

CONTINUIDADE DELITIVA: UMA ABORDAGEM CRÍTICA A RESPEITO DOS REQUISITOS OBJETIVOS

Izabel Coelho Matias¹

Marion Bach²

RESUMO

A figura do crime continuado – instituto previsto no art. 71 do Código Penal – foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por razões de política criminal, no intuito de beneficiar o agente. O dispositivo que trata do tema exige que os crimes, para o reconhecimento da continuidade delitiva, precisam ser “de mesma espécie” e ter ocorrido “nas mesmas condições de tempo, local, modo de execução e outras circunstâncias semelhantes”. Da superficial leitura do dispositivo resta claro que a lei mais cria do que soluciona dúvidas. O que seriam “crimes de mesma espécie”? Quais seriam as “mesmas condições” de tempo, local e modo de execução? De que “outras circunstâncias semelhantes” se está falando? A doutrina e a jurisprudência procuram – de modo nem sempre harmonioso – responder a tais indagações, na intenção de fornecer a segurança jurídica que a lei não forneceu. O presente estudo pretende, assim, analisar as posições doutrinárias e jurisprudenciais – com seus erros e acertos – sobre referido tema, que traz impactos concretos e significativos no cálculo penal daqueles condenados por uma pluralidade de crimes.

Palavras-chave: Crime Continuado. Requisitos Objetivos. Divergência Doutrinária e Jurisprudencial.

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

INTRODUÇÃO

O art. 71 do Código Penal (CP) introduziu no ordenamento jurídico a figura do crime continuado. Tal instituto, conhecido também como continuidade delitiva, é uma medida de política criminal que objetiva beneficiar o agente quando, pelo viés material, houver deste uma culpabilidade diminuída e, sob o viés processual, houver facilitação probatória e economia processual.³ Será a continuidade delitiva reconhecida quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, sendo que os subsequentes, por serem da mesma espécie e contarem com a mesma condição de tempo, lugar e modo de execução, são havidos como continuação do primeiro.

A lei, porém, não especifica o conteúdo dos requisitos acima mencionados, ficando a cargo da doutrina e da jurisprudência discuti-los. Não se olvida, entretanto, que as divergências oriundas da discussão implicam em evidente insegurança jurídica e prejudicam aquele que deveria, justamente, ser beneficiado pela existência do instituto: o réu.

Este estudo, portanto, pretende analisar – criticamente – as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca dos requisitos objetivos que informam o instituto da continuidade delitiva, na intenção de fornecer subsídios para uma melhor interpretação do tema.

1 DO CRIME CONTINUADO

O agente pode cometer uma unidade ou uma pluralidade de crimes. Caso haja a ocorrência de pluralidade de crimes, estar-se-á diante de um **concurso de crimes** (*concursum delictorum*), que, conforme o disposto no CP, conta com três diferentes modalidades: o concurso formal (art. 70), para quando há **unidade** de ação ou omissão por parte do agente; o concurso material (art. 69) e o crime continuado (art. 71), para quando há **pluralidade** de ações ou omissões por parte do agente.

A modalidade de concurso de crime que será aplicável no caso concreto, insta dizer, interfere diretamente no cálculo da pena. Sim, posto que o CP prevê distintos sistemas de aplicação de pena: o **cúmulo material**, que nada mais é do que a **soma** das penas, aplicável para o concurso material e a **exasperação**, que recomenda a aplicação de apenas **uma pena** – a mais grave –, **augmentada** de determinada quantidade em decorrência dos demais crimes, que é o sistema utilizado para o concurso formal e o crime continuado.

³ CÂMARA, L. A. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2001. p. 227.

Por questões metodológicas, optar-se-á, no presente estudo, por renunciar ao tratamento do concurso material e do concurso formal, centralizando os esforços tão somente no que refere ao crime continuado. A previsão legal a respeito do referido instituto está assim disposta:

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.

O parágrafo único do mesmo dispositivo legal traz o **crime continuado específico**, no qual há a prática de infrações cometidas mediante violência ou grave ameaça contra vítimas diferentes:

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.

Da leitura dos dispositivos legais se infere, portanto, que o condenado, ao preencher determinados **requisitos** – que serão adiante abordados –, deixa de ter aplicado o cúmulo material das penas, típico do concurso material, e passa a ter um tratamento benéfico, qual seja, a aplicação de uma pena única, mas exasperada por determinado *quantum*, típica da continuidade delitiva.

Por qual **razão** a figura do crime continuado se fez inserir no ordenamento jurídico?

