



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

VITOR PINHEIRO FEITOSA

**UM ESTUDO DA FIGURA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO E DISCUSSÕES
ACERCA DE SUA APLICAÇÃO**

**BRASÍLIA
2018**

VITOR PINHEIRO FEITOSA

**UM ESTUDO DA FIGURA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO E DISCUSSÕES
ACERCA DE SUA APLICAÇÃO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos (Juiz Federal Titular da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal)

**BRASÍLIA
2018**

VITOR PINHEIRO FEITOSA

**UM ESTUDO DA FIGURA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO E DISCUSSÕES
ACERCA DE SUA APLICAÇÃO**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Orientador: Professor Marcus Vinicius Reis Bastos (Juiz Federal Titular da 12ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal)

BRASÍLIA, 27 DE SETEMBRO DE 2018

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Marcus Vinicius Reis Bastos

Professor(a) Avaliador(a)

UM ESTUDO DA FIGURA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO E DISCUSSÕES ACERCA DE SUA APLICAÇÃO

Vitor Pinheiro Feitosa

Resumo: O presente artigo tem por objetivo conceituar o instituto do crime continuado, inserido na matéria concurso de crimes, apresentar sua natureza jurídica, histórico, classificações e teorias, além de enfrentar temas relevantes que permeiam a matéria, à luz da doutrina consagrada, até alcançar o debate acerca dos parâmetros utilizados pelo STJ para a concessão do benefício, o alinhamento dessa jurisprudência à opção legislativa impressa no Código Penal e, finalmente, tece considerações crítica acerca de tudo quanto exposto.

Palavras-chaves: Crime continuado. Concurso de crimes. Política criminal. Atenuação de pena. Exasperação de pena. Teoria objetiva pura. Teoria subjetiva-objetiva. Unidade de desígnio.

Sumário: Introdução. 1 – O concurso de crimes e o crime continuado. 1.1 – Definição de concurso de crimes. 1.2 – Natureza jurídica do concurso de crimes. 1.3 – Concurso de crimes homogêneo e heterogêneo. 1.4 – Evolução histórica do crime continuado. 1.5 – Espécies de concurso de crimes e teorias associadas. 1.5.1 – Concurso material (ou ideal) de crimes. 1.5.2 – Cúmulo material temperado. 1.5.3 – Cúmulo material benéfico. 1.5.4 – Cúmulo absoluto da pena pecuniária. 1.5.5 – Concurso formal (ou ideal) de crimes (*lato sensu*). 1.5.6 – Concurso formal (ou ideal) de crimes perfeito. 1.5.7 – Concurso formal (ou ideal) de crimes imperfeito. 1.5.8 – Crime continuado. 1.5.9 – Crime continuado específico. 2 – Aspectos relevantes sobre o crime continuado. 2.1 – Ficção jurídica, unidade real e unidade jurídica. 2.2 – Unidade de desígnio ou elemento subjetivo unificante. 2.3 – Teoria objetiva pura do crime continuado. 2.4 – Teoria subjetiva-objetiva do crime continuado. 2.5 – Opção do Brasil pela teoria objetiva pura. 2.6 – Crime continuado verdadeiro e falso (segundo Zaffaroni e Pierangeli). 2.7 – Crime continuado como atenuação jurídica fundada na culpabilidade. 2.8 – Projeto de lei 3.473/00. 2.9 – Considerações críticas. Considerações finais. Referências.

Introdução

O instituto jurídico do crime continuado, consagrado na legislação pátria no art. 71, do Código Penal (Decreto Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940), ainda enfrenta controvérsias em sua aplicação.

O debate que se forma, portanto, acerca dos requisitos para sua configuração, trazem insegurança jurídica e torna possível condenações excessivamente gravosas, desproporcionais.

O presente artigo tem como objetivo estudar a figura do crime continuado, dentro de seu contexto de concurso de crimes, oportunidade em que serão apresentadas as demais espécies normativas da matéria, posicionar com clareza a opção legislativa e de política criminal brasileira acerca do tema, sedimentar a aplicação do instituto do crime continuado como direito público subjetivo e trazer considerações críticas acerca do caminho que deve ser trilhado para o juízo de concessão do mesmo.

Foi elaborado apoiado na doutrina, jurisprudência do STJ, normas vigentes e texto de projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional.

O artigo caminha na direção de mostrar ao leitor que a jurisprudência sedimentada no STJ, que fixa requisitos objetivos e subjetivos para a aplicação do benefício político-criminal do crime continuado, choca-se com a evolução histórica do instituto, com a interpretação do art. 71, do CP, segundo diversos critérios hermenêuticos, com a doutrina consagrada e com os princípios norteadores do Direito Penal.

Para tanto, na seção 1, falaremos da matéria concurso de crimes e do crime continuado de forma mais detalhada, em tópicos que apresentam a definição de concurso de crimes; a natureza jurídica do concurso de crimes; o conceito de concurso de crimes homogêneo e heterogêneo; a evolução histórica do crime continuado; e as diversas espécies de concurso de crimes e teorias associadas.

Na seção 2, abordaremos aspectos relevantes sobre o crime continuado, cujos tópicos falarão sobre as teorias da ficção jurídica, unidade real e unidade jurídica; a unidade de desígnio ou elemento subjectivo unificante; a teoria objetiva pura do crime continuado, a teoria subjetiva-objetiva do crime continuado; a opção

do Brasil pela teoria objetiva pura; o crime continuado verdadeiro e falso (segundo Zaffaroni e Pierangeli); o crime continuado como atenuação jurídica fundada na culpabilidade; o Projeto de Lei 3.473/00; e fará considerações críticas acerca do tema.

1. O concurso de crimes e o crime continuado

Nesta seção trataremos sobre o conceito de concurso de crimes, sua natureza jurídica, teorias e classificações consagradas, e situaremos o crime continuado como uma espécie de concurso de crimes, segunda a doutrina sedimentada.

1.1. Definição de concurso de crimes

Segundo Heleno Cláudio Fragoso, “Há concurso de crimes quando mais de um crime é praticado, mediante unidade ou pluralidade de ações.”¹

Convém esclarecer, para o propósito de todo o artigo, o que o legislador quis dizer com “ação”, ainda na lição de Fragoso “Ação é comportamento voluntário dirigido a um fim. Não se confunde com ato, que é o movimento corpóreo. Uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação da vontade.”²

1.2. Natureza jurídica do concurso de crimes

Por natureza jurídica entende-se a localização topográfica de determinado instituto jurídico no ordenamento em que se encontra inserido.

