

# A (IN)EXIGÊNCIA DE ELEMENTO SUBJETIVO NO CRIME CONTINUADO

---

Karina Vieira de Lima<sup>1</sup>

Marion Bach<sup>2</sup>

## RESUMO

O crime continuado é uma modalidade de concurso de crimes e está positivado no *caput* e no parágrafo único, art. 71, do Código Penal (CP). O dispositivo elenca os requisitos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva, para que então se possa aplicar tal ficção jurídica, em benefício do réu. O presente estudo renuncia a análise dos requisitos objetivos e concentra seus esforços na verificação da exigência – por parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Superiores – de um requisito de natureza subjetiva, entendido como uma unidade de desígnios. Para tanto, o presente artigo realiza uma análise sobre a origem do crime continuado, o histórico legislativo no Brasil sobre o tema, as teorias que informam o instituto e, por fim, procede à análise crítica sobre a atual compreensão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto.

Palavras-chave: Concurso de Crimes. Crime Continuado. Elemento Subjetivo.

---

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

<sup>2</sup> 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 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 a fim de 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 mesmo 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 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 do CP), para quando há **unidade** de ação ou omissão por parte do agente; o concurso material (art. 69 do CP); o crime continuado (art. 71 do CP), 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; 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.

Por questões metodológicas, optar-se-á, no presente estudo, por renunciar ao tratamento do concurso material e do concurso formal, centralizando-se 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.<sup>3</sup>

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 DAS REGRAS DE CONCURSO DE CRIMES

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 doutrina sustenta que nem o direito romano e nem o direito antigo traçaram regramento específico para tal situação.<sup>4</sup>

O crime continuado deve sua formulação inicial, então, aos glosadores e pós-glosadores e teve suas bases lançadas efetivamente no século 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 séculos XVI e XVII.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> BRASIL. **Código Penal e Constituição Federal**. 52. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 441.

<sup>4</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013. p. 917.

<sup>5</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**: Parte geral. 17. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 773.

De qualquer modo, a criação prática somente alcança expressão legislativa através do Código Penal da Baviera, com a construção de Johannes Paul Anselm Feuerbach.<sup>6</sup>

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 punibilidade<sup>7</sup>, 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 Republicano<sup>8</sup>, 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, o 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.<sup>9</sup>

Posteriormente, o CP 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-se 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”<sup>10</sup>.

Veja-se o que dispõe o art. 59 da Exposição de Motivos do Código Penal, 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-

<sup>6</sup> BUSATO, P. C. Op. cit. p. 918.

<sup>7</sup> FAYET JUNIOR., N. **Do crime continuado**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 52.

<sup>8</sup> 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”.

<sup>9</sup> DOTI, R. A. Algumas notas sobre o crime continuado. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, v. 21, n. 246, maio 2013.

<sup>10</sup> BITENCOURT, C. R. Op. cit. p. 775.

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 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.<sup>11</sup>

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 (STF), 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 – como se verá adiante – retomada pela jurisprudência que “passou a caminhar vacilantemente para encontrar racionalmente os dados que instituíssem a ocorrência conexa”.<sup>12</sup>

## 2 DO REQUISITO SUBJETIVO DO CRIME CONTINUADO

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

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.<sup>13</sup>

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.

<sup>11</sup> BRASIL. Op. cit. p. 225.

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

<sup>13</sup> BITENCOURT, C. R. Op. cit. p. 775.

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, traz 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 os motivos da consciência, e seduzido pela permanência ou reiteração de uma oportunidade particularmente favorável.<sup>14</sup>

Por fim, há a teoria objetiva, na qual apuram-se tão somente os elementos objetivos para a configuração do crime continuado, desprezando-se o elemento subjetivo. Assim, é o conjunto de condições objetivas que define a continuidade delitiva. Essa teoria foi adotada pelo modelo de direito penal alemão e é – ao menos pelo que se registra na Exposição de Motivos – a adotada pelo CP brasileiro. Dizia Hungria que:

O que decide para a existência do crime continuado é tão somente a homogeneidade objetiva das ações, abstraído qualquer nexos psicológico, seja volitivo, seja meramente intelectual. A unidade de dolo, de resolução ou de desígnio, quando efetivamente apurada, longe de funcionar como causa de benigno tratamento penal, deve ser, como índice de maior intensidade do dolo do agente ou de sua capacidade de delinquir, uma circunstância judicial de elevação da pena-base<sup>15</sup>.

