

A (IN)EXIGÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME CONTINUADO

Karina Vieira de Lima¹

Marion Bach²

INTRODUÇÃO

O crime continuado – modalidade de concurso de crimes – encontra a sua previsão no art. 71 do Código Penal (CP). Tal dispositivo elenca requisitos que devem estar presentes no caso concreto para que se possa reconhecer a continuidade delitiva e, com isso, aplicar a pena de modo benéfico ao réu: os crimes cometidos através de mais de uma ação ou omissão devem ser da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas em reconhecer a existência de elementos **objetivos** – tempo, lugar, modo de execução – para a configuração do instituto, mas o este não ocorre no que diz respeito à exigência (ou não) de um elemento **subjetivo**.

O presente estudo, então, renuncia, por questões metodológicas e temporais, a análise dos requisitos objetivos e direciona sua atenção à discussão a respeito da (in)existência do elemento subjetivo para o reconhecimento da continuidade delitiva no direito penal brasileiro.

1 ORIGEM HISTÓRICA

Envolta em polêmica, a origem histórica das regras de concurso de crimes, em especial do que se entende por continuidade delitiva, é imprecisa. Parte significativa da

¹ Aluna do 8º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Bolsista do Programa de Apoio à Iniciação Científica (PAIC 2015-2016). *E-mail*: limavieiraka@gmail.com

² Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora da FAE Centro Universitário e da Unicuritiba. *E-mail*: marionbach@gmail.com

doutrina sustenta que nem o direito romano e nem o direito antigo traçaram regramento específico para tal situação.³ O crime continuado deve sua formulação inicial, então, aos glosadores e pós-glosadores e teve suas bases lançadas efetivamente no séc. XIV, com o intuito de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte. Tais bases foram posteriormente sistematizadas pelos práticos italianos dos séc. XVI e XVII.⁴

De qualquer modo, a criação prática somente alcança expressão legislativa por meio do Código Penal da Baviera, com a construção de Johannes Paul Anselm Feuerbach.⁵

O crime continuado, portanto, é uma ficção jurídica que possui suas bases concebidas por razões de política criminal, em um momento de rigor excessivo na punibilidade⁶, para beneficiar o réu. Tal instituto não tardou para se disseminar por diversas legislações.

No Brasil, não havia previsão do crime continuado no Código Imperial de 1830. A continuidade delitiva foi introduzida formalmente pelo Código Republicano⁷, em 1890, especificamente no art. 66. Existiram, porém, críticas quanto à redação do dispositivo que tratou do tema, justamente pela imprecisão no que referia à exigência ou inexistência de elemento subjetivo para a caracterização da continuidade delitiva.

Assim, esse dispositivo foi alterado pelo Decreto-Lei n. 4.780, de 27 de dezembro de 1923, que incluiu o requisito subjetivo, chamado de “dolo de conjunto” pelo Supremo Tribunal da Alemanha.⁸

Posteriormente, o Código Penal de 1940 consolidou o instituto, dispensando, porém, o elemento subjetivo e adotando a **teoria (pura) objetiva**, conforme disposto no item 59 da Exposição de Motivos da parte geral. Para essa teoria, apuram-se os elementos constitutivos da continuidade delitiva objetivamente, desprezando-se o elemento subjetivo. Leia-se: a unidade de desígnio ou unidade de resolução criminoso

³ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 917.

⁴ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 773.

⁵ BUSATO, P. C. Op. cit., p. 918.

⁶ FAYET JR., N. **Do crime continuado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52.

⁷ BRASIL. **Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 29 ago. 2016. Dispunha a redação do art. 66 §2: “Quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, cometidos em tempo e lugares diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa, impor-se-lhe-á no grau máximo a pena de um só dos crimes com o aumento da sexta parte”.

⁸ DOTTI, R. A. Algumas notas sobre o crime continuado. **Instituto brasileiro de ciências criminais**, v. 21, n. 246, maio 2013.