A parte geral do Código Penal Brasileiro (arts. 1 até 120) tem por objetivo implementar um molde teórico material a partir do qual os tipos penais, espécie de catálogo de condutas socialmente reprováveis em nossa sociedade, devem ser entendidos.

Tal moldura não se limita à uma coleção de regras impostas pelo Estado para que seus agentes pautem sua atuação. Mais que isso, trata-se de verdadeira declaração estatal de política criminal.

¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 364.

² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 366.

É certo que em um Estado Democrático de Direito (art. 1, CF/88), em outras palavras, um Estado sob o império da lei, a qual todos estão sujeitos, inclusive o legislador, a legitimidade do *jus puniendi* (direito de punir) não deve ser entendida como um manual de exercício da violência estatal, mas como um compromisso que o Estado assume com o cidadão de que a punição só pode acontecer no exatos termos da lei penal vigente e do conjunto axiomático a ela associada.

Neste prisma, os institutos que regulam a forma de punição, atribuída ao agente que comete mais de um crime, devem ser entendidos como verdadeira limitação ao poder de punir. Segundo este entendimento, só é legítima a punição que observa o disposto na lei penal (princípio da legalidade), no intuito de afastar os sabores e paixões pessoais inerente à repulsa humana frente ao fenômeno criminoso.

As espécies de concurso de crime, portanto, por estarem localizadas na parte geral no Estatuto Repressivo, tem natureza jurídica de direito subjetivo público, opção de política criminal que o legislador optou por estender àqueles que reúnem os requisitos de aplicação de cada um dos institutos que serão estudados ao longo deste artigo.

Há 3 teorias que discutem estar a disciplina do concurso de crimes associada à teoria da crime ou à teoria da pena.

A primeira corrente coloca o concurso de crimes no contexto do estudo da teoria do crime, pois é a partir das noções concretas do tipo penal que verifica-se as distinções entre unidade e pluralidade de condutas criminosas, restando a pena a ser aplicada como consequência desse entendimento. É a posição majoritária na doutrina brasileiro.³

Há, ainda, aqueles que entendem o concurso de crimes como pertencentes à matéria da teoria da pena. Para essa corrente, os crimes isoladamente considerado já teriam sofrido um juízo de desvalor e reprovação quando da condenação, restando a aplicação dos benefícios do concurso de crimes apenas na fase da dosimetria, aplicação da pena.⁴

³ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 57.

⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 58.

Finalmente, a corrente mista considera o concurso de crimes como uma conexão necessária entre as duas matérias, visto que, pelo lado da teoria do crime, resolve-se a unidade ou pluralidade de ação e, pelo lado da teoria da pena, a justa medida da pena a ser aplicada.⁵

1.3. Concurso de crimes homogêneo e heterogêneo

Diz-se homogêneo quando a pluralidade de ação ou omissão se manifesta com a ocorrência de condutas criminosas idênticas.

Por conduta criminosa idêntica, pensa-se, num primeiro momento, na incidência do mesmo tipo penal.

No entanto, a lição de Heleno Cláudio Fragoso⁶ é a de que crimes da mesma espécie não limitam-se àqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas comportam os que ofendem o mesmo bem jurídico, além de guardar semelhanças entre si, seja pelos fatos que o constituem, seja pelos motivos determinantes do crime.

Anota, ainda, o autor, que houve época em que existia em nossa legislação penal a figura jurídica da reincidência específica, cujo significado era, segundo a doutrina da época, de reincidência em crimes de mesma natureza (que atinge o mesmo bem jurídico), ao passo em que esta mesma doutrina considerava necessário, para o reconhecimento do benefício do crime continuado, que a pluralidade criminosa recaísse sobre crimes de mesma espécie, ou seja, que viole o mesmo dispositivo de lei.⁷

Arremata o autor com uma crítica: “Como se percebe, alargava-se o âmbito da reincidência específica (que tinha graves consequências penais) e restringia-se a compreensão do crime continuado, que favorece o delinquente.”⁸

⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 58.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 368.

⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 396.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 368.

Há, também, posição que considera homogêneos os crimes que compartilhem o mesmo tipo penal, porém admitindo que o façam em modalidades distintas, como em sua forma simples em concurso com a forma qualificada, por exemplo.⁹

Portanto a depender da posição de um ou outro estudioso, o conceito de concurso de crimes homogêneo pode sofrer variação, sendo as principais correntes 1) a “teoria do objeto jurídico”, que atribui homogeneidade aos crimes que ofendem o mesmo bem jurídico tutelado; 2) a “teoria do título do crime”, segundo a qual crimes de mesma espécie são aqueles que se encontram sob um mesmo título, assim entendido como a posição do tipo na lei incriminadora, que abrange toda a objetividade jurídica da proibição, aí inclusas eventuais circunstâncias qualitativas que integram a espécie; 3) a “teoria de Marsico”, que considera única disposição de lei todos os artigos concernentes à violação de um mesmo bem ou interesse, que guardem identidade dos elementos essenciais e psíquicos, ainda que por circunstâncias do fato ocorra diversificação destes; e 4) a “teoria de Manzini”, na qual a homogeneidade é dada por todas as normas, gerais ou especiais, complementares ou integrantes de uma identidade da norma incriminadora principal, de modo que não seja possível a violação de qualquer uma delas sem a violação da principal.¹⁰

Naturalmente, o concurso heterogêneo é aquele em que a pluralidade de ação ou omissão criminosa recai sobre conduta típica que incorra no mesmo tipo penal, ou que atinja bem jurídico diverso, conforme tratado no item anterior.

1.4. Evolução histórica do crime continuado

Heleno Cláudio Fragoso anota que o direito antigo não conhecia o crime continuado, destaca a ausência de tal instituto no direito romano, germânico ou canônico e nos informa que o mesmo foi introduzido pelos práticos italianos, ao buscar solução que mitigassem as penas de furto, que, naquele contexto, se praticado pela terceira vez, importava em pena de morte.¹¹

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 646.

¹⁰ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 148.

¹¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 368.

Nas palavras do doutrinador: “Em *Farinaccio* encontramos a idéia de que o furto deveria reputar-se único se várias ações fossem praticadas, em diversos lugares, na mesma noite.”¹²

A reiteração no crime de furto, ou seja, a terceira condenação do agente pela prática do crime, na Itália do século XIX, era punível com a pena de morte, portanto a ficção jurídica do crime continuado, que o considera crime único, a despeito da pluralidade de condutas, veio ao encontro da intenção do legislador em evitar a desproporcionalidade da pena.

Imagine-se um contexto em que o transgressor cometesse, a uma só vez, três delitos de furto. Nesta hipótese, o caráter pedagógico seria esvaziado por ter o agente cumulado furtos suficientes para, em um só julgamento, ter contra si prolatada a pena capital.

