

ALGUMAS NOTAS SOBRE O CRIME CONTINUADO

René Ariel Dotti¹

RESUMO: O texto a seguir foi originalmente publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) nº 246, de maio de 2013. A reprodução parece-me oportuna, considerando-se a atualidade do tema e o inadequado *critério tarifário* adotado por inúmeros precedentes na aplicação da regra do crime continuado, em prejuízo da mais justa aplicação do Direito – por ignorar a culpabilidade e a proporcionalidade. Por outro lado, a possibilidade de divulgação destas reflexões em espaço da prestigiada *Revista Direito em Ação*, editada pela Universidade Católica de Brasília, vale como oportunidade para o debate acadêmico.

Palavras-Chave: Crime continuado. Teoria objetiva. Critério tarifário. Culpabilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT: The following text was originally published in the Bulletin of the Brazilian Institute of Criminal Sciences (Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais) (IBCCrim) n. 246, May 2013. The reproduction seems adequate, considering the actuality of the theme and the tariff criteria adopted by numerous precedents in the application of the rule of the continued crime, in prejudice of a fair application of the law, because it ignores the culpability and proportionality principles. On the other hand, the possibility of publication of the present reflections in the prestigious space of the *Right in Action (Direito em Ação)* magazine, published by the Catholic University of Brasilia, is worth as an opportunity for the academic debate.

Key Words: Continued crime. Objective theory. Tariff criterion. Culpability Proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- 1 A DEFINIÇÃO LEGAL
- 2 CRIMES DA MESMA ESPÉCIE
- 3 A CARACTERIZAÇÃO PELOS ELEMENTOS EXTERIORES
- 4 UM INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL
- 5 O TEMPO DECORRIDO ENTRE AS CONDUTAS

¹ René Ariel Dotti. Advogado e Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Corredor dos projetos que se converteram na Lei ° 7.209 e 7.210, de 1984 (reforma da Parte Geral do CP e Lei de Execução Penal). .Medalha *Mérito Legislativo da Câmara dos Deputados* (2007). *Medalha Santo Ivo – Padroeiro dos Advogados*, concedida pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (2011). *Comenda do Mérito Judiciário do Estado do Paraná*, concedida pelo TJ-PR (Jan. 2015). Vice-Presidente Honorário da Associação Internacional de Direito Penal.

- 6 A CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO
- 7 ORIENTAÇÃO DE VÁRIOS PRECEDENTES
- 8 O RENASCIMENTO DO *VERSARI IN RE ILLICITA*

INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro adota a chamada *teoria objetiva* para o *crime continuado*. Ou seja, é dispensada a análise de qualquer elemento subjetivo para que se conclua estar ou não configurada esta modalidade ficcional de concurso de delitos. Assim, cabe ao intérprete a análise, caso a caso, de cada um desses elementos objetivos (ou exteriores), que, de acordo com o seu art.71, são: crimes de mesma espécie, mesmas condições de tempo, de lugar, de modo de execução do crime e *outras semelhantes*.

Na ausência de especificidade da lei a respeito do conteúdo das citadas circunstâncias exteriores, cabe a doutrina e a jurisprudência verificar se dado caso concreto pode ser visto como uma pluralidade de ações que, pela grande semelhança entre elas, significa, na verdade, uma só conduta delituosa em continuidade. Mas essa verificação não é simples.

A condição de tempo e o raciocínio para o aumento da pena, por exemplo, têm sido tratados de modo *tarifário*, isto é, mediante uma fórmula generalizante pela jurisprudência. Será que respeita o princípio da culpabilidade entender que somente será continuação uma da outra conduta que distanciem até trinta dias entre si? Então, se passar um dia a mais, some a continuidade? E corresponde à melhor interpretação da proporcionalidade atribuir uma quantidade fixa de majoração para cada quantidade de condutas? É o que se pretende discutir a seguir.

1 A DEFINIÇÃO LEGAL

O Código Penal, art. 71. “Ocorre o crime continuado 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. Nesse caso, aplica-se 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”.

