

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

FERNANDO ANTÔNIO DE VASCONCELOS

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando Antônio De Vasconcelos; Gustavo Noronha de Avila; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-435-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais.
2. Constituição Federal.
3. Tutela Penal.
4. Exclusão Social. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

No dia 20 de Julho deste ano, tivemos a oportunidade de coordenar os trabalhos deste grupo, em uma tarde ensolarada no Planalto Central. Podemos dizer que foi traçado verdadeiro panorama das discussões mais relevantes, no campo da ciência criminal, em nosso país.

Não apenas foram apresentados contundentes interrogantes ao incremento dos sufocamentos às liberdades, como também tivemos trabalhos com perfil bastante propositivo. Esta é uma qualidade indispensável em tempos onde a academia é chamada para, cada vez mais e melhor, equacionar teoria e prática.

Existe a discussão de temas emergentes como o depoimento especial, audiência de custódia, colaboração premiada, novas configurações da justa causa para a ação penal, controle de convencionalidade e o crime de desacato.

Também foram tratadas questões persistentes como o risco sociológico e os seus impactos dogmáticos, os critérios de aplicação do princípio da insignificância, a tutela penal do meio ambiente e do consumidor, o populismo punitivo, o crime político e a extradição, a criminalidade econômica, a exclusão social e seu papel no processo penal, além das demandas feministas em relação ao sistema punitivo e os gravíssimos problemas quanto ao sistema carcerário brasileiro.

A qualidade dos textos apresentados nos traz esperança de que o atual quadro político-criminal, cada vez mais voltado ao aumento quantitativo e qualitativo das punições, possa ser revertido. Espaços de resistência estão sendo construídos e este fenômeno, revelam as nossas discussões, é de abrangência nacional e, principalmente, perene.

Por esses motivos, os artigos apresentados a este Grupo de Trabalho constituem importantíssimas ferramentas para a conclusão de um incompleto processo de conformidade constitucional de nossas normas (processuais) penais.

Desejamos a você uma excelente leitura e que este seja apenas o ponto de partida dos qualificados debates que seguirão.

Brasília, 20 de Julho de 2017.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro (ESDHC)

Prof. Dr. Fernando Antônio de Vasconcelos (UFPB/Unipê)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (Unicesumar/UEM)

A APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

THE APPLICATION OF THE CONTINUED CRIME BY THE RIO GRANDE DO SUL COURT OF LAW

Dani Rudnicki ¹
Graziele Silva Costanza ²

Resumo

O crime continuado tem sido, desde sua criação, um instituto complexo. Diversos entendimentos a seu respeito, no âmbito doutrinário, são elaborados, o que reflete também na tomada de decisões por parte dos tribunais. Razões de política criminal, referente aos direitos humanos e ao princípio da proporcionalidade se incluem nestas discussões. Assim, o presente artigo versa sobre a posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul sobre o artigo 71 do Código Penal: como esta Casa o entende e o aplica? A metodologia utiliza análise empírica do direito, estudando 155 decisões prolatadas no ano de 2014.

Palavras-chave: Direitos humanos, Crime continuado, Jurisprudência, Tribunal de justiça, Rio grande do sul

Abstract/Resumen/Résumé

The continued crime, since its creation, has been a complex institute, with a number of doctrinal understandings that reflect in the decisions by the courts. Motivations of criminal policy, relative to human rights and the principle of proportionality are included in these discussions. Thus, this article deals with the position of Rio Grande do Sul Court of Law about the article 71 of the Brazilian Criminal Code: how does this Court understand and apply it? The methodology draws on empirical analysis of the law, studying 155 decisions pronounced in 2014.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Human rights, Continued crime, Jurisprudence, Court of law, Rio grande do sul

¹ Mestre em Direito pela Unisinos. Doutor em Sociologia pela UFRGS. Professor do Mestrado em Direito do UniRitter.

² Graduada em Direito e Mestranda em Direito pelo UniRitter. Bolsista CAPES. Este trabalho contou com o apoio financeiro da FAPERGS e da CAPES.

1 Introdução

O crime continuado tem sido, desde sua criação, um instituto complexo, obtendo diversos entendimentos a seu respeito no âmbito doutrinário (sobre a conceituação dos seus elementos configuradores, sua natureza jurídica, o fundamento da sua existência). Esses entendimentos acabam refletindo também na tomada de decisões por parte dos tribunais, principalmente no que tange aos requisitos do instituto, que apresentam locuções abertas, necessitando de interpretação para sua exata configuração.

Assim, o presente artigo versa sobre a aplicação e efetivação do delito continuado, segundo o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e o objetivo geral centra-se em saber o que é levado em consideração para aplicar o crime continuado nos casos concretos. Os objetivos específicos são: a) verificar como o Tribunal de Justiça conceitua cada requisito configurador do instituto; b) identificar qual a interpretação adotada acerca do crime continuado; e c) saber se a interpretação está de acordo com os direitos humanos.