No Brasil, o Código Criminal do Império, de 1830, que trouxe idéias iluministas e foi considerado uma legislação liberal, fundada no princípio de utilidade pública, não tratou do tema “concurso de crimes”, embora o Código Penal da Baviera, de 1813, já o fizesse.¹³

Já no Código Penal Republicano, de 1890, influenciado por idéias liberais, notadamente pelo movimento abolicionista, os institutos de concurso de crimes foram formalmente introduzidos em nosso ordenamento. Dessa forma foram normatizados o crime continuado, bem como as hipóteses de concurso formal e material de crimes.¹⁴

Assim dispunha o art. 66, §2º, do CP republicano:

Quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, cometidos em tempo e lugar diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa, **impor-se-lhe-ha no gráo Maximo** a pena de um só dos crimes, com augmento da 6ª parte¹⁵ (grifamos)

¹² FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 368.

¹³ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 36.

¹⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 36.

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal Republicano. **Lex**: coleção de leis do Brasil - 1890, Rio de Janeiro, vol. fasc. X, p. 2.664. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>. Acesso em: 25 set. 2018.

Interpretado o dispositivo acima à luz da Constituição Cidadã de 1988, este claramente não seria recepcionado, caso estivesse em vigor, por violação ao princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88), uma vez que obriga a aplicação da pena máxima ao delito, independentemente de ponderações acerca das condições pessoais do autor.

Neste sentido, Ney Fayet Júnior:

Convém destacar-se que essa redação sofreu, por parte dos especialistas e da jurisprudência da época, enormes críticas, sobretudo pela imprecisão e pela omissão ao elemento subjetivo unificante. Todavia, posto que haja imperfeições, ostenta inegável mérito de ter sido o marco a partir do qual a doutrina pôde se desenvolver na busca do aprimoramento conceitual do instituto.¹⁶

As críticas ao dispositivo finalmente conduziram à reforma do dispositivo legal, promovida pelo Decreto-Lei 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que deu ao art. 66, §2º, do Código Penal republicano, a seguinte redação:

Quando o criminoso tiver de ser punido por dous ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora commettidos em tempos diferentes, **se lhe imporá a pena de um só dos crimes, mas com o aumento da sexta parte.**¹⁷ (grifo nosso)

Acerca da reforma, continua a lição de Ney Fayet Júnior:

Analisando-se esse texto legal, pode-se extrair a necessidade de alguns elementos para a configuração do delito continuado, a saber: pluralidade de ações (cada uma constituindo uma infração), unidade de resolução e unidade da lei violada.¹⁸

Com o advento do Código Penal de 1940, em seu art. 51, §2º, o instituto recebeu nova redação:

Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar,

¹⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal Republicano. **Lex**: coleção de leis do Brasil - 1890, Rio de Janeiro, vol. fasc. X, p. 2.664. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>. Acesso em: 25 set. 2018.

¹⁸ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 37.

maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentadas, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.¹⁹

Acerca do tema, escreveu Ney Fayet Júnior:

O principal aspecto que se deve remarcar, a partir da construção legal do Estatuto Penal de 1940, é o abandono do critério subjetivo, perfilhando-se a Lei à teoria objetiva, descrita na Exposição de motivos da seguinte forma: ‘A noção do crime continuado tem sido uma verdadeira *crux* para os criminalistas. Duas são as teorias que disputam a solução do problema: a objetivo-subjetiva e a puramente objetiva. Segundo a primeira, o crime continuado exige, para sua identificação, além de determinados elementos de natureza objetiva, outro de índole subjetiva, que é expresso de modos diferentes: unidade de dolo, unidade de resolução, unidade de desígnios. A teoria objetiva, entretanto, dispensa 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.²⁰ (grifo nosso)

Citando o doutrinador Odin do Brasil Americano, o autor anotou:

A comissão revisora, por sugestão de Costa e Silva, preferiu a nova definição que se contém no atual §2º do artigo cinquenta e um, sob o fundamento de que a exigência do mesmo desígnio, pra identificar a continuação, é insustentável teoricamente e na prática, sendo este, portanto, um requisito apenas fictício ou convencional²¹

No Código Penal vigente, o crime continuado encontra-se regulado no art. 71, em virtude da modificação operada na parte geral do *codex* pela Lei 7.209/84. O referido artigo, nas palavras de Luiz Vicente Cernicchiaro, “reproduz o art. 51, §2º, da redação de 1940. Quase literalmente. Só alterou ‘impões-se-lhe a pena’ por ‘aplica-se-lhe’”.²²

¹⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁰ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 38.

²¹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 38. *apud* Odin do Brasil Americano (1956, p. 25)

²² CERNICCHIARO, Luiz Vicente, 1994, p. 88

A reforma acrescentou, ainda, o parágrafo único do mesmo artigo, que trouxe regra diversa, da qual trataremos, que disciplina o crime continuado específico.

1.5. Espécies de concurso de crimes e teorias associadas

São espécies de concurso de crimes e teorias sobre sua aplicação:

1.5.1. Concurso material (ou real) de crimes

A noção mais simples, intuitiva, em verdade a primeira a ser desenvolvida na evolução histórica do Direito Penal, ao tratar de concurso de crimes, é a do concurso material.

Esta espécie normativa é marcada pela multiplicidade de condutas criminosas, cada uma delas com carga de culpabilidade distinta, ou seja, proveniente de uma ideação criminosa independente, portanto com desígnios autônomos, e livre das relações de especialidade, subsidiariedade ou consunção, que resolvem o concurso de tipos penais, nos caso em que este é apenas aparente.

A consequência jurídica do concurso material é a simples operação aritmética de soma das penas fixadas em cada condenação. A esta soma, portanto, dá-se o nome de cúmulo material ou aritmético.

O Direito Romano utilizava predominantemente o concurso material de crimes (*quot delicta tot poena*), o mesmo princípio também foi utilizado como regra nos direitos Germânico e Canônico.²³

É a fórmula encontrada no art. 69, do CP, que normatiza o concurso material de crimes, *in verbis*:

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.²⁴

1.5.2. Cúmulo material temperado

²³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 364.

²⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

O legislador brasileiro, ainda na esteira de evitar o cumprimento excessivo de pena, norteado pelo princípio humanitário, e para dar efetividade à vedação constitucional à perpetuidade da pena (art. 5º, XLVII, “b”, CF/88), adotou, transversalmente em nosso ordenamento, o sistema do cúmulo material temperado.

Encontrado em abundância no direito comparado, tal sistema atua como limitador do tempo de pena ao qual pode ser submetido o condenado.