O CP brasileiro, conforme previamente se aduziu, optou – de acordo com a Exposição de Motivos da parte geral, n. 59 – 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 Teles<sup>16</sup> e Luiz Régis Prado<sup>17</sup>.

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<sup>18</sup>. No mesmo sentido,

A exigência dessa carga subjetiva (não contida, expressamente, na lei penal) é, sob todos os títulos, inaceitável, por afronta direta ao princípio da reserva legal, pois se colocaria

<sup>14</sup> HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 166.

<sup>15</sup> Ibidem. p. 164.

<sup>16</sup> TELES, N. M. **Direito penal**: Parte geral. São Paulo: Atlas, 2004.

<sup>17</sup> PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>18</sup> BRUNO, A. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. 2. p. 301.

um dado subjetivo – não previsto em lei, repita-se – como *conditio sine qua non* para o apenado receber o benefício legal de um tratamento punitivo menos rigoroso.<sup>19</sup>

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 nexos subjetivo entre as condutas. Juarez Cirino dos Santos é um dos defensores dessa posição. Segundo ele<sup>20</sup>, 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.<sup>21</sup>

Modernamente, os defensores de uma tese objetivo-subjetiva têm substituído a exigência de um dolo múltiplo ou de amplo alcance pelo que denominam de uma teoria da alternância, a qual substituiria a ideia de um *dolo conjunto*, abrangente de toda complexidade de condutas, para consistir em uma re colocação do dolo, ou seja, à alternância de direcionamento do dolo, o qual deveria estar renovado à cada nova realização de conduta, compondo uma espécie de dolo de continuidade.<sup>22</sup>

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 STF vem entendendo pela exigência de elementos objetivos e subjetivo, conforme se depreende da decisão que julgou o *Habeas Corpus* 121.548/PE<sup>23</sup>, em abril de 2014.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já decidiu, no mesmo sentido, conforme registra o informativo n. 457, de novembro de 2010, ao trazer decisão do *Habeas Corpus* 151.012/RJ, de relatoria do Ministro Gilson Dipp, com julgamento em 23 de novembro de 2010:

A Turma denegou a ordem de *habeas corpus* para não reconhecer a continuidade delitiva entre os delitos de homicídio praticados pelo paciente. **Para a caracterização do crime continuado, consignou-se que o STJ vem adotando a teoria mista, a qual**

<sup>19</sup> 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. **Revista destaque jurídico**, Gravataí, v. 1, n.1/2, 2012.

<sup>20</sup> SANTOS, J. C. dos. **Direito penal**: Parte geral. 3. ed. Curitiba; Rio de Janeiro: ICPC; Lumen Juris, 2008. p. 421.

<sup>21</sup> Ibidem. p. 421.

<sup>22</sup> BUSATO, P. C. Op. cit. p. 918.

<sup>23</sup> STF, HC 121.548-PE, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 08.04.2014.

**exige o preenchimento dos requisitos objetivos – mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução – e do subjetivo – unidade de desígnios.** *In casu*, asseverou o Min. Relator que entender de modo contrário à conclusão do tribunal a quo de que tais requisitos não teriam sido cumpridos demandaria revolvimento fático-probatório dos autos, o que não é possível em *habeas corpus*. Salientou, ademais, que eventual modificação da sentença condenatória, *in casu*, exigiria ainda mais cautela por se tratar de julgamento proveniente do tribunal do júri, em que impera a soberania dos veredictos. Precedentes citados do STF: HC 89.097-MS, DJe 24/4/2008; HC 85.113-SP, DJ 1º/7/2005; RHC 85.577-RJ, DJ 2/9/2005; HC 95.753-RJ, DJe 6/8/2009; HC 70.794-SP, DJ 13/12/2002; do STJ: HC 142.384-SP, DJe 13/9/2010, e HC 93.323-RS, DJe 23/8/2010 (Grifos nosso).<sup>24</sup>

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 Ministro Sebastião Reis Jr., 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 a decisão do *Habeas Corpus* 312.576/SP, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, com julgamento em de maio de 2016:

HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. **RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE NOTÍCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS.** MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...]

