

O crime continuado e o elemento subjetivo no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

*Graziele Costanza*¹

*Dani Rudnicki*²

1. Introdução

O crime continuado é um instituto penal criado por motivos de política criminal, estabelece tratamento penal benéfico para aquele que pratica mais de um crime, sob semelhantes circunstâncias previstas na lei penal. Ao assim agir, o agente recebe a punição referente a um dos crimes da cadeia delitiva, se iguais, ou a maior, se diferentes; acrescentada de uma quantidade pré-estabelecida na lei.

Na legislação penal brasileira, está previsto no artigo 71 do Código Penal, o qual determina a necessidade de implementação de requisitos de natureza objetiva para configuração da continuidade delitiva, ou seja, segue a teoria objetiva do crime continuado. Ocorre que além deste entendimento, existe o de que é necessário também a presença do elemento subjetivo, ou unidade de desígnios, e isso tem sido percebido em decisões jurisprudenciais acerca de pedidos de reconhecimento do instituto a casos concretos.

¹ Mestra e graduada em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter); Advogada; E-mail: grazicostanza@hotmail.com

² Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); Professor da Universidade La Salle; Advogado; E-mail: danirud@hotmail.com.

O presente trabalho versa sobre o delito continuado e busca compreender como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem decidindo acerca da necessidade ou não da unidade de desígnios para caracterização do instituto benéfico.

Dessa forma, pretende-se saber: a) como o Tribunal interpreta o elemento subjetivo; e b) o que afasta a caracterização do elemento subjetivo e, conseqüentemente, do crime continuado no caso concreto. Para isso, realiza-se pesquisa empírica jurisprudencial, com abordagem qualitativa e método indutivo. De acordo com Marconi e Lakatos (2003, p. 86):

Indução é um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas. Portanto, o objetivo dos argumentos indutivos é levar a conclusões cujo conteúdo é muito mais amplo do que o das premissas nas quais se basearam.

Para tanto, inseriu-se a palavra “crime continuado”, com o auxílio dos operadores booleanos “e” no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (<http://tjrs.jus.br/site/>). Buscou-se os julgados no segundo semestre de 2017 (três de julho a 29 de dezembro de 2017). Resultaram 204 decisões, das quais, algumas estão citadas no trabalho.

2. O crime continuado

Criado por razões de política criminal, o crime continuado estabelece tratamento punitivo mais benéfico ao considerar os crimes subsequentes como continuação do primeiro quando se tratar da prática de duas ou mais condutas penais da mesma espécie, sob semelhantes condições de tempo, lugar, modo de execução, dentre outras.

Não é determinada com precisão a origem do crime continuado, porém, para a maior parte da doutrina, o instituto é considerado desconhecido na antiguidade. É o que menciona, dentre outros, Heleno Cláudio Fragoso: “O direito antigo não conhecia o crime continuado. Não encontramos, nem no direito romano, nem no germânico ou no canônico,

disposições que nos levem a crer que em tais sistemas se conhecia o crime continuado” (FRAGOSO, 2006, p. 447).

A sua formulação deve-se aos glosadores e pós-glosadores (séc. XIV e XV), tendo sido sistematizado apenas pelos práticos italianos (séc. XVI e XVII). Todos eles tinham por objetivo amenizar os efeitos de certas penas, como, por exemplo, as dos crimes de furto, em que o agente era punido com a morte, quando da terceira prática. Nas palavras de Roberto Lyra (1958, p. 439):

Se os pós-glosadores trataram mais do crime complexo, os práticos, levados pelo sentimento de humanidade para salvar da pena de morte o culpado de terceiro furto, são precursores atilados, avultando CLARUS e, sobretudo, FARINÁCIO (1554-1618).

Tais assertivas demonstram o sentimento humanitário através do qual foi inspirado o instituto do crime continuado, ao visar à amenização das penas.

Embora destinado primeiramente ao delito de furto, a doutrina da continuação delitiva foi se estendendo, no decorrer do tempo, aos demais crimes. A noção contemporânea de crime continuado aparece pela primeira vez no Código Bávaro de 1813, em seu artigo 110. Ela inspirou outras legislações (Wütemberg, em 1841; Hannover, em 1840; Baden, em 1845; Toscana, em 1853; Itália, em 1889; Uruguai, em 1889; Brasil, em 1890), com critérios distintos (LYRA, 1958, p. 438-439; FAYET JÚNIOR, 2016, p. 56; FRAGOSO, 2006, p. 447).

No ordenamento jurídico brasileiro, o instituto está previsto no artigo 71 do atual Código Penal, sendo expresso da seguinte forma:

Artigo 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.

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 artigo 70 e do artigo 75 deste Código.

