilização social e proposta legislativa.....	53
Considerações Finais.....	56
Referências.....	58

INTRODUÇÃO

O Art. 71¹ do Código Penal Brasileiro consagra em nosso ordenamento jurídico o instituto do Crime Continuado, o qual remonta aos séculos XIV e XV, quando foi desenvolvido pelos glosadores. O crime continuado foi um instituto concebido durante a Idade Média que buscou através de uma ficção jurídica evitar que o autor do terceiro furto consecutivo fosse apenado com a pena capital, o que ocorria ainda que as subtrações fossem de menor importância, passando-se dessa forma a corrigir tais absurdos.

Hodiernamente sua aplicação se deve a princípios de política criminal, havendo continuidade delitiva quando o agente, mediante mais de uma conduta, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie. Para sua configuração é indispensável que se verifique se os crimes foram cometidos sob as mesmas circunstâncias de tempo, modo de execução, lugar, dentre outras preceituadas pela legislação e desenvolvidas pela doutrina, reduzindo-se o *quantum* da pena aplicada ao fato criminoso.

Nesse sentido, os fatos típicos posteriores que se prestam a dar continuidade ao primeiro, configuram um fenômeno de unidade continuada de fatos típicos, a qual constitui

¹ Art.71 do Código Penal Brasileiro. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único: Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art.75 deste código.

o instituto. Tal possibilidade aplica-se também a práticas violentas contra vítimas diferentes, conforme a inteligência do parágrafo único do mencionado artigo.

A escolha do tema se deve à necessidade de conhecer e analisar as peculiaridades do instituto de maneira a compreender sua aplicação aos casos práticos e a aprofundar as controvérsias existentes na doutrina sobre os mais diversos aspectos do instituto, principalmente com relação a sua aplicação aos crimes cometidos contra bens personalíssimos, destacando a importância da discussão acerca das orientações a que se filiou o legislador, dada à repercussão prática de tais escolhas.

Para uma melhor compreensão do tema o desenvolvimento se estendeu em seis capítulos, versando os primeiros capítulos sobre o concurso de crimes, modalidade a qual faz parte o instituto em análise.

Temos então o capítulo que se dedica ao estudo do crime continuado, da sua origem histórica, legislação alienígena pertinente e a sua evolução na legislação brasileira, abordando-se ainda a sua natureza jurídica, seus fundamentos, estrutura e requisitos.

Por último, apresenta-se o objeto principal do tema onde se procede a uma análise sobre a aplicabilidade do crime continuado específico aos bens personalíssimos desenvolvendo severa crítica sobre a inaplicabilidade do crime continuado aos crimes contra a vida, demonstrando inclusive a mobilização social e proposta legislativa que tramita no Congresso Nacional que vislumbra a possibilidade de se alterar o Código Penal em seu Art.71.

A metodologia utilizada no trabalho monográfico é caracterizada como um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica e documental: através de leis, normas, pesquisa on-line, Código Penal, dentre outros que tratam sobre o tema. Segundo a abordagem é qualitativa e, segundo a utilização dos resultados, a pesquisa caracteriza-se como pura, tendo por finalidade aumentar o conhecimento do pesquisador para uma nova tomada de posição, não pretendendo transformar a realidade.

1. OBSERVAÇÕES SOBRE O CONCURSO DE CRIMES

O evento criminoso poderá ocorrer com unidade fática e de agente, ou seja, um só agente pratica um só crime, mediante uma ação ou omissão ou em consórcio de agentes o que dá margem ao chamado concurso de pessoas. Todavia, pode ocorrer que este mesmo agente ou agentes em concurso venham a praticar vários delitos mediante uma ou mais ações ou omissões o que implicará na incidência de *concurso de crimes*.

Desse modo, pode-se afirmar que se configura o concurso de crimes quando o agente comete dois ou mais crimes, através de uma ou mais condutas comissivas ou omissivas. Neste caso, para se saber se houve unidade ou pluralidade delitiva é preciso consultar a norma penal, tendo em vista que adotamos no Brasil, a concepção normativa de concurso de crimes onde a intenção é aferir qual a pena justa a ser aplicada a quem incorre no concurso de crimes. Para tanto, cuida o Código Penal Brasileiro do concurso material (ou real) do concurso formal (ou ideal) e do crime continuado (ou continuidade delitiva).

Levando-se em consideração essa diversidade de espécies de concursos de delitos, são registrados pela doutrina diversos sistemas teóricos com o objetivo de estabelecer precisamente uma graduação da pena. São mais destacados os seguintes:

- a) *Sistema da absorção;*
- b) *Sistema do cúmulo material;*
- c) *Sistema do cúmulo jurídico;*
- d) *Sistema da exasperação.*

1.1 Sistema da absorção

De acordo com o sistema da *absorção*, a pena mais grave absorva a menos grave. É o que ocorre em Portugal no tocante ao crime continuado. A crítica mais severa voltada ao sistema da absorção, é a de que o infrator poderá rodear o crime mais grave de crimes de menor gravidade que restariam impunes.

1.2 Cúmulo material

Pelo sistema do *cúmulo material*, é cabível o somatório de todas as penas previstas para cada um dos crimes cometidos em concurso. Desta forma, uma mera soma aritmética resultará na determinação do quantitativo da pena final a ser imposta ao agente que cometeu os delitos em série, com a aplicação cumulativa das penas (*tot poena quot delicta*). A principal crítica dirigida a este sistema se baseia na inutilidade de uma pena muito longa, decorrente da cumulação das penas, fatalmente gerando efeitos prisionais muito severos, sem, no entanto, contribuir efetivamente com a reinserção do delinqüente, em descompasso com a finalidade ressocializadora da pena.

1.3 Cúmulo jurídico

O sistema do *cúmulo jurídico* preconiza que a pena a ser aplicada deve ser maior do que a prevista para cada um dos crimes integrantes, isoladamente. Entretanto, essa pena final não pode corresponder ao somatório simples das penas cominadas a cada crime, sob pena de igualar-se ao cúmulo material, inclusive nos defeitos deste. Neste caso, fixa-se um limite máximo jurisprudencial de que não pode exceder o aplicador. Tal sistema foi adotado pelo Código Italiano de 1889 e se baseia na idéia de que na verdade não existe cúmulo, mas

sim pena única progressiva, uma vez que os crimes não se acumulam, nem são absorvidos, mas causam um dano social progressivo.

1.4 Exasperação

É o critério que permite, quando o agente pratica mais de um crime a fixação de somente uma das penas acrescida de um quantitativo fixo ou variável, estabelecido pela lei, que serviria para representar a punição pelos demais crimes.

Em nosso sistema penal foram adotados os sistemas do *cúmulo material*, nos casos de concurso material e concurso formal impróprio, e o da *exasperação*, previsto para os casos de concurso formal próprio e crime continuado.

Na determinação da punição no concurso de crimes devem ser levados em consideração dois princípios: o do *ne bis in idem*, ou seja, ninguém deve ser punido mais de uma vez pelo mesmo crime e a cada crime deve corresponder uma pena, devendo-se retribuir de maneira justa cada comportamento punível, para que não haja punição maior do que a razoável nem menor do que a merecida e necessária à prevenção e repressão dos delitos cometidos.

Matéria divergente na doutrina é a inclusão do concurso de crimes dentro do contexto da teoria do crime ou da teoria da pena. Para alguns doutrinadores, a matéria deve ser estudada e interpretada sob as regras da teoria do crime, já que o que se analisa é a conduta criminosa nas formas em que se apresenta. Para outros doutrinadores como Damásio Evangelista de Jesus que entende que o Código Penal, ao tratar a questão nos

Arts. 69 a 72, 75 e 76 que estão inseridos no Capítulo III do Título V², os quais cuidam das penas e de sua aplicação, incluiu a matéria no âmbito da teoria da pena e não do crime³.

Defendendo o autor que a posição topográfica do assunto no Código é equivocada, já que, em sua opinião, o concurso de crimes deveria ser tratado na teoria geral do crime, dada a maior importância das questões relacionadas com o delito em geral, do que com a pena em geral.

Embora seja predominante o entendimento de que o concurso de crimes faz parte da teoria do crime, a identificação do concurso de crimes está ligado diretamente ao modo de aplicação da pena.

² **Art. 69** - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. § 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

Art. 76 - No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave.

³ **JESUS, Damásio E. de.** Direito Penal, São Paulo: Saraiva, p. 598, v. 1.

2. CONCURSO MATERIAL

Consubstancia-se o concurso material ou real quando o agente pratica dois ou mais crimes, mediante mais de uma conduta comissiva ou omissiva. Tais delitos podem ser da mesma natureza (concurso homogêneo) ou de natureza diversa (concurso heterogêneo).

São pressupostos do concurso real a pluralidade de ações delitivas e a possibilidade de ajuizamento em conjunto de todas as ações penais a elas referentes. Normalmente os crimes são apurados no mesmo processo, mas quando isso não for possível, a soma das penas será feita na Vara de Execuções Criminais.

A regra do concurso material não se aplica quando estiverem presentes os requisitos do crime continuado (crimes da mesma espécie praticados nas mesmas condições de tempo, local e modo de execução).

O Concurso material adotado por nosso Código Penal é denominado atenuado ou moderado, pois, apesar de permitir a acumulação ilimitada das penas aplicadas ao agente, o Art. 75 impõe uma limitação ao tempo de permanência no cárcere, que é de 30 (trinta) anos. Destarte, é possível a imposição de uma pena superior a esse teto, mas o condenado não cumprirá mais do que três décadas.

As penas privativas de liberdade correspondentes, em tese, a cada uma das condutas, são aplicadas cumulativamente. Havendo cumulação de penas de reclusão e de detenção, aquela será executada primeiro. As penas de multa serão aplicadas distinta e integralmente, não obedecendo, portanto, o regramento do concurso de crimes (CP, Art. 72).