O presente estudo mostra-se relevante pelo fato de, embora haver obras científicas a respeito do instituto, através de pesquisas em bancos de dados científicos, não se perceber a existência de artigos sobre o tema. Logo, busca-se, através de uma pesquisa bibliográfica, compreender o instituto do crime continuado no que tange à sua origem, suas teorias, seus requisitos. Após, realiza-se uma pesquisa empírica (LOPES, 2011, p.9-10) e qualitativa, com análise de 155 decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Para tanto, foi inserida a palavra “crime continuado” (entre aspas) na pesquisa de jurisprudência do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ/RS (www.tjrs.jus.br), selecionando os julgados do ano de 2014, desde o dia primeiro de janeiro até o dia 31 de dezembro. Obteve-se como resultado 167 decisões.

Ao analisar os julgados, separadamente, percebeu-se que alguns não discutiam a continuidade delitiva propriamente dita, ou que havia decisão pela extinção da punibilidade ou pela absolvição. Esses foram descartados. Restaram as citadas 155 decisões. Tendo como base o critério da saturação, esse número se mostrou suficiente para alcançar os objetivos do presente.

Essas foram categorizadas e colocadas em tabelas, para sistematização e análise: espécie da infração, número de infrações praticadas, modo de execução, tempo e local de cada infração, se houve ou não o reconhecimento da continuidade delitiva, qual a fração de aumento e, em caso de negativa, o porquê da não aplicação do instituto.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo. Segundo Marconi e Lakatos (2003, p.86):

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Parte-se dessa amostra, da análise de dados particulares para inferir verdades gerais sobre o tema. Assim, a pesquisa mostra o conceito do instituto do crime continuado, origem, fundamento, natureza, elementos configuradores e depois apresenta o estudo da jurisprudência do TJ/RS, no que tange à interpretação dos requisitos do instituto.

2 Do crime continuado

O instituto do crime continuado foi criado por razões de política criminal, para garantir proporcionalidade entre o delito e a pena e estabelece punição mais benéfica ao agente, quando este pratica duas ou mais condutas criminosas da mesma espécie, sob semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, dentre outras. Desta forma, apresenta-se como instituto que busca, dentro dos paradoxos do direito penal, garantir os direitos humanos dos cidadãos acossados pelo sistema penal.

Sua formulação deve-se aos glosadores e pós-glosadores (séc. XIV e XV) e a sistematizado aos práticos italianos (séc. XVI e XVII), os quais tinham por objetivo amenizar os efeitos de certas penas, como, por exemplo, nos casos de crimes de furto, em que o agente ao praticar pela terceira vez a respectiva conduta, era punido com a morte. Nas palavras de Roberto Lyra (1958, p.439): “Se os pós-glosadores trataram mais do crime complexo, os práticos, levados pelo sentimento de humanidade para salvar da pena de morte o culpado de terceiro furto, são precursores atilados, avultando CLARUS e, sobretudo, FARINÁCIO (1554-1618)”. Assim, fica demonstrado o sentimento humanitário que inspirou o instituto de crime continuado, ao visar à amenização das penas.

No ordenamento jurídico brasileiro, o delito continuado está expresso no artigo 71 do atual Código Penal (CP) da seguinte forma:

Artigo 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 artigo 70 e do artigo 75 deste Código.

Assim, há duas modalidades de crimes continuados: a comum (ou simples) e a qualificada (ou específica). Sendo a primeira prevista no *caput* e a última no parágrafo único do artigo 71 do Código.

A respeito do fundamento teórico-dogmático do crime continuado, existem três correntes que justificam a sua existência. São elas: a teoria da benignidade, a da utilidade processual e a da menor culpabilidade. A teoria da benignidade se relaciona diretamente com o cerne histórico da constituição do instituto e objetiva a não utilização do concurso material (ou real) de crimes, evitando a aplicação de uma pena excessiva. (SZNICK, 1976, p.56).

[...] a teoria da benignidade se inscreve como opção político-criminal, em que se patenteia a ideia segundo a qual deve haver mecanismos jurídico-interpretativos que possam temperar o rigor do sistema do cúmulo material, concedendo, sim, um tratamento mais humanitário em face da possibilidade (remota, é bem verdade, mas desejável) de reinserção social do condenado, o que, em termos de apenamentos excessivos, se mostra dificilmente configurável. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.163)

Quanto à teoria da utilidade processual, esta refere que o fundamento da existência do crime continuado está no fato de que, com a unificação dos crimes, evitar-se-ia uma sobrecarga para o Poder Judiciário consistente em ter de instruir e julgar fatos iguais. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.163). Com isso, haveria uma economia processual, pois todos os crimes estariam abrangidos por um só processo.