Toma corpo no art. 75, do CP, vejamos:

art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.²⁵

Este sistema é de aplicação incontroversa no Brasil.

1.5.3. Cúmulo material benéfico

A fim de manter a coerência interna do sistema de concurso de crimes, de forma a derrotar qualquer dúvida de ser esta expressão da condescendência do legislador, o art. 70, parágrafo único, do CP, preconiza que, para o concurso formal de crimes, a pena não pode exceder àquela resultante do cúmulo aritmético das penas individualmente consideradas.

No mesmo sentido caminha o art. 71, parágrafo único, do CP. Trata-se, aqui também, de uma remissão para a regra do cúmulo material benéfico.

Isto é o mesmo que dizer que a pena atribuída, utilizando-se o sistema de aplicação de pena da exasperação, não pode superar aquela resultante do sistema de cúmulo material (ou aritmético), ou seja, caso o *quantum* utilizado pelo julgador para exasperação, somado à pena de um dos crimes, se idênticos, ou à mais grave, se diversos, supere a pena obtida pela regra do concurso material, esta última é a pena que deve ser observada.

Hipótese que é verificada em condenação por crime com pena elevada em concurso com outro de pena menor, tal como homicídio e ocultação de cadáver, em que a exasperação de um sexto, da pena mais gravosa, supera a mera soma desta com a pena menos gravosa.

²⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

A regra da exasperação existe para beneficiar o agente, pois é por meio deste que se exclui o cúmulo material que poderia, em concreto, conduzir à pena injusta, desproporcional à gravidade dos crimes praticados.²⁶

1.5.4. Cúmulo absoluto da pena pecuniária

Ainda para ratificar o raciocínio de serem as normas de concurso de crimes um benefício humanitário, estas destinam-se apenas às penas corporais, privativas de liberdade. Dessa forma, reza o art. 72, do CP, que as penas pecuniárias não se sujeitam às benesses dos institutos aqui discutidos.

Diz o referido artigo:

art. 72 - No concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.²⁷

Tal regra é comumente encontrada no direito comparado.

1.5.5. Concurso formal (ou ideal) de crimes (*lato sensu*)

O concurso formal (ou ideal) de crimes tem como traço marcante a unicidade de ação danosa ao bem jurídico, com pluralidade de resultados criminosos, sejam estes homogêneos ou heterogêneos, distingue-se, portanto, do concurso material, a partir da unidade ou pluralidade de ação praticada pelo agente.²⁸

O *concurso formalis* remonta aos práticos do direito intermédio²⁹ e tem, no Brasil, tratamento punitivo orientado pela sistema de aplicação de pena da exasperação, ou seja, na aplicação da pena correspondente a um só dos crime, no caso de concurso homogêneo, ou ao mais grave deles, se heterogêneo, em qualquer caso, porém, aumentada de um *quantum* determinado, que pode ser fixo ou variável.³⁰

²⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 367.

²⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

²⁸ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63.

²⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 63.

³⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 364.

A esta consequência Fragoso dá o nome de cúmulo jurídico³¹, ao passo em que Ney Fayet Júnior prefere fazer uma distinção entre os sistemas de aplicação de pena do cúmulo jurídico e da exasperação, apesar de descrevê-las com idênticas características.³²

Neste trabalho são admitidas como sinônimos, por força de sua semelhança prática, visto que ambas posicionam a pena a ser atribuída como maior que a correspondente à punição isolada do crime, porém necessariamente menor que a obtida por meio do cúmulo material.

Trata-se de um conceito que divorcia a idéia de pluralidade do cúmulo material, em tudo similar ao mundo dos fatos, da resposta repressiva, que substitui a pluralidade de ações observada no mundo real pela ficção jurídica de conduta criminosa única.

1.5.6. Concurso formal (ou ideal) de crimes perfeito

Diz-se concurso formal de crimes perfeito o observado no art. 70, *ab initio*, do CP:

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.³³

Novamente, a distinção marcante, tônica da nossa teoria geral do crime, é o elemento subjetivo (ou elemento volitivo, ou vontade) do agente, que, desta feita, age com desígnio único, porém atinge bens jurídicos de vítimas diversas, o que configura a pluralidade de crimes.

Neste caso, o agente intenta empreitada única, sendo elemento accidental a multiplicidade lesiva. Razão pela qual o legislador optou pela pelo sistema de exasperação.

³¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 364.

³² FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 77 e 78.

³³ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

Afastou, portanto, teorias diversas, como o sistema do cúmulo material, já visto, por considerar beneficemente o caráter accidental das múltiplas lesões, assim como rejeitou o sistema da absorção, que prescreve o apenamento apenas no crime mais grave, operação que denomina-se consunção penal.

1.5.7. Concurso formal (ou ideal) de crimes imperfeito

Mesmo sob a nomenclatura de “concurso formal”, há uma hipótese de incidência do sistema de cúmulo aritmético que alcança fato criminoso que apresente unicidade de ação, são os casos em que em única ação observa-se multiplicidade de desígnios do agente. Dá-se, a esses casos, o nome de concurso formal imperfeito, situado no art. 70, *in fine*, do CP, transcrevo:

art. 70 - (...) 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.³⁴

Portanto, por opção legislativa, equipara-se a unidade de conduta, porém com multiplicidade da vontade injusta, à multiplicidade de condutas do concurso material. Evidente a preponderância da valoração do elemento volitivo para a resposta estatal, neste particular.

Não haveria estranheza caso a redação acima transcrita figurasse no art. 69, do CP.

1.5.8. Crime continuado

O crime continuado consiste na prática de vários delitos de mesma espécie que, por opção de política criminal, o legislador transforma, por meio de ficção jurídica, em uma unidade delitiva.

O contexto histórico do instituto evoluiu de uma perspectiva humanitária, ao reconhecer que a pluralidade criminosa, no mais das vezes, resultaria em excesso punitivo.

Dessa forma, não há que se falar em correspondência da realidade do mundo com a resposta repressiva pois, inexistente uma situação de fato que pudesse ser

³⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

qualificada como crime continuado, mas uma realidade delitiva plural a que o legislador considera crime único.

O crime continuado está previsto, no ordenamento jurídico Brasileiro, no art. 71, do CP, que transcrevo:

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.

³⁵

Novamente, o legislador optou pelo sistema de exasperação da pena, como forma intermediária de punição, afastando o sistema de cúmulo material e de absorção.