1.1 ORIGEM HISTÓRICA

O crime continuado deve sua formulação aos glosadores e pós-glosadores e teve suas bases lançadas efetivamente no séc. XIV, no intuito de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte. Tais bases foram posteriormente sistematizadas pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII.⁴

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

O crime continuado, portanto, é uma ficção jurídica concebida por razões de política criminal, em um momento de rigor excessivo na punibilidade⁵, 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. Adotava-se, exclusivamente, o concurso material. Porém, a jurisprudência da época já reconhecia o crime continuado, desde que preenchido certos requisitos objetivos, como sucessão temporal, proximidade de lugar e identidade de processo executivo.⁶

A continuidade delitiva foi introduzida formalmente pelo Código Republicano⁷, em 1890. Existiram, porém, críticas quanto à redação do dispositivo que tratou do tema. Assim, o código 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 e excluiu o requisito objetivo geográfico “lugares diferentes”.⁸

Posteriormente, o Código Penal de 1940 consolidou o instituto, dispensando, porém, o elemento subjetivo e adotando a **teoria (pura) objetiva**. Para essa teoria, apuram-se os elementos constitutivos da continuidade delitiva objetivamente, desprezando o elemento subjetivo. Leia-se: a unidade de desígnio ou unidade de resolução criminosa 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.

Veja o que dispõe o art. 59 da exposição de motivos do CP, a respeito da teoria adotada:

59. O critério da teoria puramente objetiva não 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 delinquente 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, destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição

⁵ FAYET JR., N. **Do crime continuado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52.

⁶ DOTTI, R. A. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 12, n. 0, p. 173-189, 1969.

⁷ 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.

⁹ BITENCOURT, C. R. Op. cit. p. 775.

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.

Em 1984, com a reforma da parte geral do CP, a Lei n. 7.209 acrescentou o parágrafo único ao art. 71 do CP, estendendo a continuidade delitiva aos crimes dolosos violentos e praticados contra vítimas diferentes, criando o crime continuado **específico** e, superando, assim, a súmula 605 do Supremo Tribunal Federal, que vedava o reconhecimento da continuidade delitiva nos crimes contra a vida.

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 retomada pela jurisprudência que

passou a caminhar vacilantemente para encontrar racionalmente os dados que instituísem a ocorrência conexa. E não os encontrou, porque ainda hoje há decisões muito inseguras quanto à inteligência dos requisitos objetivos, os quais, não raramente são reunidos ou postos em divórcio, em função de um método absolutamente empírico e improvisado.¹⁰

O presente estudo, porém, renunciará a discussão sobre o elemento subjetivo que supostamente compõe o instituto do crime continuado e passará a tratar exclusivamente dos elementos objetivos.

2 DOS REQUISITOS OBJETIVOS DO CRIME CONTINUADO

Conforme pode ser evidenciado após uma simples leitura do art. 71 do CP, o legislador, ao instituir o crime continuado no ordenamento jurídico pátrio, lançou mão de vocábulos que mais geram do que dirimem dúvidas. Determina o legislador que será reconhecida a continuidade delitiva se os crimes forem da mesma espécie. O que seriam crimes da mesma espécie? Também registra o legislador que o crime continuado restará configurado quando os crimes ocorrerem na mesma condição de tempo, lugar e modo de execução. O que seria isso?

Tais respostas – que o legislador não concedeu aos intérpretes – vêm sendo buscadas pela doutrina e pela jurisprudência. É o que se passa a analisar em detalhes.

10 DOTTI, R. A. Revisão do crime continuado. Op. cit. p. 177.

2.1 CRIMES DA MESMA ESPÉCIE COMO REQUISITO OBJETIVO

O primeiro requisito que faz menção ao art. 71 evidencia que devem os crimes ser “da mesma espécie”. A doutrina, procurando estabelecer o que seriam crimes da mesma espécie, dividiu seu entendimento em três vertentes: a) são delitos de mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo penal; b) são delitos de mesma espécie aqueles presentes no mesmo tipo penal, porém, integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos; e c) são delitos da mesma espécie aqueles que atentem contra o mesmo bem jurídico.

A primeira vertente – que estabelece que crimes da mesma espécie são os que se encontram no mesmo tipo penal – conta, entre seus principais defensores, com Frederico Marques, Nelson Hungria, Basileu Garcia, Aníbal Bruno e Damásio de Jesus. Tais autores entendem que, para a configuração do crime continuado, os crimes devem estar no mesmo tipo penal, independentemente de serem tentados ou consumados ou estarem na sua forma simples, privilegiada, qualificada ou agravada.¹¹

Nesse sentido, Nelson Hungria afirma que:

O primeiro requisito do crime continuado é a prática repetida de crime da mesma espécie. Considera-se tal a violação do mesmo artigo da Lei penal. É necessária a identidade do conteúdo específico de cada crime, ou, como dizem os autores alemães, a *eimheit des tatbestands*. Não se segue daí, porém, que deva ser excluída a continuação quando se apresentem formas simples e formas qualificadas de crime, posto que não haja mudança de *nomem juris*. Assim, pode haver continuação entre furto previsto no caput do art. 155 e furto previsto no §4º do mesmo artigo; mas não haverá entre furto (simples ou qualificado) e roubo.¹²

Para parte majoritária da doutrina, para configurar o crime continuado, os crimes de mesma espécie, embora advenham do mesmo tipo penal, não precisam estar, necessariamente, no mesmo artigo. É o exemplo do furto e do furto de coisa comum, que estão, respectivamente, nos art. 155 e art. 156 do CP.¹³

O Supremo Tribunal Federal (STF), em diversas decisões, se filiou a esta primeira teoria. Porém, diferentemente da posição majoritária doutrinária, entendeu que o crime continuado se aplica apenas se os crimes ocorridos estiverem no mesmo artigo de lei. Veja-se, assim e para ilustrar a assertiva, que para o STF é pacífico o entendimento de que não há continuidade delitiva entre os delitos de roubo e furto¹⁴ e de roubo e extorsão¹⁵.

