

Leonardo Yarochevsky: Algumas considerações sobre o crime continuado

O direito antigo, ensina Fragoso^[1], não conhecia o crime continuado. A figura foi introduzida pelos práticos italianos, mirando mitigar as penas do furto, que se praticado pela terceira vez, implicava na morte pela força. A Feuerbach, informa Bruno^[2], deve-se a sua introdução no Direito Positivo moderno, através do Código da Baviera de 1813.

De acordo com o nosso Código Penal (CP), que adotou a teoria puramente objetiva, considera-se crime continuado quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro (artigo 71 do CP). Conforme dito, para a caracterização da continuidade delitiva “*não se requer que haja qualquer dolo de conjunto ou propósito deliberado de praticar sucessivamente fatos delituosos*”.^[3] Sem qualquer consideração de ordem subjetiva, verificam-se na espécie somente elementos objetivos em relação aos vários crimes, quais sejam: i) crimes da mesma espécie; ii) conjunto das circunstâncias previstas no artigo 71 do CP (condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes).

Para Zaffaroni e Pierangeli^[4], que se referem à figura do crime continuado como “falso crime continuado” ou “concurso material atenuado”, o artigo 71 do nosso Código Penal busca “*estabelecer uma atenuação nos casos de menor culpabilidade, por causa da unidade ou condições objetivas, que fundamentam o juízo de culpabilidade*.” Segundo os citados penalistas, as circunstâncias referidas pelo Código Penal fazem parte da culpabilidade, as que dizem respeito às motivações do agente, não podendo, portanto, ser desvinculada da culpabilidade do crime anterior.

Percebe-se, na verdade, que a figura do crime continuado é uma ficção jurídica, visando amenizar a regra do concurso material. Nosso Código adota em relação à natureza jurídica e para fins de aplicação da pena no crime continuado a teoria da ficção jurídica, já que existem vários delitos.

Constituem requisitos do crime continuado:

a) pluralidade de condutas (ações ou omissões): a pluralidade de condutas não deve ser confundida com pluralidade de atos, posto que uma única ação pode se desdobrar em vários atos. De tal modo, ensina Bruno^[5], “*pode o agente subtrair em atos sucessivo, mas na mesma ocasião, objetos diverso, esparsos no local em que se encontra, e nem por isso comete crime continuado, mas apenas um furto instantâneo e comum*”. Nada impede, portanto, que os bens jurídicos ofendidos tenham diverso titular. Assim, o agente, por ex., que entra em um ônibus e furta inúmeros objetos de vários passageiros;

b) crimes da mesma espécie: apesar de alguns entendimentos contrários no sentido de que crimes da mesma espécie estão contidos no mesmo tipo penal, tal entendimento não deve prevalecer, não devem ser confundidos com crimes idênticos. Crimes da mesma espécie são aqueles que, embora não necessariamente descritos pelo mesmo tipo penal – se não a lei falaria em crimes idênticos -, ofendem o mesmo bem jurídico. Neste sentido Fragoso^[6] para quem “*crimes da mesma espécie não são apenas aqueles previstos no mesmo artigo de lei, mas também aqueles que ofendem o mesmo bem jurídico e que apresentam, pelos fatos que os constituem ou pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais*

comuns”. Ex. roubo e extorsão; calúnia e difamação; peculato e corrupção e etc.;

c) circunstâncias semelhantes de tempo, lugar, modo de execução e outras. O conjunto de tais circunstâncias é que informa o critério de aferição da continuação criminosa, segundo a apreciação do julgador. Isoladamente, nenhuma delas é decisiva. Podem as condutas estar distanciadas no tempo e, não obstante, as infrações serem consideradas continuadas. É o caso, por exemplo, do viajante comercial que em cada mês se apropria indebitamente de uma parte das quantias em dinheiro que recebe para entregar à empregadora.^[7]

Na hipótese de reconhecimento da continuidade delitiva o juiz deve aplicar a pena de um dos crimes se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Na determinação do *quantum* relativo ao aumento da pena influi o número de infrações praticadas. Contudo, não poderão influir circunstâncias já valoradas para efeito do cálculo da pena-base, o que configuraria *bis in idem*.^[8]

Por outro, entende-se que o critério que leva em conta o número de infrações para a determinação do aumento da pena não deve ser engessado e tomado com rigor matemático. Além do número de crimes que compõem a série continuada, o juiz deve observar no aumento os efeitos e à gravidade desses crimes, bem como as outras circunstâncias que se relacionam com a continuidade delitiva.^[9]

O Supremo Tribunal Federal (STF) ao editar a Súmula 711 (“A lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência”) equipara, com a devida vênia, equivocadamente, o crime continuado ao crime permanente para ampliar a punibilidade. No crime permanente a ação se protraí no tempo, o fato, em sua inteireza, ainda está sendo executado em período duradouro. O crime é realmente único. Exemplos clássicos é o crime de sequestro e de cárcere privado (artigo 148 do CP). Assim, se uma lei nova, ainda que mais gravosa, entra em vigor enquanto não cessar a permanência ela deverá ser aplicada posto que presente todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal. Aqui, como bem acentua Bitencourt^[10], não há ofensa ao princípio constitucional da irretroatividade da lei penal mais grave (artigo 5º, XL, da CF), já que se trata da incidência imediata da lei nova a fato que está ocorrendo no momento da sua entrada em vigor. Não havendo, neste caso, critica a ser feita a citada súmula.

Contudo, no que concerne ao crime continuado (uma ficção jurídica), já que na verdade vários crimes são praticados e os subsequentes tidos como continuação do primeiro, a Súmula 711 não deve prevalecer. De acordo com o Código Penal, “*considera-se praticado o crime o momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado*” (art. 4º). Ora, se no momento da prática do primeiro crime, que servirá de base para a caracterização da continuidade delitiva, a lei é mais benéfica do que a dos crimes subsequentes, é evidente que a lei mais gravosa, ainda que atingido os crimes posteriores, não poderá ser aplicada, sob pena de violação do princípio constitucional da irretroatividade da lei mais grave, corolário do princípio da legalidade. Neste sentido, Bitencourt^[11], para quem “*o texto da Súmula 711, determinando a aplicação retroativa da lei penal mais grave, para a hipótese de crime continuado, estará impondo pena (mais grave) inexistente na data do crime para aqueles fatos cometidos antes de sua vigência*”.

Em relação ao crime continuado é mister considerar as razões de política criminal que inspiraram o

referido instituto no intuito de se evitar condenações às penas extremamente elevadas e desproporcionais contrariando sua própria finalidade. A figura do crime continuado, como destacado no início, tem por escopo beneficiar o infrator e mitigar os males de uma pena exacerbada.

[1] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p.350.

[2] BRUNO, Aníbal. Direito Penal. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 296.

[3] FRAGOSO, ob. cit.

[4] ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte gera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 626.

[5] BRUNO, Aníbal. Direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 302.

[6] FRAGOSO, ob. cit. p. 351.

[7] PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969:146

[8] PRADO, Luiz Régis. Curso de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.465.

[9] FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições... ob. cit. p. 353.

[10] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 173.

[11] BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit. p. 174. No mesmo sentido QUEIROZ, para quem a Súmula 711 “*implica uma inversão lógica e cronológica do conceito legal de continuação, ofendendo o princípio da legalidade. No delito continuado os crimes subsequentes são havidos como continuação do primeiro, e não o contrário...*” (QUEIROZ, Paulo.<http://pauloqueiroz.net/crime-continuado-e-a-sumula-711-do-supremo-tribunal-federal/>)

Date Created

29/10/2012