Nota-se, como requisitos de sua aplicação, os critérios objetivos de 1) haver pluralidade de ação ou omissão; 2) estarem as diversas ações ou omissões classificadas como concurso de crimes homogêneo, ou seja, fala-se de “crimes da mesma espécie”; 3) guardarem entre si semelhanças quanto à elementos objetivos do fato, exemplificados pelo legislador, mas não limitados, a “tempo”, entendido como marco temporal da ação ou omissão, “lugar”, que diz respeito ao local em que a infração é praticada, “maneira de execução”, ou seja, o *modus operandi*, o conjunto de atos e procedimentos adotados pelo autor em busca da consumação do delito, além de “outras semelhantes”, que confirma o caráter exemplificativo dos anteriores.³⁶

1.5.9. Crime continuado específico

Conforme apresentado no histórico, a Lei 7.209/84, introduziu a forma específica do crime continuado.

Como forma de proporcionar espaço normativo para atribuir, de forma adequada e suficiente, a resposta penal à crimes de maior reprovabilidade social, o crime continuado específico expande o *quantum* de exasperação do crime continua-

³⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

³⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 67.

do, do *caput* do art. 71, do CP, para os casos em que os crimes são praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, contra vítimas diferente, *in verbis*:

art. 71 - (...)

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.³⁷

Zaffaroni e Pierangeli observam a distinção, entre os patamares mínimos e máximos do *quantum* de exasperação, entre crime continuado e o crime continuado específico, como degraus diferentes de atenuação de pena, como detalharemos adiante.³⁸

2. Aspectos relevantes sobre o crime continuado

Nesta seção falaremos sobre aspectos teóricos afetos à matéria do crime continuado, bem como traremos considerações críticas correlacionando a posição da doutrina com a jurisprudência do STJ.

2.1. Ficção jurídica, unidade real e unidade jurídica

A teoria da ficção jurídica informa que a unidade existente no crime continuado é resultante de uma criação legal para imposição única de pena, ainda que no mundo dos fatos sejam observadas múltiplas ações.³⁹

A unidade real é a teoria segundo a qual o crime crime continuado é, de fato, crime único, em virtude de haver unidade de intenção e lesividade.⁴⁰

³⁷ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

³⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 653.

³⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 83 e 84.

⁴⁰ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 85.

A teoria da unidade jurídica, aproximada à teoria da ficção jurídica, tem o crime continuado como possuidora de existência própria. Considera o próprio concurso, *per se*, como a figura delitiva, como uma realidade jurídica, autônoma em sua natureza, que transcende a mera ficção.⁴¹

2.2. Unidade de desígnio ou elemento subjetivo unificante

O que chamamos de unidade de desígnio ou elemento subjetivo unificante é o conteúdo psicológico do agente que, ao orientar sua atividade criminosa à um fim, por mais que sejam diversos os atos de lesão praticados contra o bem jurídico tutelado, visa a consecução de um objetivo ilícito único.⁴²

Desta forma, podemos imaginar o exemplo do administrador que, vislumbrando o intuito finalístico de apropriar-se de determinada quantia, põe-se a operar, seja pelo temor de ser descoberto, seja por alguma reserva moral residual ou qualquer outro motivo, pequenos atos de apropriação indébita até apropriar-se da quantia previamente idealizada.

Em outras palavras, há unidade de desígnio quando, podendo consumir a empreitada criminosa em única ação, o agente a fraciona em uma pluralidade de ações que, por si só, configuram, cada uma delas, a conduta típica almejada.

O liame que as diversas ações praticadas conservam entre si, configurados para uma unidade delituosa, traz a idéia de que ações criminosas posteriores funcionam como um prolongamento da culpabilidade das que antecederam.⁴³

2.3. Teoria objetiva pura do crime continuado

Para a teoria objetiva pura do crime continuado, inspirada no Direito Penal germânico, basta, para o reconhecimento do benefício político-criminal, a reunião de elementos objetivos, externos ao sujeito, como similitudes de tempo, lugar, circun-

⁴¹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 87.

⁴² FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 133.

⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 652.

stâncias, modo de execução, entre outros, para caracterizar o nexos de continuidade entre as condutas delitivas.⁴⁴

Dispensa, portanto, qualquer valoração acerca da motivação da empreitada criminosa, qualquer indagação sobre a autonomia de um crime em relação aos demais, tornando-se irrelevante qualquer variação no elemento volitivo do agente, entre as diversas condutas criminosas, desde que satisfeitos os requisitos objetivos.

Os critérios elencados pelo legislador, objetivamente mensurados, bastam para que os crimes posteriores sejam entendidos como continuação do primeiro.

Esta corrente diminui a autonomia do julgador quanto ao cabimento do benefício, no mesmo passo em que entrega-lhe discricionariedade (motivada) acerca da determinação de sua força.

2.4. Teoria subjetiva-objetiva do crime continuado

A teoria subjetiva-objetiva, ou mista, considera como requisitos para a configuração do crime continuado dois elementos, os objetivos, já tratados, e um requisito subjetivo, qual seja, a unidade de desígnio, já abordada.

A aplicação do benefício, dessa forma, depende de uma valoração jurídica do elemento subjetivo do agente, a fim de verificar o escopo criminoso antevisto por este, de forma a determinar se as múltiplas ações ou omissões delituosas se organizam para um fim único, ou ao menos, com um propósito geral comum identificável.⁴⁵

Um dos objetivos desta corrente é evitar que sejam beneficiados aqueles que praticam condutas criminosas com liame de eventualidade, apesar de similares em suas características objetivas e, assim, em certa medida, aproximam-se do conceito de habitualidade criminosa. É o caso do assaltante que sempre aguarda em determinado lugar as vítimas se apresentarem.

⁴⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 138.

⁴⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 134.

Segundo Ney Fayet Júnior, “há quem entenda que o preceito normativo que descreve o crime continuado alberga a previsão desse coeficiente subjetivo (unidade de desígnio), representado na expressão ‘e outras semelhantes’”.⁴⁶

2.5. Opção do Brasil pela teoria objetiva pura

A leitura atenta do art. 71, do CP, aponta para a interpretação, em plano gramatical, de que o Brasil optou pela teoria objetiva pura. Portanto diante da pluralidade de ações, realizadas do modo subsequente, que conservam entre si as similitudes externas, devem ser tratadas no modelo *pena major cum exasperatione*, ou seja, conforme o sistema de exasperação da pena, de cúmulo jurídico.⁴⁷

É também a conclusão a que se chega pela via da interpretação autêntica, ao se examinar o item 59, da exposição de motivos do Código Penal Brasileiro, que transcrevo:

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. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. **Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la**, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema, destinado penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.⁴⁸ (grifamos)

Finalmente, reafirmando o caráter puramente objetivo, para a obtenção do benefício de política criminal contido no art. 71, do CP, Zaffaroni e Pierangeli o com-

⁴⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 143.