¹¹ CÂMARA, L. A. Op. cit. p. 267.

¹² PIMENTEL, M. P. **Do crime continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1968. p. 145.

¹³ NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 498.

¹⁴ STF. HC 97057-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, 03.08.2010.

¹⁵ STF. HC 113900, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, 20.11.2014.

Luiz Antônio Câmara, cuja tese doutoral versou a respeito do crime continuado, aponta que a adoção desta corrente restringiria a abrangência da continuidade delitiva, medida de política criminal trazida justamente para beneficiar o réu. Para o autor, portanto, o instituto não poderia ter sua aplicação restringida quando houver diferenças sutis entre os delitos perpetrados.¹⁶

A segunda vertente doutrinária, por sua vez, afirma que crimes de mesma espécie são delitos integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos. Os principais autores que defendem essa posição são Magalhães Noronha, Manoel Pimentel e Celso Delmanto. Na visão de Magalhães Noronha, os crimes de mesma espécie são aqueles contidos no mesmo artigo da lei, mas também aqueles integrados pelos mesmos elementos subjetivos e objetivos, como ocorre com o furto mediante fraude e o estelionato, quando a distância que os separa é mínima.¹⁷

Para o autor Manoel Pedro Pimentel, o essencial é que os elementos subjetivos e objetivos sejam coincidentes, não bastando apenas que os crimes lesem o mesmo bem jurídico, posto que esse último entendimento ampliaria por demais o reconhecimento da continuidade delitiva, que poderia ser aplicada, por exemplo, no concurso entre o furto e a apropriação indébita.¹⁸

Há, nesse mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Para a conceituação do que venha a ser crime de ‘mesma espécie’, para fins de incidência do art. 71 do Estatuto Penal Repressivo, não basta que os crimes atinjam o mesmo bem jurídico. Além disso, deve haver necessariamente semelhança entre os elementos subjetivos e objetivos (descritivos) das condutas delituosas, o que não ocorre no caso vertente.¹⁹

A terceira posição é a mais recente e adotada pela doutrina majoritária. Entende referida corrente que crimes da mesma espécie são delitos que ofendem o mesmo bem jurídico, embora tipificados em dispositivos diferentes. Na expressão de Welzel, “a mesma infração jurídica pode derivar da lesão de vários tipos **aparentados** entre si”.²⁰ Esta vertente é, no Brasil, defendida por Heleno Cláudio Fragoso, João José Leal, Álvaro Mayrink da Costa, Luiz Regis Prado, Juarez Cirino dos Santos e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

¹⁶ CÂMARA, L. A. Op. cit. p. 270.

¹⁷ NORONHA, E. M. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 524.

¹⁸ PIMENTEL, M. P. Op. cit. p. 145.

¹⁹ HC 9.460-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 29.11.1999, p. 178, retirado de NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

²⁰ WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1970. p. 312.

Vale destacar o posicionamento de João José Leal:

É preciso que, das duas ou mais condutas praticadas, resultem dois ou mais crimes que apresentem uma estrutura jurídica comum, não se exigindo que os crimes sejam idênticos. Crimes da mesma espécie são todos aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico, significando que pode haver (embora com divergência jurisprudencial) continuidade delitiva entre furto e roubo, estelionato e qualquer fraude, etc. Também, pode haver continuidade delitiva em relação a crimes que ofendem bens jurídicos personalíssimos, como o caso de estupro, a lesão corporal e mesmo do homicídio. Aqui, se os crimes forem da mesma espécie, podem atingir vítimas diferentes.²¹

No mesmo sentido, Juarez Cirino dos Santos:

O critério permissivo da unificação das várias ações típicas continuadas em um só tipo requer o seguinte: a) as várias ações típicas devem realizar tipos iguais (tentados ou consumados, normais ou qualificados); b) as várias ações típicas devem realizar tipos semelhantes (injúria/difamação; furto/apropriação indébita/roubo, etc.), infringentes do mesmo bem jurídico, ainda que a norma contenha vários objetos de proteção.²²

Guilherme de Souza Nucci exemplifica a possibilidade de aplicar a continuidade delitiva entre crimes que atentem a bens jurídicos diversos, como a apropriação indébita e furto:

Seria 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 patrão, tire da mesma gaveta R\$2,00, para o mesmo fim. A primeira ação que seria “apropriar-se”, está prevista no art.168, §1, III, do Código Penal, enquanto a segunda está prevista no art. 155, §4º, II do Código Penal.²³

Tal exemplo bem ilustra a possível incongruência – e injustiça – na reprimenda final do agente, caso se adote exclusivamente o entendimento de que crimes da mesma espécie são aqueles que estão contidos no mesmo tipo penal. Não há sentido em, no caso do balconista – apontado por Nucci – se querer aplicar o concurso material entre furto e apropriação indébita, **cumulando-se** as penas, tendo em vista ser um caso bastante semelhante inclusive àquele que inspirou a criação do instituto do crime continuado (a adoção da continuidade delitiva no intuito de evitar a pena de morte do agente que comete o terceiro furto).