A teoria da menor culpabilidade (ou mitigação da culpabilidade) afirma que, na verdade, não é no critério da benignidade com finalidade humanitária que o crime continuado está fundamentado, mas no fato de haver uma “[...] culpabilidade menos censurável, que pode apresentar-se no aproveitamento de uma mesma oportunidade”. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.164). Parte-se da ideia de que se uma pessoa comum estivesse diante da mesma situação em que se encontrava o agente quando da sua conduta, levando em consideração o contexto externo, teria se comportado da mesma forma, o ordenamento jurídico não estaria autorizado a censurá-lo juridico-criminalmente. Após cometer o primeiro crime, o agente teria mais facilidade em praticar os próximos delitos sucessivamente, o que causaria uma diminuição da sua culpabilidade. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.166).

Dessa forma, levando em consideração a culpabilidade do agente, percebe-se que essa corrente se relaciona à teoria subjetiva, a qual não foi adotada pelo Código Penal, quando da edição do artigo 71, que se baseou na tese objetiva do instituto.

A natureza do crime continuado é um assunto controvertido, uma vez que há diversos posicionamentos sobre a unidade ou não do instituto. A respeito, também há três correntes doutrinárias. A primeira, teoria da unidade real (ou teoria natural), refere que o crime continuado se trata de um crime único, pelo fato de haver unidade de intenção e de lesividade, não sendo importante a existência de condutas múltiplas. (FAYET, 2016, p.156). Assim, as diversas condutas praticadas pelo agente são de fato um crime único, pois elas são consideradas elos de uma mesma corrente e configuram “a manifestação incompleta da mesma unidade real e psicológica”. (BITENCOURT, 2014, p.793). Tal corrente se sustenta nos pressupostos da teoria objetiva-subjetiva, a qual exige, além da implementação dos requisitos objetivos, uma unidade de desígnios. (BITENCOURT, 2014, p.793).

A segunda, teoria da ficção jurídica, também denominada de teoria da unidade fictícia limitada, idealizada por Carrara, afirma haver, na realidade, vários crimes, sendo a unidade considerada somente no que se refere à aplicação da pena. (BARROS, 2011, p.547). Desse modo, a unidade, que há no delito continuado, resulta de uma criação feita pela lei, para fins de aplicação penal. Para os adeptos dessa teoria, “Se, no crime continuado, há unidade, esta provém da vontade do legislador e não da realidade”. (LYRA, 1958, p.445).

Já a terceira, teoria da unidade jurídica (ou mista), nega que o crime continuado seja uma unidade real ou uma simples ficção jurídica. Para essa corrente, trata-se de uma figura própria, não se falando em unidade ou pluralidade de crimes, mas, sim, de um terceiro delito, que é o próprio concurso. (BITENCOURT, 2014, p.793). Segundo essa corrente:

[...] o delito continuado não se apresenta como uma unicidade real; contudo, igualmente, não se coloca como uma simples artifício legal, sendo, *em dernière analyse*, uma realidade jurídica, produzida pelo legislador, cujo objetivo essencial se vincula à estrutura da punibilidade, ou seja, não se apresentar nem como um crime único nem como um concurso de delitos, mas, sim, como uma categoria *sui generis* – um *tertius genus*. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.158).

A legislação brasileira adota a teoria da ficção jurídica. Embora haja diversos delitos, a lei os unifica para efeito da aplicação da pena. (BARROS, 2011, p.547). Logo, seguindo esse entendimento, pode-se definir o crime continuado como uma ficção jurídica, criada por motivos de política criminal, segundo a qual, os crimes subsequentes devem ser considerados continuação do primeiro, impondo, a uma pluralidade de delitos, um tratamento unitário,

determinando uma forma diferenciada de puni-los, a qual se mostra mais benéfica, mais proporcional, mais respeitosa do direito de liberdade de todo cidadão.

No que diz respeito aos elementos configuradores da continuidade delitiva, existem três teorias. A subjetivo-objetiva, que afirma ser necessário, além dos requisitos objetivos do crime continuado, o preenchimento do requisito subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios. Esta é definida por Cezar Bitencourt (2014, p.794) como “uma programação inicial, com realização sucessiva, como, por exemplo, o operário de uma fábrica que, desejando subtrair uma geladeira, o faz parceladamente, levando algumas peças de cada vez”. Exigindo, assim, uma unidade de resolução criminosa e homogeneidade na maneira de execução. (BITENCOURT, 2014, p.794).

Para a teoria subjetiva, os aspectos objetivos das diversas condutas do agente não importam, mas sim o elemento subjetivo (unidade de resolução). Lyra prefere essa teoria (1958, p.443), para a qual basta esse elemento estar presente para que haja a configuração do crime continuado.

[...] predominou na Itália, que, contudo, constatou a sua insuficiência para dimensionar o critério aferidor da continuidade delitiva, quando mais não fosse, pela própria dificuldade, muitas vezes, de constatá-lo.
A concepção puramente subjetiva do delito foi, com razão, qualificada de absurdo lógico e dogmático”, pois regride às origens históricas do instituto, de difícil compreensão e aplicação. (BITENCOURT, 2014, p.794).