2 CRIMES DA MESMA ESPÉCIE

Consideram-se da *mesma espécie* não somente os ilícitos previstos na mesma norma incriminadora, mas, também, os que ofendem o mesmo bem jurídico e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns (FRAGOSO, 2006, p. 448). Na certa conclusão de Silva Franco, acolhendo julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos,

prestigiada deve ser a definição da corrente doutrinária que considera a expressão ‘crimes da mesma espécie’ aqueles que se assemelham pelos mesmos elementos objetivos e subjetivos, ainda que não estejam descritos no mesmo artigo de lei (FRANCO, 1997, p. 1.194).

A propósito, formaram-se duas correntes: *a)* são *delitos da mesma espécie* os referidos acima; *b)* são *delitos da mesma espécie* os descritos no mesmo dispositivo legal, porém, admitindo-se a continuidade entre as suas formas simples, agravadas, qualificadas, consumadas ou tentadas. A primeira orientação é perfilhada por DELMANTO, com didáticas observações:

Ela é a mais acertada, não só porque o instituto do crime continuado, originariamente, visa ao benefício do acusado, como, principalmente, em razão das expressões que o legislador emprega nos arts. 69 e 70. Neles, fala em crimes ‘idênticos ou não’, enquanto neste art. 71 refere-se a ‘crimes da mesma espécie’ e prevê, expressamente, a possibilidade de serem as penas idênticas ou a ‘mais grave’, o que mostra que os delitos não precisam estar previstos no mesmo tipo (DELMANTO, 2010, p. 319).

Diante dessa correta exegese, são da mesma espécie os ilícitos que ofendem o mesmo bem jurídico embora em tipos penais diversos como o furto e o roubo, o roubo e a extorsão, entre estelionato e qualquer outra fraude, conforme os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal citados por FRAGOSO (FRAGOSO, 2006, p. 448).

A interpretação contrária, literal e radicalizante, cede frente à realidade da vida e à melhor compreensão sobre a natureza e os objetivos de Política Criminal que embasam o instituto. O exemplo de JAIR LEONARDO LOPES em seu *Curso de Direito Penal*, p. 226, referido por Nucci (2010), é definitivo para dissipar eventual dúvida:

Imagine-se um balconista que, para fazer o lanche, durante vários dias, deixa de colocar diariamente na gaveta R\$ 2,00, de parte das vendas realizadas. Depois disso, durante vários outros dias, aproveitando-se da ausência do padrão, tire da mesma gaveta R\$ 2,00, para o mesmo fim. A primeira ação, que seria “apropriar-se”, está prevista no art. 168, § 1º, III do Código Penal, enquanto a segunda está prevista no art. 155, § 4º, II, do Código Penal. É justo que lhe seja considerada a existência do crime continuado, pois a aplicação do concurso material seria extremamente severa.

Mas, se houvesse objeção razoável sobre a continuidade de infrações penais de normas incriminadoras diversas, basta refletir com a expressão “*e outras [circunstâncias] semelhantes*” – constante da definição legal – a qual demonstra que o instituto merece uma compreensão extensiva e não restritiva.

3 A CARACTERIZAÇÃO PELOS ELEMENTOS EXTERIORES

Para a configuração do crime continuado basta a ocorrência dos elementos constitutivos exteriores do art. 71 do Código Penal. Segundo a teoria *objetivo-subjetiva*, a admissão dessa figura exige, além de tais elementos externos, outro de índole subjetiva revelado pela *unidade de dolo*, *unidade de resolução* ou *unidade de desígnio*. A teoria objetiva, adotada pelo sistema positivo brasileiro, dispensa a unidade de ideação. Conforme a Exposição de Motivos ao projeto do qual resultou a Lei 7.209/1984, “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva” (§ 59) (DOTTI, 2013, 674/675).

Na lição de SILVA FRANCO, a “jurisprudência em voga”, ao exigir o que a lei não contém, mantém-se “em flagrante atrito com a estrutura legal do crime continuado, desrespeitando-a flagrante e abertamente. E cita as opiniões de GUILHERME DE SOUZA NUCCI (*Código Penal Comentado*, 7ª ed., 2ª tir., São Paulo: RT, 2007, p. 420/421), CEZAR ROBERTO BITENCOURT (Idem, p. 722), NEY MOURA TELES (*Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, vol. 1, p. 412)”. (SILVA FRANCO, 2007, p. 398).