²¹ LEAL, J. J. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 480.

²² SANTOS, J. J. C. dos. **Direito penal**: Parte geral. Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 1985. p. 141.

²³ NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

O STJ parece acompanhar essa terceira vertente doutrinária. “Incide a regra do art. 71 do Código Penal quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, o que não é o caso dos autos, à vista dos distintos bens jurídicos tutelados pelos respectivos delitos”.²⁴

Luiz Antônio Câmara, nesse ponto, acrescenta que se deve somar à análise da “mesma espécie” de crime, o seu modo de execução, por ser também este requisito objetivo previsto pelo legislador. Assim, entende o autor não ser possível o reconhecimento da continuidade delitiva entre os crimes de roubo e de furto, pois seu modo de execução é significativamente diverso.²⁵

Quanto à possibilidade de crimes tentados e consumados serem compreendidos como sendo “de mesma espécie”, não há óbice para a doutrina e tampouco para a jurisprudência. Assim, quando houver concurso de crimes nos quais alguns foram tentados e outros consumados, será possível reconhecer a continuidade delitiva, incidindo a exasperação na pena mais grave que é, nesse caso, a do crime consumado.²⁶

Já no que refere à possibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva entre crimes culposos e dolosos, o entendimento é diverso. A jurisprudência não admite tal reconhecimento, “visto que o substrato de cada uma das ações se mostra diferente da outra, de modo profundo e intransponível, a distinguir extremamente uma conduta da outra”.²⁷ Nesse ponto, há que se atentar, novamente, a requisito objetivo diverso – mas também imposto pelo legislador: os crimes devem ocorrer respeitando o mesmo modo de execução. Dificilmente ocorrerão crimes dolosos e culposos pelo mesmo modo de execução, o que, por si só afastaria a possibilidade de se reconhecer o crime continuado.

Ainda sobre o mesmo tema, há que se falar sobre o Projeto de Lei n. 3.473/00, que tramita na Câmara dos Deputados e prevê mudanças na parte geral do CP. Tal projeto pretende alterar o art. 71, justamente suprimindo a expressão “crimes de mesma espécie” e incluindo “crimes que ofendam o mesmo bem jurídico”. Tal alteração solucionaria parte das discussões aqui apontadas, mas não resolveria situações em que ocorre a continuidade delitiva em crimes que não ofendem o mesmo bem jurídico, como um assalto a banco seguido de sequestro e homicídio do gerente. Neste caso, os bens jurídicos são distintos, mas há pluralidade de crimes cometidos em um pequeno lapso temporal, podendo-se questionar se não é caso de se reconhecer a continuidade delitiva.

²⁴ STJ. HC 293.252-SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 05.10.2015.

²⁵ CÂMARA, L. A. Op. cit. p. 270.

²⁶ FAYET JR., N. Op. cit. p. 246.

²⁷ “Não há reconhecer a ficção jurídica entre receptações dolosas e culposas, visto que o substrato de cada uma das ações se mostra diferente da outra, de modo profundo e intransponível, a distinguir extremamente uma conduta da outra” (JTACRIM 26/57).

2.2 CONDIÇÕES DE TEMPO COMO REQUISITO OBJETIVO

O legislador impôs, para fins de reconhecimento da continuidade delitiva, um requisito temporal, razão pela qual deve existir continuidade entre as ações delituosas. Não há, na lei, indicativos de qual o tempo razoável para se configurar ou se afastar a continuidade delitiva. A jurisprudência – STF e também STJ –, então, tratou de discutir sobre o tema e, majoritariamente, posicionou-se no sentido de que o lapso temporal máximo admitido entre os crimes cometidos deve ser de trinta dias, para a configuração da continuidade delitiva.²⁸

Tal critério, porém, é, na verdade, um direcionamento interpretativo, não contando com rigor absoluto. É evidente que não se reconhecerá uma continuidade delitiva de fatos ocorridos com vinte e nove dias de intervalo e afastada a continuidade delitiva de fatos ocorridos com trinta e um dias de intervalo. Assim, se exige tolerância e flexibilização referente ao critério temporal.

Há que se registrar, neste ponto, que a jurisprudência costuma utilizar o critério temporal para diferenciar a continuidade delitiva da chamada “reiteração criminosa”. Assim, quando o lapso temporal entre condutas realizadas ultrapassa significativamente o prazo temporal de trinta dias, a jurisprudência assume que “há uma conduta habitual do delinquente, o qual faz do crime uma profissão”, e “sua conduta apresenta um desajuste social incorrigível”²⁹.