⁴⁷ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 143.

⁴⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Exposição de Motivos. **Lex**: diário do Congresso Nacional - 1983, Brasília, seção 1, suplemento A, p. 14. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

param ao concurso material (regra que denota ausência de benefício no que toca à matéria concurso de tipos), da seguinte forma:

O art. 71 do CP contém uma fórmula de abrandamento da regra aritmética do art. 69, que recebe o nome de ‘crime continuado’, mas que, onticamente, não é um verdadeiro crime continuado pelo total predomínio de critérios objetivos.⁴⁹

2.6. Crime continuado verdadeiro e falso (segundo Zaffaroni e Pierangeli)

Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, consideram haver uma hipótese de crime continuado que nominam “verdadeiro delito continuado”, que é caracterizado por conduta única, ainda que diversos sejam os atos, movimentos corporais que compõe uma conduta.

É o exemplo do operador de caixa que, ajustando sua conduta para a subtração de determinada quantia, pratica diversos atos de subtração, em quantias que julga ser de difícil vigilância, para ao final obter a vantagem ilícita previamente desejada.⁵⁰

Caso o mesmo operador realizasse as sucessivas subtrações, porém motivado apenas por sentir-se igualmente tentado, em cada uma delas, pela oportunidade de cometer o delito, estaríamos, segundo os autores, diante do falso crime continuado, por formar-se uma unidade de culpabilidade (tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes).

Na lição dos doutrinadores:

Nos casos em que a interpretação racional dos tipos indica ser muito mais lógico pensar-se numa única conduta, vemos que, de regra, a repetição ou reiteração constitui uma verdadeira modalidade de execução, ou de prática do crime, no caso concreto. Em razão, é perfeitamente explicável que o verdadeiro crime continuado, que não é uma ficção, mas uma realidade ôntica, não possa ser contido numa forma legal, não somente no Brasil, mas também em muitas legislações, o qual é produto de elaboração da doutrina e da jurisprudência.⁵¹

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 651.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 645 e 646.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 646.

Para os autores, o verdadeiro crime continuado é aquele que se destaca por apresentar a unidade de desígnio e cujo elemento normativo “crimes da mesma espécie” presente “a identidade do bem jurídico tutelado e a identidade do tipo em que incorre a conduta, ainda que este último requisito seja relativo, pois pode ocorrer continuidade com tipos qualificados e básicos”.⁵²

Os autores discutem também a variabilidade dos critérios objetivos “tempo” e “local”, que no delito continuado, afirmam, assume caráter indiciário.

Quanto à identidade do titular do bem jurídico lesado, entendem que não é obrigatória para sua caracterização, porém, para alguns delitos, mostra-se necessária. Como no caso da pluralidade de atos de conjunção carnal, diferidos no tempo, num mesmo contexto de violência sexual.⁵³

Já o falso crime continuado, ainda pela posição dos autores, decorre de uma presunção lógica, acerca do conceito de “ação humana”, que preferem não abandonar: “A ideia de ‘continuidade’ no artigo indicado será apenas artificial, se como crime continuado se quer entender uma ação ou conduta única, quando o critério legal exige ‘mais de uma ação ou omissão’.”⁵⁴

2.7. Crime continuado como atenuação jurídica fundada na culpabilidade

Sobre o disposto no art. 71, do CP, Zaffaroni e Pierangeli escrevem que “o art. 71 está procurando estabelecer uma atenuação nos casos de menor culpabilidade, por causa da unidade ou continuidade das condições objetivas, que fundamentam o juízo de culpabilidade.”⁵⁵

Entendendo que no caso concreto, que traz consigo os elementos objetivos do instituto, sendo desnecessária a unidade de desígnio, que pode ocorrer (caso em que o autor nomina “verdadeiro crime continuado”, já tratado), a solução do crime

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 646.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 646 e 647.

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 647.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 652.

continuado deve ser utilizada, para efeitos de culpabilidade e, conseqüentemente, para a individualização da pena:

Está bem claro, no texto do art. 71, que as circunstâncias a que ele se refere são aquelas que fazem parte da culpabilidade, as que rodeiam as motivações do sujeito, ou seja, as que permitem falar em uma culpabilidade que, por causa da continuidade das circunstâncias motivadoras, não é independente, ou melhor, não pode ser julgada desvinculada da culpabilidade do crime anterior.⁵⁶

Ou seja, um juízo sobre caracteres de culpabilidade que recai, de forma mais ou menos homogênea, sobre uma pluralidade de condutas, aí reconhecidos como tais local, tempo, modo de execução e demais assemelhados, são a chave que seleciona os destinatários da política criminal benéfica contida no art. 71, do CP.

De outra forma não deveria ser, é justamente para promover um equilíbrio entre a culpabilidade das condutas do agente e a reprimenda penal promovida pelo Estado, que o benefício se insere para prevenir penas desproporcionais, e a opção do Brasil foi em fazê-lo pelo emprego do sistema de exasperação da pena.

Os autores classificam dois “graus de atenuação” distintos, chama a exasperação do crime continuado do *caput*, do art. 71, do CP, de “grau maior de atenuação”, por ser a exasperação de um sexto a dois terços, e a exasperação do parágrafo único, do mesmo dispositivo, de atenuação em “menor grau”, tal é a consciência dos doutrinadores de que a exasperação até o triplo trata-se, em verdade, apenas de um benefício de política criminal estendido em menor medida.⁵⁷

Destacam, finalmente, que os critérios considerados no crime continuado específico, quais sejam, “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”⁵⁸, e a faculdade

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 652.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 653.

⁵⁸ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

de exasperação, “até o triplo”⁵⁹, são mecanismos de transferem ao Estado-Juiz, à luz do caso concreto, discricionariedade na aplicação do benefício, *verbis*:

Em caso de menor grau de atenuação, o juiz pode aumentar a pena até o triplo da mais grave delas, sem ultrapassar os limites da cumulação aritmética, nem o máximo de trinta anos, do art. 75. Faculdade tão ampla concedida ao juiz, permite-lhe que não conceda a atenuação nestes casos, que a use em medida menor ou na exata medida previstas no art. 71 do CP⁶⁰

2.8. Projeto de lei 3.473/00

O Projeto de Lei nº 3.473/00, de autoria do Poder Executivo, que encontra-se em situação de pronto para pauta em plenário, tem como um de seus objetivos atribuir nova redação ao dispositivo do crime continuado, para fulminar de vez quaisquer dúvidas, divergências jurisprudenciais ou posições doutrinárias que defendem a existência de um elemento subjetivo unificante como requisito para a aplicação do crime continuado (art. 71, *caput*, do CP) com a seguinte redação:

Há crime continuado quando o agente, com ou sem unidade de desígnio, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes que ofendam o mesmo bem jurídico, e pelas condições de tempo, ou de lugar, ou de maneira de execução, ou de outras circunstâncias objetivas 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, considerando o disposto no art. 59, bem como o número de infrações praticadas⁶¹

Já para a disciplina do crime continuado específico, sito no parágrafo único do art. 71, do CP, o Projeto de Lei em comento visa dispor da seguinte forma:

Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, deverá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes e a unidade de desígnio, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se

⁵⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 653.