Se o agente for condenado a pena privativa de liberdade e não for beneficiário de *sursis* por um dos crimes ou mesmo do regime aberto, não poderá receber o benefício da substituição por pena restritiva de direito prevista no art. 44 em relação aos demais delitos (CP, Art. 69, § 1º).

Em caso de aplicação de pena restritiva de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente se não for possível o cumprimento simultâneo (Art. 69, § 2º).

3. CONCURSO FORMAL

Nos termos do Art. 70, caput, do Código penal configura-se o concurso formal ou ideal quando mediante uma única ação ou omissão o agente pratica dois ou mais crimes (da mesma natureza ou não), por meio de uma só conduta, o que difere do concurso material, no qual ocorre mais de uma conduta.

Nesse caso se os crimes forem idênticos aplica-se somente uma pena aumentada, de um sexto (1/6) até a metade (1/2). É a regra contida na primeira parte do Art. 70, relativa ao *concurso formal perfeito*.

Para calcular o percentual adequado ao aumento de um sexto à metade, deve o magistrado levar em consideração o quantitativo de crimes praticados pelo agente. Quanto mais crimes, mais deve o acréscimo se aproximar da metade, quanto menos, mais deve o acréscimo se aproximar de um sexto.

Na segunda parte do Art. 70 o legislador prevê o *concurso formal imperfeito* onde as penas serão somadas (pela mesma regra do concurso material) sempre que o agente, com uma só ação ou omissão dolosa, praticar dois ou mais crimes, cujos resultados ele intencionalmente visava, ou seja, atuando com autonomia e desígnios em relação aos resultados.

Na aplicação das penas resultante do concurso formal esta pode entretanto, resultar em um *quantum* superior a soma destas, o que seria contrária à regra do concurso formal criada para beneficiar o acusado, dessa forma incidindo tal hipótese o legislador optou por

aplicar a pena ao máximo que seria cabível pela regra do concurso material (Art. 70, parágrafo único).

Salienta-se que a conduta pode ser dolosa ou culposa, logo é possível haver concurso entre crimes dolosos e crimes culposos, e ainda entre um crime doloso e um culposos.

Sobre as penas de multa em sede de concurso formal, é válida a mesma regra prevista para o concurso material, ou seja, são elas aplicadas distinta e integralmente, sem vinculação às regras que norteiam o sistema de concurso de crimes (CP, Art. 72).

4. CRIME CONTINUADO

Previsto em nosso ordenamento jurídico no Art. 71 do Código Penal Brasileiro, o instituto do Crime Continuado remonta aos séculos XIV e XV, quando foi desenvolvido pelos glosadores. Em sua origem tinha um objetivo claro: evitar a aplicação da pena capital aos criminosos que incorressem pela terceira vez consecutiva no delito de furto.

Na atualidade, o instituto, desenvolvido na Itália, está presente na legislação penal de praticamente todos os países de cultura ocidental e tem sua aplicação ligada a princípios de política criminal diferentes daqueles que o originaram.

O legislador de 1984, ao reformar a Parte Geral do Código Penal Brasileiro, talvez preocupado em não deixar margem de dúvidas para a doutrina e para a jurisprudência, delimitou conceitualmente o crime continuado. Configura-se a continuidade delitiva quando o agente, mediante mais de uma conduta, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie. Para tanto é indispensável aferir se os crimes foram cometidos sob as mesmas circunstâncias de tempo, modo de execução, lugar, dentre outras circunstâncias preceituadas pela legislação e desenvolvidas pela doutrina, reduzindo-se o *quantum* da pena aplicada ao fato criminoso. Assim, os fatos típicos posteriores que se prestam a dar continuidade ao primeiro, configuram um fenômeno de unidade continuada de fatos típicos, a qual constitui o instituto.

O conceito agora esboçado, de confessada inspiração legislativa, está de par com o pensamento de Manoel Pedro Pimentel:

[...] O crime continuado é uma ficção jurídica inspirada pelo critério da benignidade; destinada a servir como fator de individualização da pena e deduzida, por motivos de equidade justificados pela culpabilidade diminuída do

agente, da homogeneidade de condutas concorrentes que ofendem o mesmo bem jurídico⁴.”.

Tal possibilidade aplica-se também a práticas violentas contra vítimas diferentes, conforme a inteligência do parágrafo único do mencionado artigo, o que era inconcebível quando do surgimento do instituto.

4.1 Aspectos históricos do crime continuado

Divergem os autores sobre a origem do crime continuado. Afirma-se que o instituto foi desconhecido no direito romano assim como nos direitos canônico e germânico. Sustentam todavia, orgulhosamente os penalistas italianos que o crime continuado é criação da doutrina de sua pátria o que é contestado por alguns doutrinadores como Juan Del Rosal apoiado nas conclusões de Silva Correia citados por Manoel Pedro Pimentel, que os práticos medievais italianos não conseguiram atinar para o verdadeiro sentido da continuação delituosa. Entretanto, para a maioria dos doutrinadores, o instituto foi desenvolvido pelos glosadores, pós-glosadores e, especialmente pelos práticos.

Álvaro Mayrink da Costa tece vasto histórico do instituto, sustentando, inclusive, que apesar de não ser uma criação puramente romana, encontra na lei romana seu fundamento, justamente por ser, em sua opinião, obra dos práticos e não dos glosadores e pós-glosadores.

Explica o professor que o pensamento dos pós-glosadores desenvolve um pensamento que mais se aproxima ao crime complexo. Porém, afirma, “é indiscutível que

⁴⁴ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*, 2^o edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

através de Farinaccio surge a sistematização da figura do crime continuado quando busca atenuar o rigor da punição imposta ao autos do terceiro furto”.⁵

Cezar Roberto Bittencourt registra que o crime continuado,

[...] deve a sua formulação aos glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (1250 a 1450) teve as suas bases lançadas efetivamente no século XIV, com a finalidade de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte. Os principais pós-glosadores, Jacob de Belvisio, seu discípulo Bartolo de Sassoferrato e o discípulo deste, Baldo Ubaldis, bem lançaram as bases político-criminais do novo instituto que, posteriormente, foi sistematizado pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII⁶.

Luiz Vicente Cernicchiaro complementa: “O instituto surgiu, como se sabe, pelo trabalho pretoriano de Farinaccio e Bartolo, na Idade Média, para impedir a aplicação da pena de morte a autor reincidente de furto de pequeno valor”⁷.

Magalhães Noronha faz o registro:

[...] Sua criação é geralmente atribuída aos práticos; porém, alguns autores, como MASSIMO PUNZO, citam fragmentos de Glosadores e Pós-Glosadores, onde se depara a origem da figura em questão. Reconhece, entretanto, ainda o mesmo jurista que os práticos do 500 e do 600 lhe deram maior relevo, ‘diante da severidade das penas, especialmente para o furto’. Razão, assim, não falta de todo ao insigne CARRARA quando escreve que o crime continuado ‘deve sua origem à benignidade dos Práticos, os quais, com seus estudos, tentaram evitar a pena de morte cominada ao terceiro furto’. Foi, porém, o Código toscano que com mais precisão delineou os contornos da figura, tornando-se modelo das legislações que o seguiram.⁸

Edmundo Oliveira também escreve sobre o histórico do crime continuado:

[...] Este instituto é uma construção dos práticos medievais. No início da era moderna, o jurista italiano Prospero Farinaccio (famoso defensor da romana Beatriz Cenci, celebrada em peça de Gonçalves Dias) sistematizou o regime do crime continuado. Tratando de furto, sustentou que há um só crime, e que não vários, quando alguém subtrai do mesmo lugar, em tempos diversos, mas continuados e sucessivos, uma ou mais coisas (*quando quis es uno loco, temporetamen diverso, sed continuato et sucessivo, unam rem sive plures furatur*). No início do século XIX, Anselmo von Feuerbach, notabilizado por

⁵ COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal, Parte Geral, Volume I, Tomo III, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág 1624.*

⁶ *Lições de Direito Penal. 3ª edição.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, pág. 218.

⁷ *Código Penal – Concurso de Pessoas. Crime continuado. Penas – Aplicação e Execução. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, pág. 88.

⁸ *Direito Penal. vol. 1, 20ª edição.* São Paulo: Saraiva, 1982, pág. 286.

haver abolido a tortura na Baviera, introduziu no Código bávaro figura do crime continuado. Em 1853, o Código da Toscana deu ao crime continuado a formulação daí por diante adotada com ligeiras variações, nos códigos modernos.⁹

Basicamente as mesmas informações estão na obra de Heleno Cláudio Fragoso:

[...] Em Farinaccio encontramos a idéia de que o furto deveria reputar-se único se várias ações fossem praticadas, em diversos lugares, na mesma noite. Aparece a noção de crime continuado no Código Bávaro de 1813 (art. 110) e no Código Toscano (art. 80), passando à legislação e à jurisprudência dos tempos modernos com diversos critérios.¹⁰

Manoel Pedro Pimentel ainda acrescenta ser

[...] Notável a ligação existente entre o crime de furto e a figura do crime continuado. Toda primeira fase histórica deste último se desenvolve ao lado do tratamento penal dispensado àquele, para mitigar a severidade da pena cominada ao terceiro furto, comum à época, dado o horror que se votava ao ladrão.¹¹

Guilherme de Souza Nucci enriquece o entendimento da matéria trazendo a

posição dos próprios criadores acerca do crime continuado:

[...] Naquela época a lei era por demais severa, impondo a aplicação da pena de morte quando houvesse a prática do terceiro furto pelo agente (*Potest pro tribus furtis quamvis minimis poena mortis imponi*). O tratamento era, sem dúvida, cruel, mormente numa época de fome e desolação na Europa. Por isso escreveu Claro “diz-se que o furto é único, ainda que se cometam vários em um dia ou em uma noite, em uma casa ou várias. Do mesmo modo se o ladrão confessou ter cometido vários furtos no mesmo lugar e em momentos distintos, interpretando-se tal confissão favoravelmente ao agente, isto é, que suas ações, em momentos distintos, continuamente, são um só furto e não vários...” (Carlos Fontán Balestra. *Tratado de derecho penal. t. III. P. 60*. E, ainda, Farinaccio: “Tampouco existem vários furtos senão um só quando alguém roubar de um só lugar e em momentos diversos, mas continuada e sucessivamente, uma ou mais coisas... não se pode dizer ‘várias vezes’ se os roubos não se derem em espécie e tempos distintos. O mesmo se pode dizer daquele que, em uma só noite e continuamente, comete diversos roubos, em lugares distintos, ainda que de diversos objetos... a esse ladrão não se lhe pode enforca, como se lhe enforcaria se tivesse cometido três furtos em momentos distintos e não continuados”¹²

⁹ **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 406.