A distinção entre reiteração criminosa e continuidade delitiva é, porém, tênue, porque justamente é flexível o critério temporal. Deve-se aqui observar que há decisões

²⁸ “Hipótese em que o Tribunal de origem afastou a existência de continuidade delitiva entre o primeiro delito de roubo, datado de 22/8/2014, e os crimes patrimoniais praticados pelo paciente em 14 e 29/10/2014, **tendo em vista a ausência de vínculo, dado o decurso de mais de trinta dias entre a prática do primeiro e a dos dois últimos delitos, entendimento que se amolda à jurisprudência deste Tribunal Superior**. Ademais, afastada, pelas instâncias ordinárias, a ocorrência da continuidade delitiva, incabível a análise da ocorrência ou não dos elementos objetivos e subjetivos para a configuração da continuidade delitiva, por demandar o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. Habeas Corpus não conhecido” (HC 346.615-AL, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 12.05.2016, grifo nosso).

²⁹ “Inadmissível o reconhecimento da continuidade delitiva quando decorrer período superior a um mês entre um delito e outro, e se os crimes forem cometidos com variedades de comparsas, eis que a simples prática reiterada de infrações **demonstra somente que o agente é um delinquente habitual, que faz do crime uma profissão e apresenta um desajuste social incorrigível.**” (RT 750/658). (TJ-PR – RECAGRAV: 1938892 PR Recurso de Agravo – 0193889-2, Rel.: Cunha Ribas, Data de Julgamento: 18.06.2002, Terceira Câmara Criminal (extinto TA), Data de Publicação: 02.08.2002 DJ: 6177, grifo nosso).

que, ao interpretar o caso concreto, decidem aumentar o lapso temporal previamente definido, como por exemplo no crime de tráfico de drogas e no delito de estelionato³⁰.

Ney Fayet Júnior afirma que se deve analisar, também, a conexão do limite temporal no crime de sonegação fiscal. Cita, como exemplo, o seguinte caso concreto: o agente omitiu dados na declaração de Imposto de Renda Pessoa Física relativos aos anos-calendário de 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, exercícios de 1991 a 1995, vindo a responder criminalmente por tais fatos.³¹

É de fácil percepção que o caso apontado se caracteriza como crime continuado, vez que os requisitos objetivos da continuidade delitiva restaram todos preenchidos, exceto o prazo temporal. Porém, é evidente também que tal lapso temporal sequer poderia ser preenchido, posto que as declarações de Imposto de Renda são realizadas anualmente. Não parece razoável afastar, nesse caso concreto, a possibilidade de continuidade delitiva, muito embora o prazo temporal estabelecido pela jurisprudência esteja significativamente ultrapassado.

O direito penal, portanto, não pode se manter engessado diante dos requisitos objetivos contidos no crime continuado. O magistrado deverá analisar esta ficção jurídica como um todo e permitir o reconhecimento de sua aplicação, mesmo diante do não atendimento exato de todos os requisitos, caso reste evidente ser o caso concreto típico em que o legislador pretendeu beneficiar o réu com a pena única e exasperada.

³⁰ **“Admite-se a aplicação da regra do art. 71 do CP no delito de tráfico de drogas, desde que atendidos os requisitos legais. O lapso temporal de 30 dias fixado, via de regra, pela jurisprudência para o reconhecimento da continuidade delitiva não consiste em critério matemático peremptório, admitindo elastério.** Se os delitos praticados pelo réu são da mesma espécie e, pelas condições de tempo, espaço e *modus operandi* (CP art. 71), é possível inferir que o fato subsequente é um simples desdobramento ou ampliação da conduta inicial do agente, deve ser rechaçada a tese de habitualidade criminosa porquanto configurada a *fictio juris* do crime continuado [...]” (TRF4, ACR 5002312-12.2010.404.7000, Oitava Turma, Rel. Des. Paulo Afonso Brum Vaz, j. 23.10.13, grifos nosso e do autor).

“Estelionato. Fraudes anuais para manutenção de pensão de titular falecido. Continuidade delitiva. (...) 2. É evidente a semelhança entre os meios e o liame entre suas condutas, as quais tinham como único fim manter o citado órgão em erro para que continuasse a receber, de forma fraudulenta, a pensão de titular já falecido, mediante apresentação de procurações falsas na época dos recadastramentos. 3. **As condições de tempo devem ser analisadas em face das circunstâncias do crime. Se o intervalo de tempo em que praticadas as condutas resulta de fato alheio à vontade do agente, não se pode dizer que o mesmo optou por praticá-las no lapso temporal verificado, constando-se, assim, uma periodicidade que indica uma seqüência entre as condutas, preenchendo assim o requisito temporal do crime continuado**” (TRF2, ACR 2007.51.01.806906-3, Primeira Turma, Rel. Aluísio Mendes, j. 22.4.09, grifo nosso).

³¹ FAYET JR., N. Op. cit. p. 263.

Aníbal Bruno, atento a essa circunstância, faz importante ressalva. Diz não ser necessário que a condição de tempo e lugar seja sempre a mesma, sendo que a consideração total do fato criminoso é que permite concluir pela continuidade ou não.³²

Há decisão do nosso Tribunal Regional Federal da 4^o Região que se mostra favorável a essa tese:

Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/90, Art. 1^o, Inc. I. [...] Continuidade delitiva, art. 71 do CP. [...] 5. Se o crime consiste em omitir tributos e prestar declarações falsas à autoridade fazendária com vistas a suprimir ou reduzir pagamento, é possível considerá-lo continuado para fins de cálculo de pena, **mesmo que entre as declarações tenha se passado, pois é exatamente este o prazo para a pratica de tal ato** (grifo nosso).³³

Não apenas a ultrapassagem do prazo em razão da impossibilidade de crime ser cometido “mensalmente”, deve ser considerada. Veja-se a hipótese em que o agente comete vários delitos com intervalos regulares entre eles e cumpre com os outros requisitos do crime continuado: há, também, a possibilidade do reconhecimento deste instituto.

