Uma releitura do crime continuado e da habitualidade criminosa

O instituto do crime continuado (artigo 71 do Código Penal brasileiro) sofreu significativas alterações interpretativas ao longo das últimas décadas, fragilizando-se suas facetas ontológica (ser) e deontológica

Inicialmente, na exposição de motivos da reforma penal de 1984, percebe-se a intenção do legislador em não aplicá-lo em face de criminosos habituais, até mesmo para não se fomentar punições aquém das devidas, principalmente frente a indivíduos perigosos e que subsistem da ilicitude criminal.

No item 59 da exposição de motivos do Código Penal, evidencia-se que a opção legislativa pela teoria objetiva [1] deu-se por acreditar que, assim, o instituto não funcionaria como incentivo à libertação de criminosos de acentuada periculosidade, nem muito menos seria um fomento ao criminoso profissional.

"Item 59. (…) O critério da teoria puramente objetiva não se 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 delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais (…)".

A grosso modo, a teoria objetiva diferia da sua coirmã objetivo-subjetiva (no que tange ao crime continuado) pela menor dificuldade de se provar que os vários atos criminosos perpetrados pelo indivíduo são mesmo um *continuum*.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Na esteira do ensinamento do mestre Cezar Roberto Bittencourt [2], para a configuração de crime continuado, pela teoria objetivo-subjetiva, além dos requisitos objetivos, exige-se também unidade de desígnios, isto é, uma programação inicial do criminoso contemplando todos os crimes parcelares. Já para a teoria objetiva, apuram-se os elementos constitutivos da continuidade delitiva objetivamente, independentemente desse elemento subjetivo (psicológico), isto é, da programação do agente. Essa teoria, que nasceu na Alemanha, foi a opção do legislativo para o nosso código reformado (p. 566, Cezar Roberto Bitencourt).

Parece claro, então, que a intenção foi a de estabelecer um mecanismo protetivo-social que, sendo de aplicabilidade mais objetiva, pudesse servir como ferramenta punitiva suplementar, principalmente pois outros benefícios propostos no projeto, a exemplo da medida de segurança para imputáveis, não foram adiante.

"Item 59. (…) De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema, destinado 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".

O problema é que, com o passar do tempo, percebeu-se que tal instituto se transformou em um poderoso escudo protetivo para criminosos habituais, os quais relutam em, de uma ou de outra forma, manter-se na senda ilícita (*modus vivendi*).

Por isso, se a ideia do legislador reformador era a de criar um mecanismo punitivo de mais fácil aplicação, ao adotar a teoria objetiva permitiu-se afastar com bastante facilidade o concurso material de infrações penais (inclusive quando as infrações subsequentes nem tenham sido desejadas inicialmente pelo criminoso), tudo em troca de uma quase sempre inexpressiva exasperação de pena (artigo 71 do Código Penal).

Isso, sem dúvida, parece estar funcionando como estímulo racional à figura do criminoso profissional, porquanto múltiplas infrações (ainda que não inseridas em um plano criminoso maior e prévio) podem configurar crime continuado, afastando o concurso material de crimes.

Além disso, há outras mutações interpretativas que levaram o crime continuado a objetivos e caminhos para ele nunca delineados. O famigerado intervalo de 30 dias é uma dessas anomalias interpretativas.

Curiosamente, os parâmetros exegéticos atuais desestimulam crimes praticados em maiores intervalos, mas fomentam a ilicitude como hábito protraído. Até porque a regra temporal criada pela jurisprudência é de 30 dias entre os crimes subsequente e o imediatamente anterior. Daí, até mesmo o criminoso que pratica um crime por mês pode se ver beneficiado por tal instituto. Não se sabe ao certo de onde surgiu tal fórmula, mas não foi fruto da redação legal, nem da vontade do legislador.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Isso não indica que o crime imediatamente anterior não precisa estar umbilicalmente conectado ao subsequente, pois é essa uma das características que justificam a ideia de continuidade. O tempo entre eles pode até fazer parte dessa importante função de cimento entre os crimes parcelares. Não obstante, isso não mascara o interstício realmente importante nesse contexto, que é o compreendido entre o crime inicial e o final. Até porque ele garante que haja homogeneidade entre os crimes (por se aglutinarem em pequeno intervalo de tempo), mas também assegura o desestímulo à habitualidade criminosa (pois limita o tempo global para consideração de tal ficção jurídica).