⁶¹ BRASIL. Projeto de Lei nº 3.473, de 18 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>>. Acesso em: 25 set. 2018.

idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75⁶²

Nota-se a intenção do legislador em transformar a política criminal brasileira, relativa ao crime continuado, da teoria objetiva pura para um sistema misto, que permanece adotando-a para o crime continuado, e, de forma especial, opta pela teoria subjetiva, quando do julgamento do benefício no caso do crime continuado específico.

Tal movimento é evidenciado na proposta de redação, quanto ao art. 71, *caput*, do CP, pela expressão “com ou sem unidade de desígnio”, além da maior ênfase quanto à alternatividade das condições objetivas de similitude das ações, adicionando a palavra “ou” após as vírgulas, ao falar de tempo, lugar, maneira de execução e demais circunstâncias, recurso não empregado na redação vigente.

Nesse tocante o legislador filia, sem sombra de dúvidas, o instituto do crime continuado à teoria objetiva pura. Se alçado ao *status* legal, o projeto de lei afastará da jurisprudência qualquer impasse acerca da exigência da unidade de desígnio para a concessão do benefício do crime continuado.

Noutro giro, para o crime continuado específico, a proposta de mudança legislativa acena para a adoção da teoria subjetiva. Afirmação que resta demonstrada pelo uso da expressão “considerando a culpabilidade, os antecedentes e a unidade de desígnio”. Nota-se que a unidade de desígnio, elemento caracterizador da teoria subjetiva, foi adicionado com caráter obrigatório.

O legislador, seguindo um movimento de política criminal de “direito penal do fato”, em detrimento de uma concepção de “direito penal do autor”, removeu dos critérios de aferição para o crime continuado específico, a valoração da conduta social e da personalidade do agente, substituindo-as pela exigência da unidade de desígnio.

2.9. Considerações críticas

⁶² BRASIL. Projeto de Lei nº 3.473, de 18 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>>. Acesso em: 25 set. 2018.

O instituto do crime continuado é resultado de uma evolução histórica, como debatido, e decorre da vontade do legislador criminal, que o utiliza como ferramenta para a implementação de uma agenda político-criminal.

No tocante ao reconhecimento do instituto, no caso concreto, é compreensível que a *praxis* criminal, tão atenta à valoração de culpabilidade da conduta do agente, irresigna-se ao comando legal, puramente objetivo, contido no art. 71, do CP, e adicione requisitos que a lei não pede.

Acerca da exigência, *contra legem*, do requisito subjetivo “unidade de desígnio”, sedimentada no colendo Superior Tribunal de Justiça para o reconhecimento do crime continuado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. **CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO PREENCHIDO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS.** REITERAÇÃO CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INVIABILIDADE NO ÂMBITO DO WRIT. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. **A continuidade delitiva configura-se quando as circunstâncias de modo, tempo e lugar da prática dos ilícitos apresentam relação de semelhança e unidade de desígnios**, acarretando o reconhecimento do desdobramento da prática criminosa, o que não se verifica na hipótese dos autos. 2. Impende registrar, por oportuno, que **"esta Corte, ao interpretar o art. 71 do CP, adota a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior."** (AgRg no HC 426.556/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018) (grifamos) 3. A rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático probatório. 4. Agravo regimental não provido.(AgRg no HC 438.232/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 30/05/2018)⁶³ (grifamos)

Ainda sobre o alinhamento da colenda corte superior à teoria objetiva-subjetiva, ainda que não seja a escolhida pelo legislador, conforme demonstrado, segue:

⁶³ BRASIL, STJ. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 438.232/SP. Impetrante: Bruno Barros Mendes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Dario da Silva Santana. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, julgado em 17/05/2018, publicado no DJe em 30/05/2018.

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. **NECESSIDADE DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA-SUBJETIVA.**

1. **A despeito de presentes as mesmas circunstâncias de lugar e de maneira de execução, os desígnios que motivaram a prática dos crimes foram diversos, tal como constatado pelas instâncias ordinárias, o que impede o reconhecimento da continuidade delitiva, pois o crime subsequente não pode ser tido como continuação do primeiro.**

2. Ordem denegada.

(HC 136.224/RJ, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS NUNES, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 29/08/2012)⁶⁴ (grifamos)

De fato, aplicar um benefício atenuante da responsabilidade criminal, de forma isenta de qualquer valoração subjetiva, parece conflitar com a própria lógica interna do sistema construído na parte geral do Código Penal vigente.

Não obstante, é perigoso admitir-se como evolução dogmática o entendimento da necessidade da unidade de desígnio, como temos observado, uma vez que o Código Penal, por ocasião da reforma de 1984, manteve a redação do dispositivo legal perfilhado à teoria objetiva pura.

Sujeitar-se, como é próprio, aos princípios norteadores do Direito Penal, decorrentes da Constituição Federal, em especial à Legalidade, é dever integral, infracionável do agente público que exerce a jurisdição. Neste prisma, decorre também do princípio do *favor rei* a interpretação, de estar o crime continuado no Brasil alinhado à teoria objetiva pura, pois interpretação diversa opera restrição de direito.⁶⁵

Admitir-se a construção de requisito não previsto em lei é o mesmo que negar vigência ao art. 71, do CP. É atividade própria do chamado ativismo judicial, que, *in casu*, opera *in malam partem*. Portanto na contramão da própria essência interpretativa que norteia o Direito Penal, que deve ser restritiva quando agrava a situação do réu.

⁶⁴ BRASIL, STJ. *Habeas Corpus* 136.224/RJ. Impetrante: Luis Cláudio de Sousa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Luis Cádúio de Sousa. Relator: Min. Sebastião Reis Nunes, Brasília, julgado em 16/08/2012, publicado no DJe em 29/08/2012.

⁶⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 147.

Além da criação deste elemento subjetivo ser um ponto controvertido na jurisprudência, os elementos objetivos também não escapam de algum grau de incerteza e variabilidade.