Nesta ótica, admitindo um ritmo de periodicidade – prazo de três meses – entre os delitos, há decisão do Supremo Tribunal Federal:

Sonegação fiscal (L. 8137/90, art. 1^o, I e II; e 11): parcial reconhecimento de continuidade delitiva, de modo a que o paciente passe a responder, não a 5, mas a 3 acusações, tendo em vista **critério de espaçamento temporal entre as condutas considerado razoável, à vista de tratar-se de sonegação de tributo de recolhimento mensal**. Inexistência de continência ou conexão entre o Proc. 3.468-0 (1^a Vara) com os demais feitos em curso na 2^a Vara Criminal de Paulista/PE. II. Habeas corpus: deferimento, em parte, tão-somente para que as instâncias de mérito, relativamente aos processos em curso na 2^a Vara Criminal de Paulista – PE, não considerem – salvo situação mais favorável ao paciente – a existência de mais de 2 crimes, sendo que: - O 1^o desses dois crimes, constituído pelos fatos ocorridos nos meses de março, abril (Proc. 3 467-1 – 2^a Vara) e maio (Proc. 3464-7 – 2^a Vara) de 1999; - O 2^o crime, os praticados nos meses de novembro de 1999, janeiro e fevereiro de 2000 (Proc.3 464-7); março de 2000 a junho de 2001 (Proc.3465-0); e julho a outubro e dezembro de 2001 (Proc. 8702-0). III – Habeas corpus: extensão dos efeitos da concessão da ordem ao co-réu, que, à primeira vista, se encontra em situação de todo assimilável ao paciente (grifo nosso).³⁴

³² BRUNO, A. **Das penas**. Rio de Janeiro: Rio, 1976. p. 170.

³³ TRF 4, ACR 2000.404.01.024979-5, Sétima Turma, Rel. Des. Vladimir Passos de Freitas, j. 03.06.03.

³⁴ HC 89573, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 13.02.2007, DJe-004 divulg. 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00068 ementa vol-02273-02 PP-00342.

Há que se considerar, em conclusão, que o legislador não definiu o requisito temporal da continuidade delitiva – embora pudesse ter feito – justamente para não engessar sua aplicação. É natural que a jurisprudência e a doutrina, em busca de traços de segurança jurídica, tentem fixar um prazo que oriente o reconhecimento do instituto, porém, sem torná-lo fixo e imutável. A fixação de um prazo que deixe margem à flexibilidade “é arbitrário e sem nenhuma correspondência com a natureza política do delito continuado”.³⁵

2.3 CONDIÇÕES DE LUGAR COMO REQUISITO OBJETIVO

O legislador, cumulativamente com o requisito temporal, previu um critério espacial. Deve haver, portanto, para o reconhecimento da continuidade delitiva, uma semelhança no requisito geográfico, ou seja, o agente precisa cometer os delitos em localidades próximas.

Novamente se verifica, na doutrina e na jurisprudência, discussão acerca do tema. Majoritariamente se entende que os atos devem ser praticados na mesma cidade ou na mesma comarca – abarcando “regiões metropolitanas” –, mas já existem decisões reconhecendo a continuidade delitiva mesmo quando os crimes foram praticados em cidade distintas, desde que a diversidade não tenha tornado incompatível a ideia de uma série continuada de ações.

A jurisprudência, portanto, vem entendendo que para a configuração do crime continuado, os diversos crimes devem ter ocorrido na mesma região metropolitana,³⁶ em comarcas vizinhas³⁷ e até em cidades diversas, desde que integradas na mesma região sociogeográfica e com facilidade de acesso³⁸.

Há também decisões no sentido da caracterização do crime continuado quando realizados em cidades distintas, com 143 quilômetros de distância dentre elas³⁹, e

³⁵ DOTTI, R. A. Algumas notas... Op. cit.

³⁶ “4. A conexão espacial se verifica se a fraude, meio para o estelionato, se dá em cidades vizinhas, que integram a mesma região metropolitana” (TRF2, ACR 2007.51.01.806906-3, Primeira Turma, Rel. Aluisio Mendes, j.22.04.09).

³⁷ “Não constitui óbice para o reconhecimento da continuidade entre ações subtrativas, a diversidade de comarcas, vizinhas, porém, uma da outra” (TACRIM SP- Rcr. 36.675- Rel. Juiz Ricardo Couto – 3ª C.j25.11.71- Un.) (RT 437/393.) (Decisão citada por Mohamed Amaro, p. 399).