¹⁰ **FRAGOSO, Heleno Cláudio**. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 350.

¹¹ **PIMENTEL, Manoel Pedro**. *Do Crime Continuado*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

¹² **NUCCI, Guilherme de Souza** apud Balestra (Ob.cit.p.61) . *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.458.

É certo que a configuração inicial do crime continuado transformou-se em seu desenvolvimento ao longo dos tempos, sendo certo que sua existência atualmente se deve a outros fundamentos diversos daqueles que levaram à sua criação.

Conhecer e analisar a origem do instituto é importante para constatar o aparente desvirtuamento por ele sofrido já que, outrora, a adoção do conceito de crime continuado buscava trazer proporcionalidade à aplicação da pena, evitando que fosse condenado à morte aquele que praticasse o terceiro furto. Hoje, entretanto, sua aplicação em alguns casos leva à sensação de impunidade, quando, por exemplo, é utilizado para a aplicação de pena aos crimes cometidos contra bens jurídicos personalíssimos de vítimas diversas, os quais, por sua própria natureza, inspiram maior proteção por parte do Estado e da sociedade.

4.2 Legislação alienígena

Na Itália, berço do instituto, o crime continuado foi consagrado no artigo 80 do Código Toscano de 1853, o qual foi incorporado ao Código Zanardelli, conforme noticia Eduardo Correia¹³. Ainda segundo o autor, a primeira determinação legislativa italiana que tratou do crime continuado foi a lei de 03/08/1795 da Toscana, que:

[...] considerava 'como furto continuado os factos de furto, ainda quando cometidos em tempo e por modos diversos e em prejuízo de várias pessoas, desde que sua execução se efectivasse dentro de 20 horas.¹⁴

A idéia de crime continuado foi absorvida pela doutrina italiana, que admitia o seu reconhecimento desde que estivessem presentes os requisitos objetivos e também o

¹³ *Ibid*, p. 213.

¹⁴ *Ibid*, p. 221.

subjetivo, qual seja a unidade de desígnios, adotando a teoria subjetivo-objetiva, que ainda hoje é a posição que predomina naquele país.

Na Alemanha a orientação que predominou era outra. Para os juristas alemães o reconhecimento do crime continuado prescindia da existência de elementos subjetivos, sendo necessários apenas os elementos objetivos.

É com Feuerbach¹⁵, na Alemanha, que surge a elaboração legislativa do crime continuado, pois foi o Código da Baviera o primeiro a fazer referência expressa ao instituto. Apesar disso, atualmente a legislação alemã sequer menciona a crime continuado, ficando sua interpretação e reconhecimento a cargo da jurisprudência e da doutrina, que o fazem exigindo a co-existência de elementos objetivos e do subjetivo.

Diversas outras legislações, assim como a alemã, não têm previsão legal da figura do crime continuado como a francesa, a argentina entre outras que também deixaram a cargo da doutrina e da jurisprudência o reconhecimento da figura .

Na Espanha, apenas o Código Penal de 1995 passou a trazer o crime continuado, seguindo as tendências doutrinárias daquele país, cuja doutrina, mesmo antes de se fazer menção ao instituto na legislação, já construía seus contornos, consideravam-no uma ficção jurídica que exigia a presença do elemento subjetivo e da unidade de sujeito passivo para sua configuração. Destarte, a elaboração legislativa do crime continuado na Espanha é fruto do trabalho da doutrina e da jurisprudência.

¹⁵ PIMENTEL. Manoel Pedro apud Ludwig Andreas Feuerbac. *Do Crime Continuado*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

Portugal sofreu grande influência do direito italiano, tanto que nas Ordenações Afonsinas havia a previsão da pena de morte para aquele que cometia o terceiro furto. Este, certamente, foi a razão da aplicação do crime continuado naquele país.

Entretanto, como o Código Penal Português de 1837 previa a mesma consequência (o sistema de absorção) para todas as espécies de concurso de crimes, não houve interesse doutrinário na distinção entre cada uma delas, incluindo-se aí o crime continuado. Os códigos de 1852 e 1884 modificaram o entendimento, passando a aplicar o sistema da absorção agravada, porém, ainda sem fazer distinção entre as espécies de concurso. Somente em 1931, com o acréscimo de um dispositivo que, segundo a doutrina, introduziu a figura do crime continuado cresceu o interesse e a construção da continuidade delitiva em Portugal.

Hoje, o Código Penal Português, datado de 1982, e após diversas alterações, considera o crime continuado como crime único, aplicando a pena mais grave dos crimes que integram o concurso, sem haver exasperação da pena (sistema da absorção).

4.3 Evolução da legislação no Brasil

Buscando os primeiros traços do instituto da continuação no direito penal brasileiro, encontramos o dispositivo do título 60, parágrafo 3º, do livro V Ordenações Filipinas que estatuíam que “é fazendo alguém três furtos por diversos tempos, se cada um dos furtos por si valer um cruzado ou menos, que morra por isso, posto que já pões o primeiro ou segundo ou por ambas fosse punido”. Semelhante previsão na legislação italiana levou à criação do crime continuado pelos práticos, conforme já afirmado anteriormente, não sendo estranha a

nossa pátria, portanto, a noção da continuação delituosa, ao menos como fator de mitigação da severidade da pena cominada ao terceiro furto.

Em 1830 o Código Criminal do Império do Brasil, aprovado após a independência em 1824, não fazia qualquer alusão ao crime continuado, já que refletia a realidade escravocrata do Brasil, mantendo, inclusive, a previsão de pena de morte pela força.

No Código de 1890, promulgado após a proclamação da República, o crime continuado passou a ter previsão legal em nosso ordenamento jurídico, embora configurado imperfeitamente.

Somente com o Decreto-lei nº. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, por intermédio da emenda apresentada no Congresso Nacional pelo deputado Maurício Lacerda, o crime continuado foi efetivamente introduzido no Brasil. O artigo 39 do referido diploma alterava o artigo 66 §2º do Código Penal de 1890, que passou a vigorar com o seguinte texto:

[...] quando o criminoso tiver de ser punido por dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora cometidos e, tempos diferentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes mas com o aumento da sexta parte.

Note-se que nesta primeira definição a unidade de desígnios é elemento essencial para a configuração do crime continuado, conforme se depreende da expressão “*com uma só resolução*”.

O Código Penal de 1940, entretanto e diferentemente do projeto que o inspirou, não trazia a exigência da unidade de desígnio, se filiando a orientação da teoria objetiva no que concerne ao crime continuado.

A reforma da parte geral do Código Penal, realizada em 1984, modificou de maneira relevante a figura do crime continuado, introduzindo o parágrafo único ao artigo 71, permitindo o reconhecimento do instituto nos crimes dolosos contra a vida, praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, ainda que contra vítimas diversas.

4.4 Natureza jurídica

Há, ainda, bastante controvérsia na doutrina quanto à natureza jurídica do crime continuado. Tal polêmica gira em torno de definir-se se as várias condutas criminosas que constituem o instituto redundam em um ou mais crimes.

A importância da adoção de determinada teoria para justificar a inclusão do crime continuado em um sistema jurídico mais do que uma simples opção doutrinária, implica em efeitos bem distintos ao enfrentamento do problema.

Helena Fragoso esclarece que

[...]nossa lei é clara ao definir o crime continuado, quando estabelece, em relação aos diversos crimes que *'os subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro'*. Que os diversos fatos configuram por si sós um delito, constituem uma unidade, não há qualquer dúvida na doutrina. Isso pode se ver, inclusive, remontando-se às origens do instituto, na conhecida passagem de FARINACCIO (*unicum reputandur jurtum*)¹⁶.

A grande divergência, de fato, está em determinar se essa unidade inerente ao crime continuado é real ou uma criação do direito, nesse sentido, surgem três teorias:

4.4.1 Teoria da unidade real

Para esta teoria as várias condutas típicas formariam um crime único. Os diversos comportamentos delituosos do agente constituem, em verdade, um só crime, já que são

¹⁶ *Jurisprudência Criminal*, verbete n.º 117, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, pág. 137.

partes de um mesmo todo e representam uma unidade de intenção, refletida na unidade de lesão. No dizer de Álvaro Mayrink da Costa para os adeptos dessa teoria “o crime continuado é uma constelação de tipos penais unidos pela identidade de resolução de ou desígnio delitivo”¹⁷.

Tal entendimento se baseia na idéia de que cada comportamento delituoso seria parte de um mesmo todo e representaria unidade de desígnios, o que implica na adoção de critérios objetivos e subjetivos para a caracterização da continuidade delitiva. O critério subjetivo seria justamente essa unidade de vontades, um dolo unitário em relação a todas as condutas.

Uma intenção inicial para a realização encadeada das ações criminosas, que funcionaria como meio unificador das diversas condutas que compõem o crime continuado.

E os crimes continuados nada mais são do que a mesma unidade real e psicológica.