é dispensada quando da análise da configuração do crime continuado. “É o conjunto das condições objetivas que forma o critério aferidor da continuação criminosa”.⁹

Cabe registrar que, embora a discussão sobre a (in)exigência do elemento subjetivo tivesse sido aparentemente encerrada pelo disposto na exposição de motivos do Código Penal, esta foi – como se verá adiante – retomada pela jurisprudência que “passou a caminhar vacilantemente para encontrar racionalmente os dados que instituíssem a ocorrência conexa”.¹⁰

2 DO REQUISITO SUBJETIVO DO CRIME CONTINUADO

Inicialmente, há que se esclarecer que o crime continuado pode adotar três teorias distintas: a subjetiva, a objetiva e, por fim, a objetivo-subjetiva.

A teoria objetiva, na qual se apuram tão somente os elementos objetivos para a configuração do crime continuado, despreza-se o elemento subjetivo. Assim, é o conjunto de condições objetivas que define a continuidade delitiva.

Já a teoria subjetiva descarta os aspectos objetivos dos crimes perpetrados, impondo como elemento caracterizado do crime continuado tão somente o subjetivo, consistente na unidade de propósito ou de desígnio. Este modelo predominou na Itália que, contudo, constatou a sua insuficiência para dimensionar o critério aferidor da continuidade delitiva, além da própria dificuldade de constatá-lo no caso concreto.¹¹

Por fim, a teoria objetivo-subjetiva, por sua vez, exige, para o reconhecimento da continuidade delitiva, além dos elementos objetivos elencados pelo legislador, a existência da unidade de desígnios, que é uma “programação inicial”, com realização sucessiva. Bitencourt menciona como exemplo o operário de uma fábrica que, desejando subtrair uma geladeira, o faz parceladamente, levando algumas peças de cada vez.

Nelson Hungria, em seus comentários ao CP, realizou críticas a essa teoria, aduzindo que ao se exigir o elemento subjetivo, longe de se justificar o abrandamento da pena que traz o crime continuado, é trazida a paradoxal recompensa pela premeditação.

É de toda evidência que muito mais merecedor de pena é aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade, que lhe afrouxa

⁹ BITENCOURT, C. R. Op. cit. p. 775.

¹⁰ DOTTI, R. A. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR Curitiba**, v. 12, n. 0, p. 173-189, 1969.

¹¹ BITENCOURT, C. R. Op. cit., p. 775.

os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável.¹²

O Código Penal brasileiro optou – de acordo com a Exposição de Motivos da parte geral, n. 59¹³ – pela teoria objetiva. Selecionando tal teoria, o legislador entendeu pela necessidade de demonstração das circunstâncias exteriores da conduta. Segundo o art. 71, os crimes praticados devem ser da mesma espécie e praticados sob as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes. Dessa forma, os subseqüentes podem ser entendidos como continuidade do primeiro.

Nomes significativos da doutrina brasileira defendem a adoção da teoria objetiva pura pelo ordenamento jurídico brasileiro, como é o caso de Nei Moura Teles¹⁴ e Luiz Régis Prado¹⁵. Segundo Anibal Bruno, a própria origem histórica do crime continuado, que criou uma ficção jurídica para atender motivos de benignidade, conduz à teoria objetiva pura, excluindo o elemento subjetivo.¹⁶

Ocorre, porém, que parte da doutrina vem defendendo que, além das semelhanças de ordem objetiva, que dizem respeito ao fato criminoso, também se exija, para a configuração da continuidade delitiva, um nexu subjetivo entre as condutas. Juarez Cirino dos Santos é um dos defensores dessa posição. Segundo ele, tal teoria guarda maior sintonia com o modelo finalista adotado pelo CP, que busca analisar a finalidade da ação do agente.

Defende o autor que, diante da ideia de que a própria conduta típica – e não apenas a culpabilidade – do autor contempla elementos subjetivos, não basta, então, analisar meramente os elementos objetivos para fins de configuração de crime continuado.