Acerca da dificuldade da jurisprudência em determinar um espectro claro, nos limites interpretativos lógicos do disposto no art. 71, do CP, de incidência do benefício jurídico do crime continuado, asseveram Zaffaroni e Pierangeli:

A análise da doutrina e jurisprudência realizada em torno dos requisitos do falso crime continuado revela uma grande diversidade de critérios, e, portanto, uma grande incerteza jurídica. A denominação de “crime continuado” levou uma parte das manifestações a fixar exigências que a lei não faz: a unidade resolva. O requisito crimes da “mesma espécie” foi interpretado no sentido da reincidência específica, exigência da lei anterior, que previa tal instituto. Mas outras decisões exigem o mesmo tipo legal, e ainda outras também os tipos simples e qualificados, tentados ou consumados, autoria individual e coautoria etc. No que respeita ao tempo, critérios existem que admitem o instituto por crimes que não estejam afastados, entre si, por mais de dois meses, mas há orientação que amplia esse lapso temporal. Não é muito diferente a situação da jurisprudência no que se relaciona com as condições de lugar.

Melhor, ainda, foi a confusão que se estabeleceu ao procurar-se critérios limitadores no verdadeiro crime continuado, ou seja, no crime continuado que se vislumbra na doutrina estrangeira, e, com a adoção, por parte de alguns doutrinadores, da teoria dos “bens jurídicos personalíssimos”. Em síntese, o art. 71 do CP contém uma fórmula que, embora a doutrina e a jurisprudência tenham feito um esforço enorme, não obtiveram resultados positivos no sentido de unificar, ainda que minimamente, os critérios. A sempre vacilante opinião jurídica está a demonstrar a falta de uma diretriz, que sirva como orientação geral para a construção dogmática do instituto.⁶⁶

Considerações Finais

Ao longo do artigo, o tema concurso de crimes foi apresentado, conforme o rigor acadêmico de uma cadeira de Direito Penal de uma graduação em Bacharelado em Direito.

Nesse contexto, o instituto jurídico do crime continuado foi destacado como a espécie de concurso de crimes selecionada como objeto de estudo, recebendo, portanto, maior atenção.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 651.

O crime continuado foi abordado para além de sua definição de manual de Direito Penal, mas correlacionando-o à perspectiva de instrumento de política criminal, forma de atenuação de imposição de pena, que ligada à elementos de culpabilidade comuns às diversas condutas criminosas do agente, destina-se a evitar a aplicação de penas desproporcionais.

Apoiado em doutrinadores consagrados, tais como Ney Fayet Júnior, Heleno Cláudio Fragoso, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, apresentamos o crime continuado como encontra-se positivado no ordenamento jurídico brasileiro, destacamos nossa opção legislativa pela teoria objetiva pura do crime continuado e trouxemos classificações pormenorizadas de diferentes hipóteses de cabimento do instituto.

Ainda, tecemos considerações *de lege ferenda*, ao apontarmos o Projeto de Lei 3.473/00, as mudanças que representa e seu papel na uniformização da aplicação do instituto.

Finalmente, reservamos um espaço para discorrer algumas considerações críticas acerca da aplicação do instituto na jurisprudência da corte de uniformização (STJ), com ênfase na criação jurisprudencial da exigência do elemento subjetivo “unidade de desígnio”, alheia ao comando legal do art. 71, do CP, além de destacar o espaço de variação interpretativa também presente nos requisitos objetivos do crime continuado.

O intento do trabalho será alcançado se o leitor chegar ao final do texto ao menos incomodado com a jurisprudência formada em torno do juízo de concessão do benefício do crime continuado, ao menos desconfiado de que o Poder Judiciário, por meio do ativismo judicial, modificou o alcance da norma inscrita no art. 71, do CP, em última análise dificultando que esta encontre os destinatários pretendidos pelo legislador.

Espera-se que a difusão desta perspectiva, quanto à jurisprudência dominante atual, venha a sensibilizar a comunidade jurídica brasileira para ajustá-la ao espírito da lei vigente e, caso os caminhos da soberania brasileira nos conduzam para a adoção da teoria subjetiva-objetiva do crime continuado, que o faça observando o devido processo legislativo, ou seja, pela via legal, como destacado ao falarmos do Projeto de Lei 3.473/00.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal Republicano. **Lex: coleção de leis do Brasil - 1890**, Rio de Janeiro, vol. fasc. X, p. 2.664. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Exposição de Motivos. **Lex: diário do Congresso Nacional - 1983**, Brasília, seção 1, suplemento A, p. 14. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 3.473, de 18 de agosto de 2000. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19717>>. Acesso em: 25 set. 2018.

_____, STJ. Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 438.232/SP. Impetrante: Bruno Barros Mendes. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Dario da Silva Santana. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, julgado em 17/05/2018, publicado no DJe em 30/05/2018.

_____, STJ. *Habeas Corpus* 136.224/RJ. Impetrante: Luis Cláudio de Sousa. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Paciente: Luis Cádio de Sousa. Relator: Min. Sebastião Reis Nunes, Brasília, julgado em 16/08/2012, publicado no DJe em 29/08/2012.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**, 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**, 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro / volume I, parte geral**, 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Agradecimentos

Agradeço *prima facie* a Deus, causa primária de todas as coisas, que sempre me fortaleceu em todas as oportunidades em que o busquei.

Agradeço de forma especial à minha família, minha mãe Dona Rosilena lunes Pinheiro e minha irmã Mônica Pinheiro Feitosa, pois é no seio desta que conhecemos o sentido da expressão “amor incondicional”.

Agradeço e dedico este trabalho ao meu saudoso pai, Seu Elias Fernandes Feitosa, que há muito nos deixou neste planeta Terra, separação apenas momentânea, contudo não menos dolorosa.

Agradeço aos amigos e colegas de graduação, que me acompanharam nesta longa e deliciosa caminhada em busca do conhecimento jurídico. Especialmente ao João Vitor Silva Cury, parceiro de trajetória, amigo para a vida.

Agradeço à CPRM — Companhia de Pesquisa de Recursos Minerais, empresa pública federal na qual exerço o cargo de analista em geociências, por proporcionar um ambiente de trabalho digno, saudável e condescendente com minha condição de aluno de (segunda) graduação. Agradeço também os amigos e colegas de trabalho que ali me incentivaram a concluir este desafio.

Agradeço aos docentes da graduação em Bacharelado em Direito do Uni-CEUB, sobre o ombro dos quais apoiei-me para ver além. Em especial ao meu orientador Dr.º Marcus Vinicius Reis Bastos, que me acolheu nessa empreitada final da graduação, assim como o fez na disciplina de Direito Processual Penal III, sempre pautado no respeito e na compreensão quanto aos desafios da vida, professor que aprendi admirar pelo conhecimento, pela filosofia e integridade de caráter.