Aníbal Bruno é adepto dessa corrente e afirma:

[...] No crime continuado há uma verdadeira série de ações, cada uma das quais aparece isoladamente como crime perfeito, embora na realidade seja simples fração de um crime único que é a atuação total, unidas as ações entre si pela conexão natural das circunstâncias em que se repete.¹⁸

Zaffaroni também é partidário dessa corrente e diz:

[...] Em nossa concepção, a consideração do delito continuado como um ‘fato’ ou conduta única provém do reconhecimento de uma desvalorização jurídica unitária de um conteúdo de comportamento humano final, que nada tem de ficção – e menos de mera contrição jurisprudencial beneficiadora -, senão que se baseia no dado ôntico do elemento final e no componente normativo que oferece a absurda consequência de sua consideração jurídica fracionada à luz da proibição. (...) Se se considerasse que o delito continuado é uma mera ficção, sem base legal certa e fundada na equidade, não se poderia contar a prescrição desde que cessa a

¹⁷ COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal, Parte Geral, Volume I, Tomo III, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág 1626*

¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral – 2º tomo. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.*

última parte da conduta, nem se poderia aplicar ao fato a lei mais gravosa que rege unicamente essa parte¹⁹.

Vários autores se filiam a esse posicionamento de que o crime continuado seria uma unidade real e verdadeira, que a lei reconhece e disciplina tais como Basileu Garcia, Roberto Lyra, Bernardino Alimena e Punzo Lyra.

4.4.2 Teoria da ficção jurídica

A teoria da ficção jurídica, por sua vez, afirma que o crime continuado é, na verdade, um concurso de crimes. Presumindo o legislador a existência de um só crime, mesmo diante da existência de vários crimes.

Se assim não fosse, e realmente houvesse crime único, a pena aplicada ao agente deveria ser a mesma cominada para um só dos crimes concorrentes, sob pena de desobediência ao princípio do *ne bis in idem*.

De tal forma, justamente por decorrer de mera criação jurídica, é possível, até mesmo, que se realize um novo processo, apesar da existência de coisa julgada.

Álvaro Mayrink da Costa afirma que “não existiria uma realidade que pudesse ser qualificada de crime continuado, mas uma realidade delitiva plural, perante a qual o direito atua como se existisse um *crime único*²⁰”. As raízes iniciais dessa teoria foram desenvolvidas por Carrara, que fundamentava o crime continuado nas razões de

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza apud Eugênio Raul Zaffaroni. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.458.

²⁰ COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal, Parte Geral, Volume I, Tomo III*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág 1626.

benignidade que se encontram na origem histórica do instituto, como afirma Cezar Roberto Bittencourt²¹.

São adeptos da teoria da ficção jurídica, entre outros, Edgard Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Nelson Hungria, Manoel Pedro Pimentel, Damásio Evangelista de Jesus e Jair Leonardo Lopes.

4.4.3 Teoria da realidade jurídica

De acordo com a teoria da realidade jurídica, ou da *unidade jurídica*, ou mista, o crime continuado não é uma unidade real, tampouco configura uma simples ficção jurídica, imposta pelo querer legislativo.

Na verdade, para os partidários da teoria ora estudada, o crime cometido em continuação seria um terceiro delito, constituindo uma realidade jurídica reconhecida pelo legislador, e não uma criação. Negando assim a unidade ou a pluralidade de violações jurídicas.

Por questões de política criminal o Código Penal Brasileiro adotou a teoria da ficção jurídica, conforme assevera a maioria da doutrina brasileira. Assim, embora haja pluralidade de crimes a lei presume a existência de crime único através da ficção jurídica, para fins de apenação o que evita a aplicação de sanções penais demasiadamente severas, buscando resguardar um dos fins a que se destina a pena, que é a ressocialização do infrator.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Pena – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 529.

4.5 Fundamentos

A existência do crime continuado está como não poderia deixar de ser, baseada em fundamentos que a justificam. Tais fundamentos, entretanto, não são pacíficos na doutrina. Existem várias opiniões quanto ao fundamento da continuidade delitiva: a maior benignidade que a aplicação do instituto proporciona a utilidade prática, no que se refere ao processo único que apura todas as infrações cometidas em continuação bem como a menor culpabilidade do agente.

Em sua origem, quando foi idealizado e sistematizado pelos práticos italianos, tinha como fundamento a busca de uma pena justa a ser aplicada àquele que cometesse o terceiro furto, já que a pena de morte era de fato desproporcional. Assim, a equidade e a benignidade estão no nascedouro do instituto, conforme já explicava Carrara. Destarte, o crime continuado é na verdade uma ficção criada com o intuito de atender motivos de ordem prática.

Alguns doutrinadores defendem o fundamento da utilidade prática. Para aqueles que se filiam a esse posicionamento, a aplicação do instituto se justifica pela facilidade em processar, provar e punir quando os vários crimes cometidos nessa modalidade especial de concurso são considerados um só, em continuidade delitiva.

Outro possível fundamento vislumbrado pela doutrina é a menor culpabilidade do agente, que decorreria do fato de se caracterizar o crime continuado pela prática de vários crimes da mesma espécie, semelhantes entre si. O agente se aproveitaria das mesmas facilidades para cometer os vários crimes, revelando-se menos perigoso. Seria menos

exigível do sujeito uma conduta diversa, já que as circunstâncias facilitam a reiteração da prática criminosa.

Hodiernamente o entendimento é que a benignidade, que figurava na origem do instituto, continua a ser o fundamento de sua aplicação, cuja conseqüência final é a amenização do rigor da regra da cumulação aplicada ao concurso material, já que infligir ao infrator penalidade demasiadamente severa tem efeito maléfico.

Entretanto é discutível o aparente desvirtuamento que o instituto sofreu desde a sua criação até os dias atuais. Naquela época de absolutismo e radicalismo nas penas aplicadas, sua aplicação era plenamente justificável, já que de fato nos parece absurdo a imposição de pena capital àquele que comete o terceiro furto, ainda naquele contexto histórico, onde a desproporção e a desumanidade das penas era a regra.

Hoje, após o Iluminismo e o advento da sempre atual obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, o Direito Penal evoluiu e humanizou-se e as penalidades aplicadas à prática de crimes revestiram-se de diversos princípios como o da individualização da pena, da proporcionalidade, da legalidade, da humanidade, dentre tantos outros que garantem que o infrator não será exposto à situações vexatórias e desproporcionais à gravidade do delito por ele praticado, sendo-lhe preservada a dignidade e a integridade física (ainda que em tese).

Assim, a aplicação do benefício do crime continuado a crimes cometidos contra bem jurídicos personalíssimos cometidos contra vítima diversas nos parece um equívoco inadmissível, dada à própria origem e os fundamentos do instituto, bem como a natureza

dos bens jurídicos ofendidos, ainda que o parágrafo único estabeleça punição mais severa nesses casos.

4.6 Estrutura do crime continuado

Tema da maior relevância, no estudo do crime continuado, é o atinente à teoria adotada para a sua estruturação. São destacadas pela doutrina três teorias: a subjetiva, a objetivo-subjetiva e a puramente objetiva. Tais teorias levam em consideração o elemento subjetivo existente na continuação delitiva. Observa Valdir Szinick que o crescimento de importância do elemento subjetivo decorre da

[...] a dificuldade em precisar, com exatidão, o que venha a ser o elemento subjetivo no crime continuado. Na lei italiana o legislador se refere ao 'mesmo desígnio criminoso', do Código Rocco, de 1930; parece-nos que o elemento subjetivo vinha muito mais aclarado no Código anterior, Código Zanardelli (de 1889), que exigia a 'mesma resolução criminoso' (*medesima risoluzione criminosa*). (...) Justificado essa alteração, devido às dificuldades encontradas na doutrina, o legislador italiano procedeu à modificação. Entre nós, em termos de lei - Código de 1940 e a Reforma de 1984 - não fazem referências ao elemento subjetivo. Sucede que no artigo anterior (art. 70), que trata do concurso material, consignou o legislador a expressão 'desígnios autônomos'. (...) Os autores concordam na necessidade de um elemento subjetivo a unir os crimes em continuação (Italia, Espanha) só não chegando a um acordo sobre qual é esse elemento - se intelectual, se volitivo - e, mesmo na Alemanha, autores exigem um elemento subjetivo, diverso do dolo, que é o dolo total ou genérico (*Gesamtvorsatz*)²²

O elemento subjetivo, na verdade, se caracteriza pelo nexó psicológico comum às várias infrações cometidas em continuação delitiva, que é o elo de união entre elas. Como afirma Patrícia Mothé Glioche Bezé "divergem os doutrinadores quanto à sua nomenclatura; uns entendendo que deveria se denominar unidade de resolução, unidade de projeto ou programa, unidade de desígnio, desejo, pensamento ou propósito"²³.

²² SZINICK, Valdir. Elementos subjetivos no delito continuado. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 138. São Paulo: Editora Jurídica Vellenich, 1995, pág. 10.

²³ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso Formal e Crime Continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.123.

Os elementos objetivos, por sua vez, são aqueles que formam a conduta externa perpetrada pelo agente.

A teoria *subjetiva* desconsidera os aspectos objetivos das várias condutas ações praticadas pelo agente, prevalecendo somente o elemento subjetivo para a caracterização do crime continuado. Tal elemento se consubstancia na unidade de propósito ou de desígnio. Essa unidade de vontade, porém, faz surgir inúmeras discordâncias doutrinárias quanto à sua configuração, conforme alerta E. Magalhães Noronha:

[...] Reina, entretanto, discordância acerca do alcance desse elemento. Uns acham que desígnio é deliberação; outros, ideação, e, ainda outros, dolo. MASSIMO PUNZO, que expõe todas essas opiniões, acha que o legislador se referiu ao *projeto ou propósito inicial de o agente conseguir um determinado bem*²⁴.

Esta teoria foi adotada no Brasil pelo Código Penal de 1890, que não exigia as mesmas circunstâncias de tempo, modo de execução e outras de natureza objetiva, mas tão somente a unidade de desígnio para configurar o crime continuado.