E a teoria objetiva pura (ou realístico objetiva), adotada pela maior parte da doutrina, segundo a qual, a continuidade delitiva é um instituto constituído apenas de requisitos objetivos, ou seja, requisitos exteriores, e não subjetivos. Assim, sua caracterização independe da constatação da unidade de desígnios. (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p.310).

Esta corrente está adotado pelo Código Penal brasileiro. Assim, a Exposição de Motivos da nova parte geral do CP, no item 59: “O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”.

Desse modo, para que haja o reconhecimento do crime continuado, conforme o disposto no Código, são necessários os seguintes requisitos: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições de tempo; d) condições de lugar; e) maneira de execução; e f) outras condições semelhantes.

No que tange à pluralidade de condutas, é preciso que o agente pratique duas ou mais condutas. Não bastando apenas a pluralidade de atos (BARROS, 2011, p.549), característica do

crime habitual, “[...] em que há uma só conduta composta de vários atos, não constituindo nenhum deles, isoladamente, crime algum”. (QUEIROZ, 2010, p.348).

Ainda é necessário que haja pluralidade de crimes da mesma espécie. Como tal, alguns autores entendem aqueles delitos previstos no mesmo tipo penal (no mesmo artigo). Para Mirabete e Fabbrini (2014, p.310): “Tal interpretação, porém, esbarra no próprio texto do dispositivo que se refere a penas ‘diversas’ e, portanto, correspondente a tipos penais diferentes”. Nesse sentido, Paulo Queiroz (2010, p.348) defende que assim são os delitos que atingem o mesmo bem jurídico:

[...] com este segundo posicionamento, mais amplo e mais razoável, em tese é possível, por exemplo, o reconhecimento da continuidade delitiva entre roubo e a extorsão (crimes contra o patrimônio) ou entre o homicídio e o aborto (crimes contra a vida), em razão da semelhança jurídico-penal que há entre eles, visto implicarem violação ao mesmo bem jurídico. E assim deve ser porque, se, para a configuração do crime continuado, faria sentido exigir a identidade de tipos penais na vigência do Código de 1940, a partir da reforma da Parte Geral em 1984, tal não mais se justifica, uma vez que o legislador passou a admitir a continuidade delitiva inclusive para os crimes dolosos praticados com violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferentes, razão pela qual o seu conceito foi sensivelmente ampliado.

Ainda cabe o reconhecimento da continuidade delitiva entre as formas tentada e consumada de certo tipo penal, desde que preenchidos os requisitos objetivos que configuram o elo de continuidade, “[...] na medida em que a tentativa nada mais é do que uma espécie de ‘subcrime’ a que diz respeito”. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.275-276). Em se falando da possibilidade de continuidade entre crimes culposos e dolosos:

[...] é possível afirmar-se que a jurisprudência não admite a sua existência por entender que haveria realidades delitivas distintas (esbarrando no requisito “crimes da mesma espécie”); contudo, de outro plano, entende-a como possível em se tratando de delitos culposos tão somente. (FAYET JÚNIOR, 2016, p. 277).

Essa possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva em crimes culposos, demonstra uma compatibilidade com a teoria puramente objetiva, adotada pelo Código Penal, uma vez que não há a exigência de analisar se, no caso concreto, houve uma unidade de desígnio. (FAYET JÚNIOR, 2016, p. 278).

Paulo José da Costa Júnior (2000, p. 182) leciona no mesmo sentido: “Haverá crimes da mesma espécie na forma simples e qualificada do delito; entre formas qualificadas diversas; entre a modalidade consumada e a tentada; na autoria simples e na coautoria; entre crimes culposos, ou entre crimes culposos e dolosos”.

Quanto às condições de tempo, para que seja reconhecido o crime continuado, é necessário haver uma conexão temporal entre os delitos praticados, ou seja, é preciso que se tenha uma certa periodicidade que leve à observância de um determinado ritmo, uma uniformidade entre as condutas. (BITENCOURT, 2014, p.795). Como afirma Flávio de Barros (2011, p.549): “Não pode haver um hiato muito grande entre um delito e outro”.

Mais um requisito, que se constitui em uma locução aberta para configurar a continuidade delitiva, é o das “semelhantes condições de lugar”. Devido a isso, restou à jurisprudência, outra vez, a tarefa de definir o elemento. Desse modo, é possível encontrar entendimentos no sentido de que semelhantes condições de lugar ocorrem quando os crimes são praticados em cidades diferentes da mesma região metropolitana, na mesma região socioeconômica, entre comarcas vizinhas, locais próximos um do outro, entre outras. (FAYET, 2016, p.293-294).

Quanto ao requisito “semelhante maneira de execução”, este se refere ao “[...] modo, a forma, o estilo de praticar o crime”. (BITENCOURT, 2014, p.796).

O último requisito, mencionado no *caput* do artigo 71 do CP, consiste em “outras condições semelhantes”, devendo ser interpretado do mesmo modo que as condições de tempo, lugar e modo de execução, ou seja, objetivamente. (FAYET, 2016, p.312). Entretanto, pelo fato de não haver uma definição precisa, alguns podem entender que “Nestas, podem estar abrangidas as condições de natureza subjetiva, como a unidade de resolução”. (COSTA JÚNIOR, 2000, p.313).