Quando a lei exige para determinado efeito um especial fim de agir ou a presença de outro elemento subjetivo, a norma incriminadora assim o indica. É o que ocorre com o parágrafo único do art. 71 do Código Penal, aumentando a pena até o triplo se os crimes ali referidos “*resultam de desígnios autônomos*” (CP, art. 70).

4 UM INSTITUTO DE POLÍTICA CRIMINAL

O crime continuado é uma das ficções jurídicas. A sua construção remonta aos juristas e práticos da Idade Média para mitigar o rigor com que era punido o terceiro furto com a pena capital. E sua adoção prática revela uma face da Política Criminal que é a *sabedoria legislativa* do Estado na luta contra a criminalidade. Pode-se afirmar, com NILO BATISTA, que a Política Criminal é vista como um “conjunto de princípios e recomendações”. (BATISTA, 2007, p. 155).

Compete a esta ciência e arte fornecer e avaliar os critérios para se apreciar o valor do Direito vigente e aplicar o Direito que deve vigorar; cabe-lhe ensinar-nos também a compreender o Direito à luz de considerações extraídas dos fins a que ele se dirige e a aplicá-lo nos casos singulares em atenção a esses fins (LISZT, 1899, p. 3).

5 O TEMPO DECORRIDO ENTRE AS CONDUTAS

É puramente arbitrário e sem nenhuma correspondência com a natureza política do delito continuado a fixação de um prazo entre as condutas sucessivas para o seu reconhecimento. Segundo NUCCI, a jurisprudência majoritária considera que entre as infrações deve mediar um mês. Mas adverte que o juiz não deve ficar limitado a esse condicionamento. E formula exemplo do agente que comete “vários delitos com intervalo regulares de dois meses entre eles. Merece o benefício do crime continuado, mesmo havendo mais de um mês entre os delitos, pois foi observado um ritmo preciso entre todos”. (NUCCI, 2010, P. 465).

Bitencourt adota esse entendimento e também alude a “uma certa periodicidade que permita observar-se um certo ritmo, uma certa uniformidade, entre as ações sucessivas, embora não se possa fixar, a respeito, indicações precisas” (BITENCOURT, 2007, p. 597).

Em minha opinião, é reconhecível a continuidade delituosa no caso do procurador que durante um ano gasta em proveito próprio o valor dos alugueres recebidos bimestralmente e deixa de prestar contas em face do suposto desaparecimento do proprietário do imóvel que manteve endereço incerto e não sabido para escapar de uma ordem de prisão. Em seu retorno o credor notifica, sem sucesso, o procurador que cometera a apropriação indébita. Há, em tal simulação, a periodicidade entre cada um dos fatos típicos e está configurado o benefício do art. 71 do Código Penal na ocorrência das demais condições: lugar, modo de execução e outras semelhantes.

6 A CAUSA DE ESPECIAL AUMENTO

A pena aplicável ao crime continuado deve ser majorada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). É uma causa de especial aumento que não indica o critério para a fixação entre os referidos limites ao contrário de outras (CP, arts. 121, § 4º; 129, § 7; 133, § 3º, etc.).

7 ORIENTAÇÃO DE VÁRIOS PRECEDENTES

É dominante o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que o número de infrações determinará o *quantum* de aumento, nos seguintes moldes: 2 (duas) infrações resultam 1/6 (um sexto) de aumento; 3 (três) resultam 1/5 (um quinto); 4 (quatro), 1/4 (um quarto); 5 (cinco), 1/3 (um terço); 6 (seis), 1/2 (metade); 7 (sete) ou mais, 2/3 (dois terços). “1. Uma vez reconhecida a existência de continuidade delitiva entre os crimes praticados pelo paciente, **o critério de exasperação da pena é o número de infrações cometidas**. 2. Em se tratando de condenação por três delitos, o aumento da pena deve, por questão de proporcionalidade, aproximar-se do mínimo legal. 3. Ordem concedida, **para reduzir o aumento da pena de um terço para um quinto**” (STF – 1ª Turma – HC 83632 – Relator Min. JOAQUIM BARBOSA – DJ 23/04/2004. Destacamos. Em igual sentido: STF – 1ª Turma – RHC 107381 – Relatora Min. CÁRMEN LÚCIA – DJ 14/06/2011).