Várias críticas são tecidas acerca dessa teoria. A principal delas é que a concepção puramente subjetiva representa um retrocesso no instituto uma vez que implica em uma dificuldade de compreensão e, sobretudo, de aplicação, já que é praticamente impossível aferir a ocorrência do elemento subjetivo, que se restringe à psique do agente, o que levaria o crime continuado a inutilidade, dada a dificuldade de seu reconhecimento e configuração. As críticas feitas contra a teoria *subjetiva* chegaram a timbrá-la de “absurdo lógico e dogmático”, conforme cita Cezar Roberto Bittencourt²⁵, pois retorna às origens históricas do instituto, estas de difícil compreensão e aplicação.

²⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 286.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Pena – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 220.

A teoria denominada *objetivo-subjetiva*, considera que o crime continuado prescinde, para sua configuração, além dos requisitos objetivos, externos da conduta, o elemento subjetivo que se consubstancia numa unidade de desígnios, ou seja, uma pré-ordenação de vontade que é posta em prática através de vários atos sucessivos que têm por objetivo a realização de um resultado único, pré-determinado, como acontece nos clássicos exemplos da empregada que diariamente subtrai um objeto do patrão e do operário que, com a intenção de subtrair um aparelho eletrodoméstico, opta por fazê-lo em parcelas, levando a cada dia um componente do objeto desejado. Esta teoria exige que haja uma unidade de resolução criminosa e uma homogeneidade no modo de operar do delinquente.

A teoria objetivo-subjetiva também foi alvo de críticas, principalmente de Nelson Hungria, para quem sua aplicação trazia recompensa ao agente que planeja praticar vários crimes num mesmo contexto, revelando-se mais perigoso que aquele que se determina caso a caso. Dizia ele:

[...] o elemento psicológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar esse abrandamento da pena, faz dele a paradoxal recompensa a um *plus* de dono ou de capacidade de delinquir. É de toda a evidência que muito mais merecedor de pena é aquele que *ab initio* se propõe a repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina caso a caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável²⁶.

Entre os defensores na doutrina internacional encontramos: Welzel, Manzini, Antolisei, Zaffaroni entre outros, na doutrina nacional: Roberto Lyra, Basileu Garcia, Noronha, Silva Franco, Damásio, Guilherme de Souza Nucci que entende ser esta a corrente ideal, por permitir a constatação de uma diferença real entre um simples concurso

²⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. 6, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1958, págs. 167 a 168.

material e o crime continuado, incluindo para este um requisito a mais que seria a unidade de desígnio. Defende ainda o referido autor:

que o benefício do crime continuado deveria ser conferido apenas ao criminoso que conseguisse demonstrar em juízo que os diversos crimes por ele cometidos foram motivados por um intuito único, por um propósito global caracterizado pela intenção de, desde o início, ou ao menos durante o *inter criminis*, cometer um único crime, embora fracionado em partes²⁷.

A teoria puramente *objetiva*, que tem origem alemã, não exige a existência do elemento subjetivo para a configuração do crime continuado. Sustentam-na: Feuebach, Mezger, Liszt-Schmidt, Von Hippel, Jiménez de Asúa, Anton Oneca, Eduardo Corrêa. Na doutrina nacional: Fragoso, Frederico Marques, Hungria, Delmanto, Paulo José da Costa Jr., Costa e Silva, Manoel Pedro Pimentel, dentre outros. Seus defensores afirmam que os elementos que compõem o crime continuado são apurados apenas através de critérios objetivos, tais como o cometimento de crimes da mesma espécie, sob as mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução, entre outras. Torna-se irrelevante a chamada unidade de desígnio ou unidade de resolução delituosa. O crime continuado se configura pelo encaixe dos fatos com critérios ou condições objetivas delimitadas.

Pela redação do Art. 71 do Código Penal, pode-se concluir claramente que foi adotada a teoria objetiva para a configuração do crime continuado. A própria Exposição de Motivos do código, confirma de maneira expressa a opção do legislador pela teoria objetiva pura:

[...] A teoria objetiva, entretanto, dispensa a *unidade de ideação* que como observa Mezger, não passa de uma *ficção*) e deduz o conceito de ação continuada dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade. É a teoria que hoje prevalece e foi a adotada pelo projeto, que assim preceitua sobre o crime continuado.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.459.

Muito embora tenha sido claro o legislador quanto à teoria a ser aplicada para a configuração do crime continuado, tornando dispensável para tanto a existência do elemento subjetivo, a doutrina não é pacífica a esse respeito. Boa parte dos doutrinadores exige a concorrência da unidade de desígnio para o reconhecimento do instituto. Para eles, seria necessária uma programação inicial, uma intenção única do agente, que antecederesse cada crime que acaba acontecendo como uma realização sucessiva do delito, em consonância com o que estatui a teoria objetivo- subjetivo, ao contrário do que prevê o Código Penal.

Conseqüentemente, rechaçam as críticas que fazem os adeptos da teoria puramente objetiva, argumentando que o agente que, de uma única vez, articula e pratica a conduta criminosa por intermédio de uma única ideação criminosa, embora por meio de atos sucessivos, representa perigo menor do que aquele que executa o delito em cada oportunidade sucessiva que dispõe, pois não se importa com a repetição do crime, agindo como um criminoso reiterado.

Os defensores desse posicionamento alegam que o que confere ao crime continuado um caráter unitário é “junto ao vínculo material que pretende a sua realização objetiva, a unidade do elemento psíquico. É essa unidade psicológica que serve de apoio à unidade jurídica²⁸”.

A importância do elemento subjetivo se deve ao fato de que, para o reconhecimento justificado da ocorrência de crime continuado, é necessário que o agente pretenda ter uma unidade subjetiva, que queira, desde o início, agir com base em um plano inicial que

²⁸ BRUNO, Anibal. *Direito Penal – Parte Geral – 2º tomo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 300.

abarque todos os delitos que, por esse fato, devem ser considerados um só para aplicação da pena, em benefício do réu.

É o exemplo da vendedora que, com o objetivo de furtar a quantia de R\$ 500,000 da loja em que trabalha, comete vários e sucessivos furtos até que seja alcançada a quantia por ela almejada, ou da empregada doméstica, que objetivando furtar um conjunto de jantar, furta uma peça a cada dia.

Patrícia Mothé Glioche Bezé, citando Manzini, afirma que o elemento subjetivo, a unidade de desígnio pode ser compreendido como;

[...] Um projeto de ações ou de omissões, firme, determinado e concreto, que não resulta apenas de uma coordenação de uma série de idéias essenciais, mas que pressupõe ainda a escolha dos meios para conseguir um determinado fim proposto e a previsão das condições objetivas e subjetivas nas quais deverá desenvolver-se a atividade delituosa²⁹.

A indispensabilidade da unidade de desígnio leva a um questionamento interessante: a possibilidade de um único planejamento nos casos de crimes culposos. Caso se adote a teoria objetivo-subjetiva, e se entenda necessário um planejamento inicial único para a configuração do crime continuado, somente seria possível sua aplicação aos crimes dolosos, já que não se pode falar em planejamento nos delitos cometidos de forma culposa.

Entretanto, tendo em vista a posição expressamente adotada pelo Código Penal, a discussão sobre a indispensabilidade ou não do elemento subjetivo, bem como a possibilidade da ocorrência de crime continuado nos crimes culposos torna-se inócua, porque não há dúvidas quanto à adoção da teoria objetiva pura, sendo que a Exposição de

²⁹ **BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche.** *Concurso Formal e Crime Continuado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 129

Motivos admite de maneira expressa a possibilidade de aplicar o crime continuado aos crimes culposos.

Atualmente prevalece na jurisprudência dominante a posição contrária à adoção da teoria objetiva pura pela lei, vindo esta inclusive a ser amenizada, pelo Supremo Tribunal Federal, que já se posicionou favoravelmente à teoria acolhida pelo Código Penal:

CRIME CONTINUADO: CONCEITO PURAMENTE OBJETIVO DA LEI BRASILEIRA – RELEVÂNCIA DE DADOS SUBJETIVOS RESTRITA À FIXAÇÃO DA PENA UNIFICADA. O direito brasileiro, no art. 71 da nova Parte Geral, de 1984, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado: a alusão, na definição legal do instituto, a “outras circunstâncias semelhantes” àquelas que enumerou – “de tempo, lugar e modo de execução” – só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. Viola o art. 71 do Código Penal o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega, porém, a unificação das penas, à base de circunstâncias subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência da unidade de desígnio. A algumas circunstâncias subjetivas fez concessão o parágrafo único do art. 71 do Código Penal, não para a identificação do crime continuado, mas apenas para o tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada. (HC 68661-SP, 1ª T., rel. Sepúlveda Pertence, 27.08.1991, RTJ 137/772)

É certo, entretanto, que, embora a legislação prescindia do elemento subjetivo para a configuração do crime continuado, a posição esboçada pelo Supremo Tribunal Federal no julgado acima transcrito não reflete como já ressaltamos, a jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores brasileiros, que exige a ocorrência desse elemento para que se reconheça o crime continuado, conforme se comprova com os recentes julgados.

PENAL. RECURSO ESPECIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. ELEMENTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. TEORIA MISTA. REVISÃO CRIMINAL. QUESTÃO JURISPRUDENCIAL CONTROVERTIDA. NÃO CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

- Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*) e subjetivo (unidade de desígnios). Precedentes.

- Não cabe revisão criminal com amparo em questão jurisprudencial controvertida nos tribunais. Recurso conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. (REsp 759256 / SP ; RECURSO ESPECIAL 2005/0097838-1 Relator(a)

MIN. GILSON DIPP, Órgão Julgador - QUINTA TURMA. Data do Julgamento 02/02/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 06.03.2006 p. 436)

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ANÁLISE DE REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA.