Neste artigo, apresentam-se duas modalidades de delitos continuados: a comum (ou simples) e a qualificada (ou específica). A primeira prevista no *caput*, e a última, no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal.

Quanto aos requisitos necessários para reconhecimento do crime continuado, há três teorias: subjetivo-objetiva, objetiva pura e subjetiva. A teoria subjetivo-objetiva exige, além dos requisitos objetivos, o subjetivo, que se constitui na unidade de dolo, de resolução ou de desígnio (DOTTI, 2014, p. 4).

A teoria subjetiva, preferida por Roberto Lyra (1958, p. 443), afirma que o que determina a caracterização do instituto do delito continuado é o elemento subjetivo (unidade de resolução), o que inspirou o agente a praticar os atos constantes da cadeia delitiva, não sendo importantes os aspectos objetivos das diversas condutas do agente. Cezar Bitencourt (2014, p. 794) afirma que esse modo de interpretação

[...] predominou na Itália, que, contudo, constatou a sua insuficiência para dimensionar o critério aferidor da continuidade delitiva, quando mais não fosse, pela própria dificuldade, muitas vezes, de constatá-lo.

A concepção puramente subjetiva do delito foi, com razão, qualificada de “absurdo lógico e dogmático”, pois regride às origens históricas do instituto, de difícil compreensão e aplicação.

Dessa forma, a relevância está no valor subjetivo (FAYET JÚNIOR, 2016, p. 254-255). Quanto à unidade de resolução, Francesco Carrara (1956, p. 373) afirma não dever ser compreendida com rigor ideológico, mas que se mostra conveniente aceitar uma “unidade genérica”.

Para a teoria objetiva (ou puramente objetiva) basta estarem presentes os requisitos externos (DOTTI, 2014, p. 4; LYRA, 1958, p. 441). Esta

corrente foi a escolhida pelo legislador brasileiro quando previu o artigo 71 do Código Penal, consoante demonstrado na Exposição de Motivos da nova parte geral do Código, Lei n. 7.209/1984, no item 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 destinado [sic] 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.

Assim, o atual Código Penal não prevê a necessidade da unidade de desígnios do agente, mas a demonstração dos elementos objetivos, por meio das circunstâncias exteriores que envolvem a prática dos delitos. Tal teoria se mostra mais adequada, pois exige apenas elementos externos, do fato, e não interiores (do agente), demonstrando ser uma forma mais benéfica de interpretação do instituto.

Diante disso, para que o crime continuado seja reconhecido, faz-se necessária a presença dos seguintes requisitos: a) pluralidade de condutas; b) pluralidade de crimes da mesma espécie; c) condições de tempo; d) condições de lugar; e) maneira de execução; e f) outras condições semelhantes.

3. O tribunal e o elemento subjetivo

Nas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, percebe-se haver a menção de que, além dos requisitos objetivos, externos, presentes

no artigo 71 do CP, é necessária a presença do elemento subjetivo, ou seja, ao assim decidir, segue a teoria objetivo-subjetiva do crime continuado.

Este requisito é caracterizado como “[...] o liame subjetivo indicador de que os vários ilícitos perpetrados resultam de plano previamente elaborado pelo agente” (apelação crime n. 70073155269). Assim, é necessário que, diante das circunstâncias do caso concreto, se identifique que o autor dos delitos tenha os praticado de acordo com um projeto anterior, segundo o qual os praticaria em continuidade.

O elemento subjetivo é afastado quando identificado, pelo julgador, haver uma finalidade (objetivo) diferente para cada crime, através do qual não se identifica o crime posterior ser um desdobramento do primeiro. É o caso da apelação crime n. 70074045485, em que os réus praticaram dois homicídios no mesmo dia, no mesmo local, por meio de disparos de arma de fogo. A Segunda Câmara Criminal entendeu que não havia crime continuado porque:

[...] inexistente no fato em tela a unicidade de desígnios, visto que a morte da vítima do segundo fato, que decorreu apenas de uma repreensão à conduta anterior do acusado, **não foi desdobramento necessário do crime anterior, estando evidenciado um ímpeto vingativo (e fútil) que afasta o elemento subjetivo necessário para o reconhecimento do crime continuado, havendo crimes diversos praticados por motivos e com finalidades diferentes.** (Grifo nosso).

Desse modo, afastado o elemento subjetivo porque cada crime foi praticado por razões e com finalidades diferentes.

Também quando presente a reiteração criminosa (habitualidade delitiva), ou seja, quando identificado que o agente faz do delito o seu “meio de vida”, sua profissão:

[...] inadmissível a concessão do benefício aos casos em que estampada a *perseveratio in crimine* ou a *consuetudo deliquendi*, visto que tais circunstâncias não constituem motivo de diminuição da pena, mas causa de sua exasperação, pois evidenciam incapacidade de o agente adaptar-se à ordem legal.