Essas circunstâncias, entretanto, por fazerem parte de um todo, não podem ser consideradas de forma isolada para fins de reconhecimento do crime continuado, mas, conjuntamente. (QUEIROZ, 2010, p.348).

Quanto à possibilidade de reconhecer o crime continuado quando os crimes praticados atingem bens personalíssimos, houve discussão doutrinária e jurisprudencial a esse respeito durante certo período de tempo. O Supremo Tribunal Federal editou, em 1984, a Súmula 605 (atualmente revogada), a qual afirmava não ser possível a admissão da continuidade delitiva nos crimes contra a vida. (BITENCOURT, 2014, p.796). Mas persistia a polêmica e, com a reforma da parte geral do Código Penal, o parágrafo único foi adicionado ao artigo 71, prevendo a continuidade delitiva sobre os bens personalíssimos. Desse modo,

Após a reforma penal, existe a possibilidade expressa da continuidade delitiva em se tratando de bens personalíssimos. Nesse sentido, por exemplo, não há qualquer obstáculo ao reconhecimento do crime continuado em se cuidando de vários crimes de homicídio, atentado violento ao pudor, estupro, roubo ou lesão corporal gravíssima.

Contudo, por outro lado, entende-se inadmissível que haja crime culposos e específicos. (FAYET JÚNIOR, 2016, p.315-317).

Para que seja aplicado essa forma de crime continuado, denominada específica, além dos requisitos gerais mencionados acima, é necessário que outros três também estejam presentes, quais sejam: a) os delitos devem ser dolosos; b) praticados contra vítimas diferentes; c) com violência ou grave ameaça à pessoa. (BITENCOURT, 2014, p.797).

Há quem afirme ainda ser necessário que as circunstâncias judiciais sejam favoráveis. (QUEIROZ, 2010, p.351). Entretanto, tais circunstâncias devem ser consideradas como critério para aumento da pena. (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p.424).

Quanto à aplicação da pena nos casos de crime continuado, o CP adotou o sistema da exasperação, que recomenda a aplicação da pena mais grave, aumentada de determinada quantidade em decorrência dos demais crimes. (BITENCOURT, 2014, p.791). Estando presentes os requisitos configuradores do crime continuado comum, aplica-se a pena de um dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada de um sexto a dois terços (artigo 71, *caput*). Quanto ao percentual de aumento, pode:

[...] o juiz exercer seu poder discricionário, fixando a fração de aumento de pena nos limites previstos. Seus critérios devem ser os relativos à continuação, sendo incabível considerar aqui elementos que devem ser examinados na fixação da pena-base. Trata-se de atender ao número de crimes que compõem a série continuada, aos efeitos e à gravidade desses crimes, bem como a outras circunstâncias que se relacionam com a sucessão de delitos. (FRAGOSO, 2006, p.450).

Por outro lado, Flávio Augusto Monteiro de Barros (2011, p.550-551) afirma que o critério de aumento deve levar em consideração apenas o número de condutas que compõem a cadeia delitiva. Se dois crimes, aumenta-se a pena em um sexto; três, um quinto; quatro, um quarto; cinco, um terço; para seis, aumenta-se metade; sete ou mais crimes, eleva-se em dois terços.

Se o crime reconhecido for o específico, as regras da aplicação para aplicação da pena estão previstas no parágrafo único do artigo, ou seja, deve-se “[...] aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo”. Nesse caso, a pena não poderá exceder a que seria cabível no caso de concurso material, isto é, a pena aplicada não pode ser maior que a soma das penas de todos os delitos praticados em continuidade; nem ultrapassar 30 anos (artigo 75 do CP). (PRADO; CARVALHO, E.; CARVALHO, G., 2014, p.424).

Diante do que foi referido, percebe-se a complexidade do instituto do crime continuado. Essa pode ser demonstrada, por exemplo, através dos diversos entendimentos a seu respeito no que tange ao fundamento de sua existência, à sua natureza e aos elementos configuradores. Entretanto, é necessário que não se perca de vista o sentimento humanitário pelo qual o instituto foi criado; devendo a interpretação ser feita de forma que se mostre mais benéfica ao agente.

3 Da jurisprudência

Percebe-se que o artigo 71 do Código Penal apresenta locuções abertas, cabendo à doutrina e à jurisprudência interpretá-las, definindo o entendimento acerca dos elementos configuradores do crime continuado. Devido a isso, realizou-se, no ano de 2014, coleta dos julgados que tratam a respeito do delito continuado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

A partir da análise das decisões, verificou-se que, quanto ao critério “crimes da mesma espécie”, o TJ/RS os entende como aqueles delitos previstos no mesmo tipo penal, e não os que atingem o mesmo bem jurídico. Como exemplo, cita-se o acórdão do Agravo em Execução n. 70061501581:

Com efeito, verifico que o exame da continuidade pretendida sequer transpassa o primeiro requisito cumulativo preconizado pelo artigo 71 do Código Penal, haja vista que os crimes em tela sequer são de mesma espécie. Consoante pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, **são entendidos por de mesma espécie aquelas infrações correspondentes a tipificação penal idêntica.** (grifou-se).