1. Nosso ordenamento, adotando a teoria da ficção jurídica, optou pela unidade fictícia e resultante da lei, em detrimento à real e verdadeira.

2. Esta Corte vem aplicando a teoria objetiva-subjetiva, na qual a aplicação do "crime continuado" depende tanto dos elementos objetivos - condições de tempo, lugar, modo de execução etc -, como dos subjetivos - unidade de desígnios .

3. Não bastasse o acórdão atacado estar em conformidade com a jurisprudência desta Corte, o exame da pretensão do paciente reclama aprofundada incursão na seara probatória, imprópria a angusta via mandamental eleita, por isso que necessitaria da análise da presença, ou não, dos elementos objetivos e subjetivos autorizativos da buscada benesse legal.

4. Ordem denegada. (HC 38016 / SP ; HABEAS CORPUS 2004/0124142-0 Relator MIN. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA. Órgão Julgador - SEXTA TURMA. Data do Julgamento 28/06/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 15.08.2005 p. 363)

HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. CARACTERIZAÇÃO.

1. A continuidade delitiva (CP, art. 71) não pode prescindir dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução) e subjetivo (unidade de desígnios). 2. Impossibilidade de reexame, na via do habeas corpus, dos elementos de prova que o acórdão impugnado levou em consideração para não admitir a continuidade. Precedentes. 3. RHC improvido. (RHC 85577 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EM HABEAS CORPUS. Relatora Min. ELLEN GRACIE. Julgamento 16/08/2005. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ 02-09-2005 PP-00047 EMENT VOL-02203-1 PP-00201 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 434-437)

Em harmonia com esse entendimento predominante na jurisprudência, o CONCRIM, um organismo de atuação permanente, no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que objetiva harmonizar a política de atuação institucional na área criminal, editou a seguinte súmula, sem caráter vinculante:

CRIME CONTINUADO E UNIDADE DE DESÍGNIOS. Que se comece a recorrer das decisões que concedem o benefício do crime continuado sem fazer análise do elemento subjetivo. (30/11/2001)

4.7 Requisitos para a configuração da continuidade delitiva

Os requisitos objetivos estabelecidos para a configuração do crime continuado são elencados pela doutrina e pelo próprio Código Penal. São eles a pluralidade de condutas comissivas ou omissivas, pluralidade de resultados típicos juridicamente relevantes, que os

crimes cometidos sejam da mesma espécie e que sejam cometidos sob as mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução de forma que os crimes subseqüentes possam ser considerados verdadeira continuação do antecedente.

4.7.1 Diversidade de condutas

Quando exige que o agente pratique mais de uma ação ou omissão, o crime continuado reclama, é óbvio, uma *pluralidade de condutas*. Se apenas uma for a conduta, ainda que multipartida em vários atos, poder-se-á estar diante de um concurso formal e não de uma continuidade delitiva com o perfil técnico acima traçado.

4.7.2 Crimes da mesma espécie

As condutas-partes, que compõem o crime continuado, devem caracterizar *crimes da mesma espécie*. Tal matéria está longe de ser pacífica na doutrina. De fato, há quem afirme que crimes da mesma espécie correspondem àqueles que atentam contra um mesmo bem jurídico. Heleno Cláudio Fragoso explica que crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns, sendo, desta forma, possível a continuação entre furto e roubo, entre roubo e extorsão, entre estelionato e qualquer outra fraude³⁰.

Similar é a posição de Edmundo Oliveira:

[...] Crimes da mesma espécie são os que têm elementos subjetivos e objetivos semelhantes. Não é preciso que configurem o mesmo tipo. Pode haver

³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, pág. 351.

continuidade, por exemplo, entre furto e roubo, embora haja entre eles uma diferença típica: o roubo exige uma violência à pessoa ou grave ameaça que não estão presentes no furto. A lei manda aplicar a pena mas grave e isso é sinal de que os crimes podem ser diferentes, contanto que 'da mesma espécie'. O Código teria sido mais feliz se houvesse falado em 'crimes do mesmo gênero'³¹.

Para outros estudiosos, entretanto, crimes da mesma espécie são aqueles previstos no mesmo dispositivo legal, que apresentam idênticos elementos descritivos, incluindo as modalidades tentada, consumada e qualificada. Importantes juristas se filiam a esse entendimento, como Paulo José da Costa Jr. e Damásio E. de Jesus.

Outro que enfatiza a distinção entre crimes do mesmo *gênero* e crimes da mesma espécie é Damásio de Jesus:

[...] O intérprete deve verificar a figura típica, a figura abstrata do Direito Penal (expressão de Soler), o tipo incriminador central, o tipo fundamental, que possui as *elementares* do crime. Crimes da mesma espécie são os que possuem essas *elementares*, não importando que os delitos componentes sejam tentados ou consumados, simples, privilegiados ou qualificados. Note-se que o legislador usa a expressão 'crimes da mesma espécie' e não 'crimes do mesmo gênero'. Assim, furto e apropriação indébita, embora delitos do mesmo gênero' (contra o patrimônio), não são da 'mesma espécie'. Entre eles, por isso, não pode haver continuação³².

O gênero é, de fato, a categoria, como por exemplo, a dos crimes contra o patrimônio, as quais têm o mesmo bem jurídico tutelado. Entretanto, para que haja continuidade delitiva, é imprescindível que os crimes sejam da mesma espécie, não bastando que sejam do mesmo gênero, ou seja, que visem a tutelar o mesmo bem jurídico. Assim, não há a possibilidade de existir continuação delitiva entre furto e roubo, já que a hipótese é de crimes que pertencem ao mesmo gênero, mas não à mesma espécie.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a matéria, firmou entendimento no sentido de considerar crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo dispositivo

³¹ OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, pág. 407.

³² JESUS, Damásio E. *Direito Penal*, vol. 1, 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001, pág. 606.

legal, filiando-se à segunda posição exposta e uniformizando a interpretação da matéria, como evidenciam os recentes julgados seguintes:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA CRIMES DE ESPÉCIES IFERENTES. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. Não há como reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de estelionato, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo automotor, pois são infrações penais de espécies diferentes, que não estão previstas no mesmo tipo fundamental. Precedentes do STF e do STJ.

2. Recurso desprovido.

(REsp 738337 / DF ; RECURSO ESPECIAL 2005/0030253-6, Relatora MIN. LAURITA VAZ, Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA, Data do Julgamento 17/11/2005, Data da Publicação/Fonte DJ 19.12.2005 p. 466)

PENAL. RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO E ROUBO MAJORADO. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PERSONALIDADE. REINCIDÊNCIA. AGRAVANTE. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CRIME CONTINUADO. ART. 71, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA AQUÉM DO MÍNIMO. ATENUANTES. SÚMULA Nº 231/STJ.

omissis

IV - Não se admite a continuidade delitiva entre os crimes de receptação 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).

V - A pena privativa de liberdade não pode ser fixada abaixo do mínimo legal com supedâneo em meras atenuantes (Precedentes e Súmula n.º 231 - STJ).

Recurso parcialmente provido. (REsp 732857 / RS ; RECURSO ESPECIAL2005/0040997-0 Relator(a) MIN. FELIX FISCHER (1109) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 11/10/2005

Esse parece ser o entendimento mais acertado. Ao utilizar-se da expressão "crimes da mesma espécie" o legislador optou por incluir na continuidade delitiva os crimes previstos no mesmo dispositivo legal, já que tal exigência é necessária também para que eles possam ser cometidos em circunstâncias homogêneas de tempo, lugar modo de execução, entre outras semelhantes.

4.7.3 Crimes praticados nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes:

Para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento dos requisitos objetivos: mesmas condições de tempo, espaço e *modus operandi*. A verificação

da ocorrência de tais requisitos é de fundamental importância a fim de demonstrar se há apenas uma habitualidade criminosa, que não se confunde com continuidade delitiva.

Para que se configure o crime continuado, além de serem da mesma espécie, os crimes têm que ser cometidos sob as mesmas circunstâncias de tempo. De fato, o tempo em que são cometidas as ações delinqüenciais, mais ou menos afastadas do crime-base ou inicial é de suma importância para caracterizar a ocorrência da continuação delitiva.

Não há, entretanto, um critério rígido para conceituar o que são essas mesmas condições de tempo. A razoabilidade no encadeamento temporal das ações serve para dizer – em harmonia com os outros elementos delineadores do crime cometido em continuação – se o caso é de crime continuado ou se é de outra espécie de concurso de delitos. O importante é que exista uma periodicidade que possibilite a observação de um determinado ritmo e de uniformidade entre as ações sucessivas.

A esse respeito, lembra Aníbal Bruno: “Não é exigível a unidade de tempo, mas um longo espaço separando a reiteração dos fatos pode tolher o caráter necessário da continuidade.”³³.

Também Patrícia Mothé Glioche Beze, citando Bettiol, assinala que:

[...] Aquela unidade de tempo e lugar que serve para unificar numa só ação os diversos delitos praticados pelo delinqüente, constitui, sem dúvida, um critério de grande auxílio nas indagações dogmáticas. Pode falar-se de unidade de ação, na medida em que os múltiplos actos praticados pelo agente têm um fundo comum de coesão: e esse fundo é constituído pela unidade de tempo.³⁴

³³ BRUNO, Aníbal. *Curso de Direito Penal*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, pág. 812.

³⁴ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso Formal e Crime Continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 149.

Foi fixado pela jurisprudência um critério não vinculante segundo o qual, para o reconhecimento do crime continuado, é necessário que haja o espaço máximo de até 30 dias. Essa regra, obviamente, não é absoluta, e comporta diversas exceções, como no caso do agente que comete diversos delitos com o intervalo regular de dois meses entre cada crime, utilizando-se das mesmas circunstâncias de lugar e maneira de execução.