Se parte da doutrina se encontra inclinada a exigir o elemento subjetivo para a caracterização do crime continuado, o mesmo ocorre no que refere à jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal (STF) vem entendendo pela exigência de elementos objetivos e subjetivos, conforme se depreende da decisão que julgou o *Habeas Corpus* 121.548/PE¹⁷, em abril de 2014.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu no mesmo sentido, conforme registrado no Informativo n. 457, de novembro de 2010, ao trazer decisão do *Habeas*

¹² HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 166.

¹³ BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. 52. ed. São Paulo Saraiva, 2014.

¹⁴ TELES, N. M. **Direito penal: Parte geral**. São Paulo: Atlas, 2004.

¹⁵ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁶ BRUNO, A. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. p. 301.

¹⁷ STF, HC 121548/PE, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 08.04.2014.

Corpus 151.012/RJ, de relatoria do Min. Gilson Dipp, com julgamento em 23 de novembro de 2010. Em decisões mais recentes, o STJ vem confirmando referido entendimento e exigindo, para o reconhecimento da continuidade delitiva, a existência da unidade de desígnio, que seria a demonstração de um propósito único, já no início da empreitada criminosa. É o que se pode verificar na decisão do *Habeas Corpus* 314.091/SP, de relatoria do Min. Sebastião Reis Júnior, com julgamento em 17 de junho de 2016.

O STJ, inclusive, faz expressa diferenciação entre o instituto do crime continuado (continuidade delitiva) e daquilo que denominou “reiteração criminosa”. Tal diferença, do que se pode depreender da análise dos reiterados julgados nesse sentido, reside justamente na existência do elemento subjetivo – veja-se, nesse sentido, a decisão do *Habeas Corpus* 312.576/SP, de relatoria do Min. Joel Ilan Paciornik, com julgamento em 16 de maio de 2016.

Conclui-se, daí, que o STJ vem adotando a teoria objetivo-subjetiva para fins de configuração da continuidade delitiva, exigindo a existência não apenas dos elementos objetivos elencados pelo legislador no art. 71 do CP, mas também um elemento subjetivo que seria uma unidade de desígnio.

Tal entendimento é diametralmente oposto àquele defendido por Nelson Hungria, ao aduzir que “é de toda evidência muito mais merecedor de pena aquele que *ab initio* se propõe repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina caso em caso, à repetição estimulada pela anterior impunidade”.¹⁸

Veja-se que, ao exigir o elemento subjetivo, os Tribunais Superiores estão optando por beneficiar aquele que tinha o plano criminoso inicialmente traçado em detrimento daquele que, ao notar que restou impune pelo cometimento de crime anterior, opta por um novo cometimento de ato delituoso.

É preciso registrar que o entendimento jurisprudencial gera imensa dificuldade quando da análise de casos concretos: um, pela difícil missão de verificar a existência (ou não) do elemento subjetivo; dois, porque o instituto do crime continuado parece ter sido criado, justamente, para conferir uma pena mais benéfica ao réu que pratica uma reiteração criminosa (lembre-se que o instituto surgiu na intenção de evitar a pena de morte para o indivíduo que praticava o terceiro furto).

Paulo César Busato menciona que, na verdade, a questão é mais simples do que parece, e não exige, de modo algum, um esforço hermenêutico em salvar uma dimensão subjetiva para o crime continuado.

¹⁸ HUNGRIA, N. Op. cit., p. 166.

A prevalência da tese objetiva tem uma razão clara de ser. É que os indicadores externos objetivos apontados pela descrição do dispositivo normativo (tempo, lugar, modo, maneira de execução e outras semelhantes) compõem justamente o acervo que dá lugar à determinação do dolo, segundo a tese de Hassemer.