Trata-se de um caso em que o agente, o qual havia praticado um crime de roubo e outro de furto, pediu o reconhecimento da continuidade delitiva. Entretanto, por não estarem os delitos tipificados no mesmo artigo do Código Penal, a pretensão do agravante foi indeferida.

Do total de decisões analisadas, verificou-se que, em dez delas, este argumento foi utilizado para indeferir a aplicação do instituto benéfico. Sendo que a maioria dos crimes discutidos em cada acórdão atingia o mesmo bem jurídico. Em três deles, há o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes de furto e de roubo, os quais lesionam o patrimônio. Nesses casos, fosse o entendimento do Tribunal de Justiça diferente do atual, poder-se-ia aplicar o instituto do crime continuado.

Entretanto, foram encontrados julgados do TJ/RS em que esse critério é entendido como o que atinge o mesmo bem jurídico, conforme se verifica na Apelação Crime n.

70059123455, que trata da prática de dois crimes, duas tipificações diversas, quais sejam, roubo e extorsão, previstos nos artigos 157 e 158 do CP. Nessa decisão, a 7ª Câmara julgadora entendeu possível a aplicação do crime continuado, por se considerar delitos de mesma espécie tipos distintos que atingem o mesmo bem jurídico: “[...] o acusado perpetrrou dois delitos da mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, sendo um subsequente do outro, em nítida continuidade, como previsto no artigo 71 do Código Penal”.

Casos como este não foram encontrados de forma recorrente na pesquisa realizada. Todavia, entende-se que a aplicação do instituto aos crimes que atingem o mesmo bem jurídico parece mais correta, uma vez que o instituto foi criado com fins de beneficiar o agente. Portanto, deve ser interpretado de forma mais ampla e benéfica, relacionando-se com a razão de ser do instituto.

Quanto ao elemento “tempo”, um dos requisitos para a caracterização do crime continuado, o Tribunal gaúcho tem decidido que é necessário o interregno de, no máximo, trinta dias entre o cometimento de um crime e outro:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIME CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NÃO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. Não preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 71 do Código Penal, não há como se reconhecer a continuidade delitiva para a unificação de penas. A ausência de qualquer deles desautoriza o seu reconhecimento. Na espécie, **os crimes que o agravante pretende o reconhecimento da benesse foram cometidos e consumados em intervalo de tempo superior a trinta dias, descaracterizando a continuidade delitiva.** Precedentes. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado N. 70059015107, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 30/04/2014). (grifou-se).

No referido caso, o agente buscava a unificação da pena em dois processos, nos quais respondia pela prática de crimes de roubo. A desembargadora relatora, ao decidir, afirmou:

O entendimento desta Corte, ao qual me filio, é no sentido de que, para reconhecimento da continuação delitiva, o intervalo não pode ser superior a trinta dias entre um delito e outro [...]. Na espécie, conquanto delitos da mesma espécie, roubo majorado, praticados na mesma localidade, foram perpetrados em lapso temporal superior ao admitido pela jurisprudência (mais de três meses entre um delito e outro), descaracterizando a continuidade delitiva.

De igual forma, tem-se na Apelação n. 70059131565, julgada pela 7ª Câmara Criminal, em que os réus haviam praticado dois crimes de furto, sendo um no dia quatro de junho de 2010 e o outro no dia 16 de julho de 2010. Apesar de, diferentemente do caso anterior, haver quarenta e dois dias de lapso temporal entre ambos os fatos, nesta situação, o TJ/RS também entendeu que:

No caso dos autos, apesar de a consumação dos crimes terem sido praticados na mesma cidade (Porto Alegre), o espaço de tempo transcorrido entre um delito e outro, foi superior a 30 dias, prazo considerado como regra pela jurisprudência para que a continuidade seja reconhecida.

Todavia, nos dados coletados, foi possível encontrar argumentos acerca da possibilidade de reconhecer o delito continuado quando as infrações eram praticadas com interregno superior a trinta dias. Um exemplo está no acórdão do Agravo em Execução n. 70058191016, proferido pela 1ª Câmara Criminal:

Tendo em vista que a figura do crime continuado não traduz um conceito de lógica científica, porém um puro critério de política criminal (evita-se uma inadequada e injusta cumulação de penas contra o agente) é possível reconhecê-lo, ainda que o tempo entre os fatos delituosos tenha sido superior a um mês. Como vem destacando a jurisprudência, a condição de tempo e lugar não é essencial à existência de continuidade, desde que outras circunstâncias e, sobretudo, a identidade ou semelhança do processo executivo dos vários crimes revelem a conexão que entre eles existe na linha de continuidade.