2. Segundo a teoria mista, consagrada no direito brasileiro, o reconhecimento da **ficção jurídica do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, adota como premissa que determinado agente pratique duas ou mais condutas da mesma espécie em semelhantes condições de tempo, lugar e modus operandi – requisitos objetivos – com unidade de desígnios entre os delitos cometidos – requisito subjetivo.**

**In casu, as instâncias ordinárias foram taxativas no afastamento do requisito subjetivo, afirmando que os delitos em discussão foram praticados com desígnios autônomos, a revelar traços que não correspondem à continuidade delitiva, mas sim à reiteração criminosa.** Trata-se de conclusão fundada em elementos fático-probatórios dos autos e, por essa razão, o *habeas corpus* revela-se via inadequada para sua alteração, uma vez que tal providência demandaria a análise aprofundada

<sup>24</sup> STJ, HC 151012-RJ 2009/0204812-5, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 06.12.2010.

do processo de execução, incompatível com a celeridade e sumariedade do rito. Precedentes. Habeas corpus não conhecido (Grifos nosso).<sup>25</sup>

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 que defendia 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”<sup>26</sup>.

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.

Assim, para ilustrar o entendimento jurisprudencial atual, pense-se uma diarista que tem uma dívida de duzentos reais e decide subtrair o valor da carteira do padrão, aproveitando da distração dele. Num primeiro exemplo, a diarista subtrai o valor total de uma só vez. Nesse caso, é evidente, sequer há que se falar em concurso de crimes, pois se está diante de um único crime de furto. Num segundo exemplo, porém, a diarista, com receio de o patrão dar pela falta do dinheiro, decide subtrair uma nota de vinte reais por vez, até atingir o valor necessário à quitação de sua dívida. Há, nesse caso, concurso entre dez crimes de furto.

O caso acima descrito é um exemplo que se amoldaria ao conceito jurisprudencial de crime continuado, caso preenchidos os requisitos objetivos, posto que havia uma unidade de desígnio, uma formação inicial de um plano criminoso.

Pense-se, agora, em uma segunda diarista, que não possui qualquer dívida a ser quitada. Essa diarista, aproveitando um momento de distração do patrão, decide subtrair uma nota de vinte reais da carteira dele. Uma semana depois, incentivada pelo fato de o patrão não haver percebido a ausência do valor, decide subtrair uma nova nota. E assim ocorre por diversas vezes, nas semanas seguintes. Esse é um caso que, para o STJ não se amoldaria ao conceito de continuidade delitiva, mas sim de reiteração criminosa, que não faz jus à reprimenda diminuta.

<sup>25</sup> STJ, HC 354622-SP 2016/0108579-4, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Parcionik, DJe 01.08.2016.

<sup>26</sup> HUNGRIA, N. Op. cit. p. 166.

É preciso registrar que o entendimento jurisprudencial gera imensa dificuldade quando da análise de casos concretos, a um, pela difícil missão de verificar a existência (ou não) do elemento subjetivo. A 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.

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.<sup>27</sup>

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.

---

<sup>27</sup> BUSATO, P. C. Op. cit. p. 939.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

A primeira conclusão é que o CP brasileiro, ao tratar da referida modalidade de concurso de crimes, aprovou 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 outras” – e renunciou à exigência de haver um único e prévio desígnio.

Ocorre, porém, que parte da doutrina – representada, nesse ponto, por Juarez Cirino dos 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.

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 Paulo César Busato<sup>28</sup>, 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.

---

<sup>28</sup> BUSATO, P. C. Op. cit.

## 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.

\_\_\_\_\_. **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.