³⁸ MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal**: Art. 1º a 120 do CP. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁹ TJSP, Ag 270.594-3, 1ª Câmara, Rel. Min. Fortes Barbosa, 03.05.1999, v.u., JTJ 222/365. Retirado de NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

outras entendendo que bastaria o crime ocorrer em comarcas contíguas, mesmo que em cidades diversas.⁴⁰

Assim, o local em que os distintos crimes se realizam deve ser próximo. Esse critério de proximidade será definido pelo magistrado⁴¹. Realizando essa análise, o STF já afastou o reconhecimento do crime continuado quando os crimes ocorrerem em estados distintos. Tal decisão, note-se, não deve, mais uma vez, ser entendida como de caráter absoluto. Pense-se o caso de um sujeito que realiza tráfico de drogas em Foz do Iguaçu, no Brasil e em Ciudad del Este, no Paraguai. Embora os crimes ocorram em países distintos, há absoluta proximidade entre ambos, o que não afasta, de modo automático, a possibilidade de se reconhecer o crime continuado.

Assim, deve-se observar que, em decorrência das facilidades dos tempos modernos, o agente pode vir a cometer crimes – em mais um exemplo – em caixas de atendimento automático em vários aeroportos do país, como aponta Câmara em sua tese:

Pense no caso do agente que, portador de conhecimentos tecnológicos e munido de modernos aparelhos, ataque caixas automáticas de bancos em vários aeroportos do país, subtraindo para si grandes quantias, fazendo-o num só dia, utilizando-se de transporte aéreo para locomover-se de uma a outra cidade. Os requisitos temporal e modal estarão presentes. Tendo, por exemplo, o agente cometido a primeira infração em Curitiba, às 06:30, pratica a última em Belo Horizonte, às 23:30 do mesmo dia, utilizando-se sempre de tecnologia embarcada num cartão magnético. Entre o local da primeira infração e o da última, entretanto, há uma distância de mil quilômetros. Tudo impõe que a competência se fixe por prevenção (foi cometida uma infração em cada cidade), sendo reconhecida a facilidade externa conferida ao agente, demonstrativa de uma menor reprovabilidade no seu agir.⁴²

Por fim, cabe ressaltar que este critério – exatamente nos mesmos moldes dos requisitos objetivos anteriormente descritos – não pode ter seus limites previamente fixados de modo rígido e inflexível, de modo a restringir sua aplicação. Deve, isso sim, ser analisado de acordo com o caso concreto e respeitando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

⁴⁰ TJSO, Ag Exec. 990.09.091184-0, 12ª Vara Criminal, Rel. Angélica de Almeida, 30.09.2009, v.u. Retirado de NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

⁴¹ STF HC, Rel. Min. Carlos Madeira – RT 612/438. Retirado de CÂMARA, L. A. Op. cit. p. 252.

⁴² CÂMARA, L. A. Op. cit., p. 252.

2.4 MODO DE EXECUÇÃO COMO REQUISITO OBJETIVO

Neste requisito, imposto pelo legislador, precisa estar presente a semelhança no *modus operandi* nos crimes perpetrados. Ou seja, o magistrado, na hora de analisar o caso concreto, deve observar os métodos utilizados pelo agente para a realização do delito. Esses métodos devem cumprir um padrão, uma semelhança com a lei.⁴³

Imagine, na intenção de ilustrar referido entendimento, um sujeito estelionatário que sempre aplica em suas vítimas o chamado “golpe do bilhete premiado”. Há, no comportamento do agente, um padrão de abordagem e de comportamento. Caso os golpes sejam sempre “inovados”, é possível que se afaste a ocorrência da continuidade delitiva.

Veja a decisão do STJ no sentido de que, caso haja significativa inovação no *modus operandi*, pode-se afastar o reconhecimento do crime continuado:

Para efeito de continuidade delitiva, é imprescindível, dentre outros requisitos, que os crimes apresentem a mesma forma de execução, ex vi do art. 71 do Código Penal. *In casu*, o *modus operandi* ocorreu de forma distinta, uma vez que o paciente, além de cometer o crime em municípios distintos, empregou efetiva violência em um deles, inclusive com troca de tiros, o que não ocorreu em relação ao outro delito.⁴⁴

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua vez, já decidiu que não há necessidade de uma absoluta identidade entre o modo de execução, mas uma semelhança genérica pela idêntica conduta nuclear do tipo, como subtrair, mediante violência ou grave ameaça à pessoa.⁴⁵

O ladrão que subtrai quantias em dinheiro, em dias sucessivos, sem qualquer rompimento de obstáculo, pode se encontrar na contingência de arrombar o cofre trancado, no último dia⁴⁶. Embora não haja absoluta identidade entre os crimes perpetrados, há semelhança, o que autoriza o reconhecimento da continuidade delitiva.

Fato é que é o conjunto das circunstâncias fáticas que informará o critério de aferição da continuação criminosa, segundo a apreciação do julgador. Isoladamente,

⁴³ NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

⁴⁴ STJ. HC 310271/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Felix Fischer, DJU 07.04.2015.