No mesmo prisma, para que fique configurada a continuação delitiva, é indispensável que haja uma espécie de *conexão espacial* a ligar os crimes que compõem a continuação. Para se determinar o que seria essas “mesmas circunstâncias de lugar” é necessário analisar o caso concreto. Importante ressaltar que este aspecto, a exemplo dos demais, não pode ser encarado com excessivo rigor, de modo a negar a aplicação do instituto aos casos em que a distância entre os locais da perpetração das condutas seja maior ou menor.

Para que haja crime continuado é necessário que os crimes sejam praticados em lugares próximos ou no mesmo lugar, de modo a caracterizar a semelhança que a lei exige. A jurisprudência majoritária se posiciona no sentido de considerar como condição de espaço, a prática de crimes em cidades próximas, ficando a critério do magistrado definir o que vem a ser tal proximidade.

Outro requisito para a caracterização do crime continuado é que as condutas que integram a continuação guardem, entre si, semelhança quanto ao *modus operandi*, ou seja, quanto à forma e ao estilo de execução de cada uma delas. É necessário que o agente tenha laborado com técnicas semelhantes no praticar o crime. A não ocorrência desse componente técnico tem o condão de inviabilizar a configuração do crime em continuação, dependendo da situação concreta.

Assim, com base nesse entendimento, não é possível haver continuidade delitiva entre um furto cometido mediante fraude e um furto cometido mediante arrombamento por terem maneira de execução diversas, não obstante configurarem crimes da mesma espécie, já que previstos no mesmo tipo legal.

Com o intuito de melhor flexibilizar a aplicação do instituto em análise, homenageando, inclusive, o *princípio do livre convencimento motivado*, optou o legislador nacional por incluir, entre os requisitos do crime continuado, a existência de “outras condições semelhantes”, quais sejam as de oportunidade e de situação ensejadoras do delito. Explica Cezar Roberto Bittencourt:

[...] Por esta expressão, a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelham às enunciadas e que podem caracterizar o crime continuado. A expressão genérica – ‘e outras semelhantes’ – tem a finalidade de abranger quaisquer outras circunstâncias das quais se possa deduzir a idéia de continuidade delitiva³⁵.

Ao utilizar a expressão “e outras semelhantes”, o Código Penal dá margem à interpretação analógica, de modo a permitir que sejam analisadas outras circunstâncias de natureza objetiva além daquelas expressamente previstas na lei e que, da mesma maneira, sirvam como critério para identificar a ocorrência da continuidade delitiva.

Adverta-se que o fato de ter o legislador optado por uma fórmula mais plástica para a configuração dos crimes continuados (sintetizada na expressão “outras semelhantes”), não implica numa total renúncia aos critérios objetivos acima analisados. Todos estes em conjunto, servem para esclarecer se a espécie é de crime continuado ou de alguma outra modalidade de concurso de crimes.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 222.

Lembra Manoel Pedro Pimentel:

[...] O conjunto de tais circunstâncias é que informa o critério da aferição da continuação criminosa, segundo a apreciação do julgador. Isoladamente, nenhuma delas é decisiva. Podem as condutas estar distanciadas no tempo e, não obstante, as infrações serem consideradas continuadas³⁶.

4.8 Aplicabilidade do crime continuado específico aos bens personalíssimos

A configuração do crime continuado não exige que os crimes sejam cometidos contra bem jurídicos da mesma vítima. É plenamente possível que os bens jurídicos ofendidos pertençam a diversos titulares.

Tal entendimento não causa embates na doutrina. Entretanto, quando se fala de crimes cometidos contra bens personalíssimos de vítimas diversas, o assunto volta a ser controvertido. No dizer Valdir Siznick, que prefere denominá-los “bens eminentemente pessoais”, bens personalíssimos,

[...] São, em síntese, todos aqueles bens que só podem ser atingidos ou ofendidos na pessoa do seu titular. Fazendo um elenco meramente exemplificativo podemos dizer que bens eminentemente pessoais são, entre outros: vida (homicídio, lesões); saúde (crimes de perigo à incolumidade pública) honra (crimes contra a honra – injúria, calúnia, difamação e contra os costumes, ou honra moral); pudor, liberdade (cárcere privado...)³⁷.

Há três posicionamentos na doutrina no que tange à possibilidade de existir crime continuado em caso de crimes cometidos contra a categoria de bens acima transcrita. Alguns doutrinadores não admitem em hipóteses alguma a continuidade delitiva quando o bem jurídico envolvido é personalíssimo; outros condicionam a configuração do crime continuado se, em caso de bem jurídico personalíssimo, há apenas um sujeito passivo; e,

³⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969, pág. 116.

³⁷ SIZNICK, Valdir. *Delito Continuado*. São Paulo: Editora Max Limonad, s/d, pág. 78.

finalmente, os que admitem a continuação delitiva contra qualquer espécie de bem jurídico, sem distinção.

A primeira posição prevalecia na doutrina inicialmente, que considerava incabível a configuração de crimes continuado quanto se trata de ofensa a bens jurídicos personalíssimos. Tal posição era adotada também pela jurisprudência, tanto que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula 605, que dispunha “Não se admite a continuidade delitiva nos crimes contra a vida”.

A segunda posição afirma que não há possibilidade de haver continuação delitiva no caso de crimes cometidos contra bens personalíssimos de vítimas diversas, já que o Código Penal adotou a teoria objetiva para a estruturação do crime continuado. Esta é a opinião de Damásio E. de Jesus :

[...] O CP vigente adotou a teoria objetiva a respeito do crime continuado. Essa teoria, de origem germânica, afirma que um dos requisitos do crime continuado é a identidade do ofendido, cuidando-se de interesses jurídicos pessoais, como a vida, a saúde, a honra, etc. Exigindo unidade do bem jurídico lesado, e nesses casos, sendo o bem lesado somente na pessoa do respectivo titular, não é possível tratando-se de diversas pessoas, que a lesão praticada contra uma seja continuação da cometida contra outra. O bem jurídico é ofendido de maneira descontínua, de modo que não se pode falar em continuação³⁸.

Entretanto, a reforma da Parte Geral do Código Penal filiou-se à posição minoritária e inseriu em nosso ordenamento jurídico a possibilidade de continuação delitiva, ainda que contra bens personalíssimos de vítimas diversas, com a introdução do parágrafo único do artigo 71, que permite ao magistrado, analisando as circunstâncias do artigo 59, aumentar a pena de um só crime, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, nos casos de crimes dolosos contra vítimas diversas, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

³⁸ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, Vol. 1, 24ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 609.

A hipótese trazida pelo parágrafo único do art. 71 é chamada doutrinariamente de *crime continuado específico*, que além de atender aos requisitos gerais da continuação delitiva já comentados, deve preencher as seguintes exigências específicas:

- a) os crimes sejam dolosos;
- b) sejam perpetrados contra vítimas diferentes;
- c) haja violência ou grave ameaça à pessoa;

Tais requisitos devem acontecer simultaneamente para que se configure o crime continuado específico.

Para que atinja até mesmo bens personalíssimos, é necessário que os crimes em continuação sejam timbrados pelo elemento subjetivo dolo, sendo inadmissível um crime culposos continuado e específico, sobretudo pela severidade do aumento de pena previsto no parágrafo único do multicitado Art. 71 do Código Penal.

A respeito, anotam Celso Delmanto, Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior³⁹:

[...] Seu aumento é reservado aos delinquentes da criminalidade profissional violenta e perigosa (TACrSP, *Julgados* 89/383). Se cometeu delitos patrimoniais com grave ameaça às vítimas, ofendeu bens e interesses jurídicos eminentemente pessoais, incidindo no parágrafo único do art. 71 do CP (STF, *RTJ* 144/823). Igualmente se os crimes foram praticados com violência (TJGO, *RGJ* 9/106).

A segunda das exigências, para a caracterização do crime continuado específico, é a *pluralidade de vítimas*. Assim, mesmo que várias condutas criminosas tenham sido perpetradas contra uma só vítima, não haverá a continuação delitiva específica, sendo

³⁹ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1988, pág. 125.

possível, entretanto, para uma possível configuração do crime continuado na modalidade singela, prevista no *caput* do Art. 71 do Código Penal. O aumento da pena escolhida, nesta última espécie, poderá ocorrer de um sexto a dois terços, mas nunca poderá ser triplicado, como está previsto no parágrafo único do artigo aqui referido.

Outro requisito é que os crimes sejam cometidos com *grave ameaça ou violência à pessoa*. A violência que aqui se reclama pode ser real ou ficta. A violência voltada à coisa não tem o condão de tornar o crime continuado em modalidade especial.

A posição Código Penal, que admite a ocorrência de crime continuado em caso de bens personalíssimos de vítimas diversas, é passível de críticas. O crime continuado nasceu com caráter de benignidade, para evitar a aplicação de pena desproporcional ao crime praticado, e evoluiu também com essa característica de beneficiar o réu, como instrumento de política criminal, com o objetivo de atingir os fins da pena. Todavia, tal benefício não pode ser concedido de forma a levar-nos à sensação de impunidade e de desvalorização dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, ainda mais os bens personalíssimos, que por sua própria natureza, inspiram maior proteção por parte do Estado. A vida de uma pessoa não pode ser considerada mais importante que a de outra. Assim, não se pode entender que um homicídio seja continuação de outro, já que são pessoas e vidas diferentes, cada uma com o mesmo valor, e merecedoras da mesma proteção. Essa é a opinião de Edgard Magalhães Noronha, que leciona:

[...] Assim, se um homem mata alguém e a seguir elimina outro, ainda que estejam presentes os demais requisitos da continuação, ela não se verifica: a morte da segunda vítima não foi continuação da morte da primeira; também não se dirá se um indivíduo, que com intervalo de horas estuprou duas moças, que o segundo estupro foi continuação do anterior⁴⁰.

⁴⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 1, p. 272.