Por isso, conjecturamos que o principal imbróglio desse tema seja o franco desrespeito aos reais marcos legais do instituto. Urge mencionar que o interregno que deveria ser levado em consideração é entre o primeiro e o último crimes.

Principalmente porque a análise circunscrita entre o primeiro e o último ato criminoso tem a aptidão de caracterizar a verdadeira eventualidade criminosa, afastando-se de criminosos que têm o crime como hábito. Por isso, a forma que atualmente se interpreta o artigo 71 do Código Penal malfere não só a sua escorreita compreensão gramatical, mas também a sua teleologia. Isso pela completa desconsideração da expressão *"devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro"*.

"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 subseqüentes 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" (reda ção dada pela Lei nº 7.209, de 11/7/1984).

A nosso ver, tal benefício de política criminal deveria se restringir ao criminoso que, em um pequeno espaço de tempo, comete uma multiplicidade de infrações penais simétricas concatenadas. Até porque isso mostraria um concentração de crimes semelhantes em um pequeno intervalo de tempo, muita vezes justificados pela desconexão estocástica e transitória do indivíduo frente às imperativas normas legais. Isso caracterizaria bem a tal eventualidade criminosa, não se permitindo que aquele "momento de bobeira" do indivíduo macule de forma substantiva os rumos de sua vida. Daí, nesse sentido, seria possível, inclusive, a fixação de interstício um pouco maior do que 30 dias, desde que entre o primeiro e o último crimes.

Por isso mesmo é que a exegese atual é contestável, pois acabou restringindo a aplicabilidade do ortodoxo cúmulo material de infrações penais a criminosos habituais, colocando-os no mesmo patamar de proteção legal daqueles que se envolvem esporadicamente em infrações penais. Muito porque o conceito de habitualidade criminosa também não é taxativamente definido no ordenamento, o que permite exageros valorativos realizados por alguns operadores do direito.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

De toda sorte, o crime continuado não pode (nem deve) ser utilizado como subterfúgio para abrandar a situação de criminosos habituados às ilicitudes penais. Quanto a isso, há julgados, inclusive no STF [3] , afastando a incidência do benefício do crime continuado nesse tipo de situação de recalcitrância ilícita. Mas esse movimento ainda é tímido, pois parcos são os trabalhos doutrinários que discutem a questão dos marcos temporais entre os crimes parcelares, repetindo-se copiosamente o que a doutrina tradicional veicula há anos. É preciso resgatar o valor originário do instituto do crime continuado, até mesmo para que interpretações *contra legem* não fomentem a habitualidade criminosa.

[1] Há julgados locais que caminham no sentido da evolução da teoria objetiva para a objetivo-subjetiva. Vejamos: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. APLICAÇÃO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. Para a caracterização da continuidade delitiva, exige-se, além da comprovação dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo entre os delitos, a demonstrar que os atos criminosos se apresentam entrelaçados, que a conduta posterior constitua um desdobramento da anterior. Não se verificando o liame volitivo entre os delitos, mas sim a habitualidade criminosa, deve se reconhecer o concurso material de crimes (…). (TJ-GO, APELAÇÃO CRIMINAL 307785-49.2015.8.09.0175, Relator desembargador LEANDRO CRISPIM, 2ª CAMARA CRIMINAL, julgado em 28/3/2017, DJe 2268 de 16/05/2017).

[2] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Parte Geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

[3] "A prática reiterada e habitual do crime de roubo, por delinquentes contumazes que fazem de seu comportamento individual ou coletivo (reunidos, ou não, em quadrilha) uma atividade profissional ordinária, descaracteriza a noção de continuidade delitiva. O assaltante, que assim procede, não pode fazer jus ao beneficio derivado do reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. A mera reiteração do crime que não se confunde, nem se reduz, por si só, à noção de delito continuado – traduz eloquente atestação do elevado grau de temibilidade social daquele que incide nesse gravíssimo comportamento delituoso" (STF, HC 70.794/SP).

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.