Da análise feita, percebeu-se que a maior parte dos indeferimentos do TJ/RS, com base no requisito temporal, ocorreram em Agravos em Execução.

No que tange ao requisito “lugar”, observou-se que a maior parte dos casos em que foi reconhecida a continuidade delitiva tratava-se de infrações realizadas na mesma comarca. Porém, também verificou-se em certos julgados o entendimento de que o instituto pode ser reconhecido em comarcas ou cidades diferentes, desde que os locais estejam próximos um do outro. Tem-se um exemplo disso na Apelação Crime n. 70061317277, em que os réus haviam cometido dois delitos do tipo roubo majorado, um na cidade de Esteio e o outro na cidade de Sapucaia do Sul, municípios limítrofes, e, mesmo assim, o crime continuado foi aplicado no caso concreto. Todavia, se os delitos forem cometidos em locais muito distantes, não há o reconhecimento:

EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CRIME CONTINUADO. FATOS OCORRIDOS EM LUGARES DISTANTES. REQUISITO LEGAL NÃO PREENCHIDO. Um dos requisitos da figura jurídica do crime continuado é que os delitos tenham sido cometidos em locais próximos um do outro. Aceitam-se suas perpetuações em cidades diferentes. Contudo, a distância entre elas deve ser mínima, igual, mais ou menos, a de bairros do mesmo município. Não é o caso em julgamento, pois as comarcas de Santana do Livramento e Salto do Jacuí são localidades muito distantes entre si. DECISÃO: Agravo defensivo desprovido. Unânime. (Agravo N. 70062601752, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 10/12/2014). (grifou-se).

Analisando os dados coletados no TJ/RS, observou-se que apenas quatro casos foram indeferidos, pelo argumento de falta do elemento “lugar”.

O critério “maneira de execução” é entendido pela forma através da qual o crime desenvolveu-se, de que modo o agente agiu: se em concurso, se à noite, se utilizou algum tipo de arma (faca ou revólver), se com violência ou ameaça. Tal requisito é, em alguns casos, utilizado para indeferir a continuidade delitiva, principalmente na categoria de crimes contra o patrimônio que, conforme entendimento do TJ/RS, devem ser idênticos, inclusive com as mesmas majorantes. Assim demonstra a decisão do Agravo em Execução n. 70057585739, sobre crimes de roubo:

[...] os crimes em comento também não apresentam maneira de execução semelhante, porquanto incidentes majorantes diversas em cada um dos delitos, sendo que em um deles, além do emprego de arma, incide o aumento de pena, em razão do concurso de pessoas e da restrição da liberdade da vítima.

Entretanto, há entendimento oposto, como o demonstrado no Agravo em Execução n. 70062704283, em que o desembargador assim declara:

[...] leves variações no modo de execução, como as aqui acontecidas - no primeiro episódio, o apenado, armado de revólver, agiu solitariamente, enquanto no segundo, também armado, consta que contou com o auxílio de um comparsa -, não são de molde a impedir o reconhecimento da continuidade delitiva, até porque a lei exige é que haja semelhança, e não paridade absoluta de modo de execução.

Assim, neste último, não há a necessidade de haver uma identidade entre os delitos, mas sim uma semelhança. O que gera uma forma mais favorável de interpretação.

Nas decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça, o fundamento de não estar presente o requisito “maneira de execução” foi utilizado 13 vezes para indeferir a unificação das penas sustentada no artigo 71 do Código Penal.

Quanto às “outras condições semelhantes”, percebe-se que o Tribunal gaúcho tem entendido poder nele ser incluso o elemento subjetivo, a unidade de desígnios; tal fato indica o Tribunal ter adotado a teoria objetivo-subjetiva do crime continuado.

Observou-se que esse entendimento tem resultado na seguinte situação: casos nos quais preenchidos todos os requisitos do artigo 71 do Código Penal e que, portanto, deveriam ter a continuidade delitiva aplicada, não tivessem o reconhecimento da benesse, pois, no momento em que não identificada a presença da unidade de desígnios, a habitualidade delitiva é declarada pelos julgadores e assim afastada a continuidade delitiva.

AGRAVO EM EXECUÇÃO. CRIME CONTINUADO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. NÃO RECONHECIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. HABITUALIDADE DELITIVA. **Os requisitos para o reconhecimento do crime continuado são objetivos (previstos no artigo 71 do Código Penal) e subjetivos (unidade de desígnios).** Na espécie, mesmo que tivessem restado preenchidos os requisitos objetivos, **não o foram o subjetivo, refletindo-se somente a habitualidade da agravante em seu agir criminoso, transformado em sua atividade profissional.** Desta forma, não é possível a unificação das penas postulada, devendo ser mantida a decisão atacada. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado N. 70059880179, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Isabel de Borba Lucas, Julgado em 27/06/2014). (grifou-se).