Entretanto, diante da clara posição adotada pelo Código Penal, não se pode mais questionar a possibilidade de reconhecer o crime continuado nos delitos que atinjam bens jurídicos personalíssimos, mas tão somente criticar e aguardar que o clamor da sociedade que sofre com a violência e com a impunidade sensibilize as autoridades legislativas, de modo a alterar o dispositivo legal ora debatido.

5. INAPLICABILIDADE DO CRIME CONTINUADO AOS CRIMES CONTRA A VIDA: MOBILIZAÇÃO SOCIAL E PROPOSTA LEGISLATIVA

Em consonância com as críticas tecidas acerca da possibilidade de haver continuidade delitiva nos crimes cometidos contra bens personalíssimos de vítimas diversas, incluindo nestes os crimes praticados contra à vida, acentuamos que tal posicionamento legal acaba por transmitir a sensação de impunidade, impunidade esta que estimula a violência e promove o descrédito do Poder Judiciário perante a sociedade.

Nesse sentido, observamos a organização de movimentos sociais que buscam apoiados em seus próprios dramas pessoais, ver o fim da impunidade gerada por essa possibilidade e por outras tantas benesses previstas na lei brasileira para os criminosos, cobrando que a lei de fato corresponda aos anseios da sociedade que se encontra massacrada por tanta violência. É certo que ainda que os criminosos sejam condenados a eficiência e levados a cumprir a pena o caos do sistema penitenciário brasileiro não contribui para que os fins desta sejam alcançados, restando injustamente para a sociedade arcar com o ônus do descaso governamental com a questão penitenciária.

Um desses movimentos é o “Diga não à impunidade”, liderado por Cleyde Prado Maia e Carlos Santiago, pais da adolescente Gabriela⁴¹, morta no metrô da Tijuca. Eles percorreram o país em busca de assinaturas para encaminhar Projeto de Lei, o qual já foi entregue ao Senado Federal. A proposta do movimento não é aumentar as penas, mas garantir que elas sejam cumpridas com rigor, não mais permitindo que a benevolência das

⁴¹ Gabriela Prado Maia Ribeiro, então com 14 anos, ia pegar o metrô sozinha pela primeira vez, na estação São Francisco Xavier, para saltar uma estação depois, quando ficou no meio de um fogo cruzado entre um policial e dois bandidos, que assaltaram uma bilheteria. Atingida no lado direito do peito, Gabriela não resistiu e morreu.

leis continue a pulverizar as sentenças dadas pelos juízes e a alimentar a mentalidade de que o crime compensa, porque a legislação, através de suas brechas, sempre oferece um jeito de não se pagar por ele. Dentre outras reivindicações, está a que quer acabar com a aplicação do conceito de "crime continuado" aos casos de homicídio.

Já há no Senado outro projeto de lei com o mesmo objetivo: alterar o Código Penal de modo a não permitir que a configuração de crime continuado aos delitos contra a vida, deixando-se de lado, entretanto, os demais bens personalíssimos, que continuariam a ser passíveis de continuação delitiva. Segue a íntegra do projeto, inclusive com a justificativa do Senador Aelton Freitas:

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 84, DE 2004

Acrescenta parágrafo ao art. 71 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 Código Penal, para que não seja considerado crime continuado a prática, mediante mais de uma ação ou omissão, de crimes contra a vida.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 71 1940 – Código Penal, passa a do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de vigor acrescido do seguinte parágrafo:

“Art.71.....

§ 2º Em caso de crimes consumados ou tentados contra a vida, não se aplica o disposto no *caput* e no § 1º deste artigo. (NR)”

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Justificação

A inovação trazida ao art. 71 do Código Penal (crime continuado), considerando o debate sempre atual sobre a possibilidade de aplicação ou não do referido artigo aos bens personalíssimos, vem para excluir a aplicação do princípio da continuidade delitiva aos casos de crimes consumados ou tentados contra a vida, pelo fato de ser este o maior bem jurídico que um cidadão possui não sendo de forma alguma razoável transformar vários homicídios, como os que aconteceram no episódio da chacina em Vigário Geral/ RJ, num crime só, e com aumentos de pena que na maior parte das vezes resultam em uma pena muito inferior ao que se teria em caso da soma regular (art. 69 do CP).

Enquadrar homicídios em continuidades delitivas é estímulo, por exemplo, aos variados esquadrões de morte que existem hoje no País – muitos compostos até mesmo de policiais –, pois a pena menor significa obtenção precoce de benefícios penais (liberdade condicional, progressão de regime etc), além de os criminosos se beneficiarem com a multiplicidade de entendimentos hoje vigentes sobre o que é e o que não é a continuação de um crime (modo de execução, local, lapso

temporal etc.). Nesse sentido, o projeto abraça o entendimento já esposado pelo Supremo Tribunal Federal de que “nos crimes consumados ou tentados, contra bens personalíssimos – vida, honra e liberdade – não se pode aplicar o princípio da continuidade delitiva, salvo casos especialíssimos” (STF – RE – Rel. Firmino Paz – RTJ 101/462).

Sala das Sessões, 13 de abril de 2004. – Senador

Assinado de um **Aelton Freitas**, advogado, inscrita no OAB nº 10.123/RS.

... de mitigar a severidade da pena... possível... a...
... contínuo, como ficção jurídica que... disposição...
... figura mais polêmica do...
... desde a sua natureza jurídica...

Nesta monografia, estudamos a natureza jurídica da continuidade delitiva...
... natureza jurídica e os princípios...
... aplicabilidade aos crimes contra bens personalíssimos...
... pontos mais materiais como a...
... bens personalíssimos como a vida, honra e liberdade...
... que busca a exigir que se...
... objetivo inicial, que...
... realidade de menor gravidade...
... situação indistintamente...
... Crime Penal.

Partindo daí o objeto de...
... uma mudança legislativa...
... sua própria natureza...
... continuidade do crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nascida de um critério de benignidade dos criminalistas medievais italianos, com a finalidade de mitigar a severidade do tratamento dispensado ao autor do terceiro furto, o crime continuado, como ficção jurídica que resulta de disposição expressa de lei, se tornou a figura mais polêmica do concurso de crimes, proporcionando inúmeras divergências, desde a sua natureza jurídica até a conceituação de cada um dos seus requisitos.

Nesta monografia, estudando amplamente a origem e a evolução, assim como a natureza jurídica e os pressupostos do crime continuado buscou-se analisar a sua aplicabilidade aos crimes cometidos contra mais de uma vítima em que se violava não apenas bens materiais como à época em que o instituto foi concebido, mas bens personalíssimos como à vida, cerne da discussão, tanto na doutrina quanto na sociedade, que passa a exigir que se reveja a aplicação do instituto que hoje se encontra distanciado do seu objetivo inicial, que era obstar o excesso da pena para aqueles delinquentes de uma criminalidade de menor gravidade, e não permitir como atualmente se permite a sua aplicação indiscriminadamente aos bens mais importantes reconhecidos pelo próprio Direito Penal.

Partindo daí o objeto do presente estudo que é justamente demonstrar a necessidade de uma mudança legislativa na aplicação da continuidade delitiva aos crimes contra a vida, pela própria natureza desses crimes, reconhecendo-se que uma vida humana nunca poderá ser continuidade de outra.

Cumpramos ressaltar, que na época em que a jurisprudência era praticamente pacífica ao estipular não ser cabível crime continuado para crimes violentos cometidos contra vítimas diferentes com ofensa a bens personalíssimos, tais como à vida ou a integridade física o próprio Supremo Tribunal Federal chegou a firmar jurisprudência com a edição da súmula 605 onde não admitia a continuidade delitiva nos crimes contra à vida, infelizmente, em sentido contrário se mostra a tendência atual dos acórdãos após a Reforma Penal da Parte Geral em 1984 que acrescentou o parágrafo único ao Art. 71 do Código Penal, acolhendo o delito continuado mesmo contra vítimas diferentes e bens personalíssimos.

Registramos por fim, que o melhor juízo da questão era o editado no verbete de Súmula 605, do STF, retrocitada, hoje esvaziada pelo lamentável atual entendimento da Corte Suprema em que se acha plenamente aplicável tal instituto, restando para nós a esperança de novos entendimentos e uma possível mudança legislativa nesse sentido, que venha mais ao encontro do real desejo da sociedade de ver a equidade nas decisões judiciais.

Referências

Livros

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva. 11 ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2000.

ANGHER, Anne Joyce. VADE MECUM Acadêmico de Direito 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso Formal e Crime Continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Pena – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva: 2002.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – Parte Geral – 2º tomo*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Código Penal – Concurso de Pessoas. Crime continuado. Penas – Aplicação e Execução*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Questões Penais*. Belo Horizonte: Del Rey, 1988.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Crime Continuado*. Caderno Direito & Justiça do Correio Brasiliense. Brasília, 10.3.97.

COSTA, Álvaro Mayrink. *Direito Penal, Parte Geral, Volume I, Tomo III*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág 1624.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO, Roberto Júnior. *Código Penal Comentado*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*, 14ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 2 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*; Rio de Janeiro; Companhia Editora Forense. 4ª Edição; 1958

JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte geral*. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 1.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte especial*. 25 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 2.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: parte especial*. 12 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002. vol. 3.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL, verbete n.º 117, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, pág 13.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de Direito Penal V. 1, Parte Geral*. São Paulo: Atlas. 1999.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, vol. 1, 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 1982.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial*. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Edmundo. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1969.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa : Vega, 1986

SZNICK, Valdir. Elementos subjetivos no delito continuado. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 138. São Paulo: Editora Jurídica Vellenich, 1995.

SZNICK, Valdir. *Delito Continuado*. São Paulo: Editora Max Limonad, s/d.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva.

INTERNET – Sítios Eletrônicos

Presidência da República – <http://www.planalto.gov.br>

Supremo Tribunal Federal – <http://www.stf.gov.br>

Superior Tribunal de Justiça – <http://www.stj.gov.br>