Efetivamente, em sendo o dolo uma estrutura axiológico/normativa e não ontológico/psíquica, consistindo em uma atribuição, haveria coincidência entre a análise da pretensão do agente e dos elementos indicativos da continuidade. Diante da sobreposição, parece que a tese se resume a elementos objetivos. Não é isso, mas sim, trata-se da atribuição de uma pretensão revelada por indicadores objetivos externos.¹⁹

O autor finaliza esclarecendo que não se trata de um desprezo ao elemento subjetivo, senão que o legislador simplesmente oferece um elenco de marcos objetivos, que devem ser observados para que normativamente seja presumida – diga-se, em favor do réu – a existência de uma unidade de propósitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou analisar o instituto do crime continuado, que está positivado no art. 71 do Código Penal. Mais especificamente, procurou analisar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial a respeito de ser exigível, para o reconhecimento da continuidade delitiva, um elemento de natureza subjetiva.

A primeira conclusão é que o CP brasileiro, ao tratar da referida modalidade de concurso de crimes, adotou a teoria objetiva, como se pode depreender da leitura da própria Exposição de Motivos da parte geral. Leia-se: atribuiu especial relevância aos requisitos objetivos – “crimes de mesma espécie, com condições semelhantes de tempo, lugar, modo de execução e outras²⁰” – e renunciou à exigência de haver um único e prévio desígnio.

Ocorre, porém, que parte da doutrina – representada, nesse ponto, por Santos – passou a defender que a teoria objetivo-subjetiva possui maior compatibilidade com o modelo finalista adotado pelo CP.

A jurisprudência seguiu tais passos doutrinários e, atualmente, o STF e o STJ vêm exigindo, para o reconhecimento do crime continuado, além dos requisitos objetivos, a existência de um requisito subjetivo. A unidade de desígnio, inclusive, é o que, para os Tribunais, diferencia a continuidade delitiva – merecedora de pena mais branda – da reiteração criminosa, que faz jus à reprimenda mais severa.

¹⁹ BUSATO, P. C. Op. cit., p. 939.

²⁰ BRASIL. Op. cit.

O entendimento jurisprudencial, conclui-se, dificulta o reconhecimento da continuidade delitiva, posto que elementos subjetivos são sempre de difícil aferição no caso concreto, e desrespeita não apenas a clara opção legislativa, mas a própria razão de ser do crime continuado, que é uma ficção jurídica nascida para beneficiar o réu.

Assim, conclui-se, seguindo a esteira de Busato, que a questão é mais simples do que parece. Não se trata de valorizar apenas elementos objetivos e descartar o elemento subjetivo, mas, sendo o dolo axiológico e normativo e não ontológico e psíquico, os elementos objetivos elencados pelo legislador compõem arsenal suficiente de aferição, pois sua presença acaba por revelar a intenção de continuidade do autor, que é, justamente, o que dá ensejo ao tratamento benéfico conferido ao crime continuado.

REFERÊNCIAS

BEZE, P. M. G. **Novas tendências do concurso formal e crime continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. 52. ed. São Paulo Saraiva, 2014.

BRASIL. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 29 ago. 2016.

BRUNO, A. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. 2 v.

BRUNO, A. **Direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BUSATO, P. C. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

CÂMARA, L. A. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001.

CORREA, E. H. da S. **A teoria do concurso do direito criminal: unidade e pluralidade**. Coimbra: Almedina, 1983.

DOTTI, R. A. Algumas notas sobre o crime continuado. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 21, n. 246, maio 2013.

_____. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 12, n. 0, p. 173-189, 1969.

FAYET JUNIOR, N. Do avanço interpretativo na compreensão do instituto do delito continuado: da necessidade de demarcação fática-temporal precisa dos crimes componentes da cadeia continuada. **Destaque jurídico**, Gravataí, v. 1, n. 1/2, p. 6-23, 2012.

_____. **Do crime continuado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2008.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MESTIERI, J. **Teoria elementar do direito criminal: parte geral**. Rio de Janeiro: Sedegra, 1990.

NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, J. C. dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

_____. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba; Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 2008.