Este argumento de ausência foi aplicado em 29 casos julgados. Entretanto, encontrou-se, também, decisões contrárias a esse entendimento, as quais interpretam o crime continuado, no que tange aos seus elementos, de forma objetiva; seguindo o princípio da legalidade. O que se observa no julgamento do Agravado em Execução n. 70062704283:

[...] a alegada “*habitualidade criminosa*”, não é situação que a lei (artigo 71 do CP) inclua entre as valoráveis para efeito da admissão do crime continuado. Considerá-la para este fim é, no mínimo, ferir o princípio da legalidade. Lembro, no ponto, que a lei não define “*habitualidade criminosa*”, ficando isto a cargo da interpretação subjetiva de cada interprete.

Neste caso, o Ministério Público havia agravado da decisão do primeiro grau, pelo fato do não preenchimento dos elementos do instituto do crime continuado, alegando habitualidade delitiva. O agente havia praticado dois roubos majorados, devido ao concurso de agentes (artigo 157, parágrafo 2º, inciso I, do CP). O primeiro, no dia 30 de julho de 2009 e o segundo no dia 17 de agosto do mesmo ano, na cidade de Santa Maria, no RS. Portanto, presentes os requisitos objetivos do Código Penal.

Ao analisar a interpretação feita pelo Tribunal de Justiça, no que refere a cada um dos critérios do crime continuado, percebe-se que há uma interpretação restritiva do artigo 71 do Código Penal por parte do Tribunal. Um exemplo está no requisito “crimes de mesma espécie”, o qual é tido como crimes previstos no mesmo tipo penal. Também há o acréscimo de elementos, como o subjetivo, entendido como necessário para o réu beneficiar-se do instituto penal. Isso demonstra que, para o Tribunal, não bastam os elementos previstos em lei estarem presentes para ocorrer a aplicação da continuidade delitiva aos fatos. Bem como demonstra que o Tribunal não leva em consideração o sentimento humanitário que inspirou a criação do instituto do crime continuado.

4 Conclusões

O crime continuado é um instituto penal benéfico para o condenado, criado por razões de política criminal para garantir eficácia ao princípio da proporcionalidade e garantindo, assim, respeito aos direitos da pessoa condenada. Sua sistematização ocorre pelos práticos italianos, com o objetivo de amenizar os efeitos de determinadas penas, como no crime de furto, punido, na Idade Média, com a morte quando praticado pela terceira vez.

Na legislação brasileira, está previsto no artigo 71 do CP, cujo *caput* expressa a forma comum e o parágrafo único, a específica.

Existem diversos entendimentos a respeito do crime continuado. Quanto ao seu fundamento teórico-dogmático, há a teoria da benignidade, da utilidade processual e da menor culpabilidade. Dessas, a que deve ser destacada é a da benignidade, haja vista o instituto ter sido criado devido a um sentimento humanitário, pelos juristas medievais.

Quanto à natureza do instituto, a teoria que mais se adequa é a da ficção jurídica, pois, na realidade, há vários crimes componentes da cadeia delitiva, apenas sendo considerada a unidade no que tange à aplicação da pena. No que se refere aos elementos configuradores, a teoria que melhor se identifica com o instituto é a objetiva pura, pois há dificuldade (para não dizer impossibilidade) de determinar o desígnio, a vontade do agente em realizar os crimes em continuidade.

Devido ao artigo 71 do CP trazer locuções abertas, há a necessidade de sua interpretação por parte do julgador. Ao interpretar o artigo, no que se refere aos elementos configuradores, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul adota a teoria objetivo-subjetiva, exigindo a presença da unidade de desígnios para efetivar a aplicação do crime continuado ao caso concreto.

Da leitura das decisões do Tribunal, percebe-se que há uma interpretação restritiva do artigo 71 do CP, como, por exemplo, o requisito “crimes da mesma espécie”, que é tido como aqueles crimes previstos no mesmo tipo penal e não os que atingem o mesmo bem jurídico. Também há o acréscimo de elementos que não estão presentes no artigo, como o subjetivo.

Isso demonstra uma aversão por parte do Tribunal quanto à utilização do instituto do crime continuado. Tanto que exige, além dos elementos objetivos do artigo 71, outros, como a unidade de desígnios e a não existência da habitualidade delitiva. Ou seja, o instituto em si, apenas com os elementos objetivos, como previsto no artigo 71, não é visto como suficiente para que o agente possa ser beneficiado.

O crime continuado é um instituto penal e, por assim o ser, deveria ser interpretado de forma mais benéfica ao réu e de forma que respeite e defenda os direitos humanos do condenado, principalmente, o seu direito à liberdade. Além disso, importa que haja um respeito ao princípio da legalidade, aplicando a lei penal nos termos em que legislada, sem acréscimos ou alterações.

Referências

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral** 1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal: curso completo**. 8.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 7. ed. rev., atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais**. 2011. I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito. FDRP/USP, 2011. Disponível em: <<http://reedpesquisa.org/wp-content/uploads/2012/06/Mesa-de-Debates-1-I-EPED.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal: arts. 28 a 74**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal, volume 1: M parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: parte geral**. rev. e ampliada, de acordo com a Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad, 1976.