Dessa feita, distingue-se continuidade delitiva de habitualidade, pois a primeira envolve ficção jurídica criada por lei, por razões de política criminal, no intuito de propiciar o abrandamento da penalidade, ao passo que a segunda hipótese enseja o agravamento da punição, evidenciado que o infrator transformou a atividade criminosa no seu meio de vida, denotando maior reprovabilidade. (Apelação crime n. 70074063942).

Assim, entendido o agente, nessas circunstâncias, não ser digno de receber um abrandamento da pena, um tratamento mais benéfico, tendo em vista a sua conduta se tornar mais reprovável ao fazer do crime seu meio de sustento. Verificou-se que, a maioria dos casos em que mencionado tal argumento tratava de prática de crimes patrimoniais. Como demonstrado na decisão do Agravo em execução n. 70073969859, em que o agente postulou o reconhecimento do crime continuado entre dois crimes de roubo. O primeiro, praticado no dia 16 de agosto de 2010 e o segundo, no dia 20 de agosto do mesmo ano, na cidade de Alegrete. Entretanto, seu pedido foi negado. Dentre os argumentos para indeferimento estava o de que o réu

[...] cumpre pena carcerária total de 17 anos, 08 meses e 04 dias, pela prática de cinco crimes de roubo, perpetrados entre os anos de 2006 a 2015.

Diante desse contexto, não há como concluir que os roubos cometidos tenham algum nexo de causalidade que os une, à exceção da ganância de E. D. B. e da sua reiteração criminosa. Com efeito, as sucessivas condenações do apenado, decorrentes de crimes praticados em um intervalo de nove anos, evidenciam a configuração da habitualidade criminosa, o que impede o reconhecimento da continuidade delitiva.

Caracterizado o agente criminoso habitual, perde o direito de ter o crime continuado reconhecido nos delitos praticados. A respeito, René Ariel Dotti (1969, p. 187) menciona:

Ora. A exigência de maior punibilidade para os criminosos habituais, além de romper com a regra do juízo da culpabilidade em função do fato isolado para acolher a culpabilidade em razão de um estilo de vida rebelde, demonstra também que a manutenção do crime continuado é paradoxal, sabido que tal ficção

jurídica é, geralmente, equacionada em favor de delinquentes que habitualmente reiteram no ilícito. Basta recorrer à estatística para se comprovar que a continuidade é fenômeno ordinário nos delitos contra o patrimônio, pondo em relêvo [sic] um tipo de autor que é objeto de maior censurabilidade.

Dessa forma, mostra-se complexo o entendimento de que os criminosos habituais não podem receber o tratamento objeto da continuidade delitiva, haja vista que o instituto foi direcionado justamente para quem pratica delitos de forma reiterada. E a maioria dos crimes praticados pela população carcerária é patrimonial.

4. Considerações finais

A interpretação da lei penal deve ser taxativa, não expansiva. De modo que seja entendida de forma mais benéfica ao agente. Quanto à interpretação do crime continuado, o legislador optou pela teoria objetiva, segundo a qual, basta a implementação dos requisitos externos, relacionados aos fatos, previstos na lei. Porém, existe entendimentos diversos como o referente às teorias subjetiva e objetivo-subjetiva. Esta última, adotada pelo Tribunal gaúcho.

Este interpretar, de acordo com o qual há a necessidade de verificar a presença do elemento subjetivo (unidade de desígnios) entre os fatos, traz óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva, haja vista a maior dificuldade de aferição nos casos concretos. Demonstra uma ilegalidade, visto que tal não consta da lei penal, portanto, não poderia ser exigido. Desrespeita a escolha do legislador ao prever a norma, bem como a razão de ser do instituto, criado por motivos de política criminal para beneficiar o réu.

Importante se faz que o crime continuado seja interpretado de forma que não se perca de vista o porquê da sua origem e o fundamento da sua existência, criado por razões de política criminal, devido a um sentimento de humanidade por parte dos práticos italianos.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral 1. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro.** Decreto- Lei nº 2848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 01 out. 2018.

CARRARA, Francesco. **Programa do curso de direito criminal:** parte geral. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1956.

DOTTI, René Ariel. Algumas notas sobre o crime continuado. **Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 13, n. 2, 2014. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDA/article/download/6450/4040>>. Acesso em 20 fev. 2018.

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

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado.** 7. ed. rev., atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal:** parte geral. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal:** arts. 28 a 74. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 439

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.