“Esta Corte Superior de Justiça pacificou entendimento segundo o qual o aumento da pena pela continuidade delitiva, dentro do intervalo de 1/6 a 2/3, previsto no art. 71 do CPB, deve adotar o critério da quantidade de infrações praticadas. Assim, **aplica-se o aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações**” (STJ – 5ª Turma – AgRg no REsp 1169484/RS – Rel. Ministro JORGE MUSSI - DJe 16/11/2012. Destacamos. Em igual sentido: STJ – 6ª Turma – HC 170.989/SP – Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – DJe 01/03/2013 e STJ – 5ª Turma – HC 251.165/RS – Rel. Ministra LAURITA VAZ – DJe 16/11/2012).

No entanto, um precedente do Tribunal de Justiça do Paraná diverge com lúcida fundamentação: “Não obstante o réu tenha praticado o crime de peculato por **49 (quarenta e nove) vezes**, o que implicaria, de acordo com o entendimento doutrinário, na aplicação da fração máxima prevista (2/3) - como, inclusive, fez o magistrado na sentença -, **é de se levar em conta que esse tipo de crime pode ser praticado por centena de vezes**, fazendo com

que a fração de aumento da pena pela continuidade sofra variação em relação a outros delitos” (TJPR – 2ª Câmara Criminal – Apelação Criminal nº 821015-7 – Rel. Des. JOSÉ MAURÍCIO PINTO DE ALMEIDA – DJ 5/7/2012. (Os destaques em negrito são meus). FRAGOSO, por sua vez, contém lição importante sobre o tema. Em que pese ser um defensor do critério meramente objetivo para fixar o aumento observa: “*Pode aqui também o juiz exercer o seu poder discricionário, fixando a fração do aumento de pena nos limites previstos*” (FRAGOSO, 2006, p. 450).

8 O RENASCIMENTO DO *VERSARI IN RE ILLICITA*

O critério tarifário adota uma responsabilidade objetiva que se mostra absolutamente contrária ao princípio da culpabilidade em função da proporcionalidade da ofensa. É o renascimento do *versari in re illicita etiam causus imputatur*, máxima que resume antigo costume punitivo ancorado somente na materialidade do evento sem indagar a existência do elemento subjetivo. Um exemplo, recolhido do cotidiano, demonstra a injustiça da aludida orientação: a empregada doméstica, responsável por oito furtos de objetos de razoáveis valores em forma continuada, admite o fato e se mostra arrependida. Um contrabandista pratica dois estelionatos de consideráveis danos financeiros em dias seguidos contra a mesma empresa e idêntico procedimento enganoso. Poderá ela ter o aumento máximo e ele o mínimo? Evidentemente, não. Penso que o critério tem o seu endereço na redação final do art. 59 do Código Penal. Com efeito, a pena justa é aquela que o juiz entende ser “*necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”. Obviamente, nesta fase não são avaliados os indicadores do art. 59, *caput*, mas, sim, outros aspectos objetivos e subjetivos a serem aferidos pela discricionariedade motivada do magistrado.

REFERÊNCIAS

- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral, 11. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- DELMANTO, Celso *et alii*. **Código Penal comentado**. 8. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal- Parte Geral**. 5. ed., rev., atual. e ampl., com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Brita Scandelari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. 17. ed., atualizada por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LISZT, Franz von. **Tratado de Direito Penal Alemão**, trad. de José Hygino Duarte Pereira, Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. Editores, t. 1, 1899.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 10. ed., São Paulo: RT, 2010.

SILVA FRANCO, Alberto. **Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência/coordenação** Alberto Silva Franco, Rui Stoco, 8. ed., rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.