⁴⁵ “Tentativas de roubo simples e majorado. **Algumas variações no *modus operandi*** não impedem a admissão da continuidade delitiva. O benefício não exige uma absoluta identidade entre o modo de execução dos crimes objeto da unificação, mas sim uma (genérica) semelhança, que, a espécie, restou evidenciada pela idêntica conduta nuclear do tipo: subtrair, mediante violência ou grave ameaça à pessoa” (Ag 70047004353, 2ª Câmara, Rel. Osnilda Pisa, 27.05.2014, v.u., grifo nosso).

⁴⁶ O exemplo é de PIMENTEL, Op. cit. p. 146.

nenhuma delas é decisiva – seja para o reconhecimento, seja para o afastamento do crime continuado.⁴⁷

2.5 “DEMAIS CONDIÇÕES DE SEMELHANÇA” COMO REQUISITO OBJETIVO

Ao definir o que seriam as “demais condições de semelhança”, Guilherme de Souza Nucci afirma que é uma circunstância a ser analisada de forma objetiva, pois o legislador optou pela teoria puramente objetiva. Como exemplo, o agente que “sempre obtém os dados necessários para cometer o crime com o mesmo informante”.⁴⁸

Luiz Antonio Câmara também defende que não se pode inserir, neste requisito, um elemento psicológico, pois tal exigência ultrapassaria o próprio texto legal.

O Código Penal permite o emprego da interpretação analógica na medida em que o preenchimento das condições semelhantes deve ser feito conforme as condições especificadas no texto, as quais funcionam como parâmetro.

Alguns julgados têm entendido que o aproveitamento das mesmas oportunidades e das mesmas relações pode ser incluído no conceito de condições semelhantes.⁴⁹

Há doutrina da doutrina, porém, que analisa nessa interpretação analógica a existência ou não de um elemento subjetivo⁵⁰. Paulo José da Costa sustenta esta tese, aduzindo que seria o elemento subjetivo “a unidade de resolução do delito”.⁵¹

Nesse ponto, é importante ressaltar que o Projeto-Lei n. 3.473/2000, na redação do art. 71, substituiu a expressão “outras semelhantes”, expressamente por “ou outras circunstâncias objetivas semelhantes”. Ou seja, no referido Projeto-Lei, restaria afastada a discussão acerca do critério subjetivo no crime continuado.⁵²

⁴⁷ Ibidem. p. 146.

⁴⁸ NUCCI, G. de S. Op. cit. p. 498.

⁴⁹ FRANCO, A. S. et al. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1.137.

⁵⁰ O requisito subjetivo é um elemento interno, de natureza psicológica, que traça um nexo dentre as condutas praticadas pelo agente.

⁵¹ COSTA JR., P. C. da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵² ANDREUCCI, R. A. **Comentários ao projeto de código penal**: Parte geral. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu, por meio da análise doutrinária e jurisprudencial, estudar os requisitos objetivos presentes no instituto do crime continuado, quais sejam: crimes “de mesma espécie”, ocorridos em condições semelhantes de “tempo, lugar e modo de execução”, além de “outras semelhantes”.

Restou demonstrado, em primeiro lugar, que o instituto foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro com o claro intuito de **beneficiar** o réu.

Em segundo lugar, pôde-se notar que o legislador, quando da redação do art. 71 do CP, não direcionou referida interpretação – mesmo podendo fazê-lo –, o que acabou por conferir ampla margem de discricionariedade ao julgador.

Na sequência, observou-se que os julgadores – bem como a doutrina –, na tentativa de oferecer segurança jurídica, vêm tentando estabelecer critérios para afastar ou para reconhecer a existência da continuidade delitiva.

Embora não se olvide da importância de se estabelecer critérios que auxiliem o magistrado na análise dos elementos objetivos do crime continuado, concluiu-se que doutrina e jurisprudência não podem andar na contramão do próprio legislador e engessar a aplicação do instituto, fixando critérios rígidos e inflexíveis. O aplicador da lei deve, isso sim, analisar o reconhecimento da continuidade delitiva caso a caso, sempre respeitando os princípios basilares do direito penal, além do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, para que se possa cumprir o que a própria origem do instituto objetivou: beneficiar os réus que devem, efetivamente, ser beneficiados.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, R. A. **Comentários ao projeto de código penal: parte geral**. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.
- BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRUNO, A. **Das penas**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- CÂMARA, L. A. **Estrutura e fundamentos do crime continuado**. 2001. 366f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2001.
- COSTA JUNIOR, P. C. da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DOTTI, R. A. Algumas notas sobre o crime continuado. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 21, n. 246, maio. 2013.
- _____. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 12, n. 0, p. 173-189, 1969.
- FAYET JUNIOR, N. **Do crime continuado**. 6. ed. rev., atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- FRANCO, A. S. STOCO, R.; SILVA JUNIOR, J. **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1.
- LEAL, J. J. **Curso de direito penal**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.
- MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de direito penal: art. 1º a 120 do Código Penal**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014. 1 v.
- NORONHA, E. M. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1986.
- NUCCI, G. de S. **Código penal comentado**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PIMENTEL, M. P. **Do crime continuado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- SANTOS, J. C. dos. **Direito penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris; Curitiba: ICPC, 1985.
- WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.