

Do crime continuado

A predominância da teoria objetivo-subjetiva

Autora:

Lorena Junqueira Victorasso, advogada, graduada pela Faculdade de Direito Milton Campos, pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a figura do crime continuado. Apresenta as teorias relativas à sua natureza jurídica e aos requisitos necessários ao reconhecimento do instituto. Demonstrando com base em doutrina especializada e na análise jurisprudencial, a predominância da teoria objetivo-subjetiva no nosso sistema penal.

Palavras-Chave:

Crime Continuado. Natureza jurídica. Requisitos.

Introdução

A respeito do crime continuado, três teorias se desenvolveram para tratar dos seus requisitos: a objetiva, a subjetiva e a objetivo-subjetiva.

Melhor se alinhando ao nosso sistema penal, este trabalho demonstrará a predominância da última na nossa doutrina e jurisprudência. Exigindo-se, além de requisitos objetivos previstos em lei para o reconhecimento da continuidade, o subjetivo, consistente na unidade de desígnios.

Desenvolvimento

Temos a figura do 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 semelhanças, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Outra não é a redação da cabeça do art. 71, do Código Penal. Senão vejamos:

“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.”

Trata-se de uma ficção jurídica em que, por razões de política criminal, dá-se tratamento unitário a uma pluralidade de crimes em favor do agente.

O instituto não é de data recente. Cezar Roberto Bitencourt comenta:

“O crime continuado deve sua formulação aos glosadores (1100 a 1250) e pós-glosadores (1250 a 1450) e teve suas bases lançadas efetivamente no século XVI, com finalidade de permitir que os autores do terceiro furto pudessem escapar da pena de morte. Os principais pós-glosadores, Jacobo de Belvisio, seu discípulo Bartolo de Sassoferrato e o discípulo deste, Baldo Ubaldis, foram não só os criadores do instituto crime continuado, como também lançaram as bases político-criminais do novo instituto, que, posteriormente, foi sistematizado pelos práticos italianos dos séculos XVI e XVII.” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.566)

Sobre sua natureza jurídica, desenvolveram-se três principais correntes: da unidade real, da ficção jurídica e a mista.

A primeira, da unidade real, entende que todas as condutas são um crime único.

A segunda, da ficção jurídica, reconhece que cada uma das condutas configura uma infração autônoma, que, no entanto, por ficção jurídica, ou seja, por lei, são tomadas como uma só.

A terceira, por seu turno, a mista ou da unidade jurídica, defende que o crime continuado não é uma unidade real, tampouco uma ficção jurídica, mas, sim, uma figura própria, uma unidade jurídica autônoma. Surge um terceiro crime, resultado do concurso.

O Brasil adotou a concepção da ficção jurídica para fins de aplicação de pena com o objetivo de atenuar a sanção penal em atenção à política criminal que inspirou o instituto.

Sobre esta, sintetiza Manzini:

“O instituto do crime continuado está fundado, indiscutivelmente, sobre uma ficção jurídica. A ficção jurídica resulta de uma transação entre a coerência lógica, a utilidade e a equidade. Em nosso caso, foi esta última que motivou as disposições do parágrafo do art. 81 do CP”. (Manzini, Vincenzo. Apud Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.568)

Quanto aos requisitos para sua configuração, extraímos do próprio dispositivo legal: (1) mais de uma ação ou omissão; (2) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (3) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; (4) os crimes subseqüentes devem ser havidos como continuação do primeiro.

Sobre esse último requisito, do qual alguns inferem a unidade de desígnio ou a relação de contexto entre as infrações, comenta Rogério Greco:

“(...) Embora seja clara a redação do artigo, que com ela procura fazer distinção entre o crime continuado e a reiteração criminosa, paradoxalmente, segundo entendemos, a Exposição de Motivos da nova parte geral do Código Penal adota a chamada teoria objetiva no crime continuado, dizendo, em seu item 59:

59. A 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 delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais.” (Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 678)

Ocorre que, como bem comenta o autor, outra é a teoria mais pertinente com o nosso sistema (que não a objetiva, defendida na Exposição de Motivos na nova parte geral do nosso Código Penal).

Com relação aos requisitos para o reconhecimento do instituto, foram desenvolvidas três teorias: a objetiva, a subjetiva e a objetivo-subjetiva.

Preconiza a teoria objetiva que para a configuração da continuidade delitiva, deve-se observar apenas critérios puramente objetivos, independentemente do elemento subjetivo, da programação do agente, ou seja, da unidade de desígnio ou relação de contexto entre as diversas infrações.

A propósito, comenta Cezar Roberto Bitencourt:

“(…) Despreza a unidade de desígnio ou unidade de resolução criminosa, como elemento caracterizador do crime continuado. É o conjunto das condições objetivas que forma o critério aferidor do crime continuado. Essa teoria, que nasceu na Alemanha, é a adotada pelo nosso Código.” (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.569)

A teoria subjetiva dispensa os aspectos objetivos das ações, atendo-se à análise do elemento subjetivo, programação do agente, ou seja, da unidade de desígnio ou relação de contexto entre as diversas infrações.

Segundo o supra citado autor:

“(…) Essa teoria predominou na Itália que, contudo, constatou 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 continuado foi, com razão, qualificada de “absurdo lógico e dogmático”, pois regride às origens históricas do instituto, de difícil compreensão e aplicação. (Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 568)

Já a teoria objetivo-subjetiva, além dos requisitos objetivos, exige o subjetivo, consistente da unidade de desígnios, na programação do agente de realização sucessiva das ações com um intento final único.

Essa foi a teoria adotada pelo Código Penal italiano (art. 81, §2º) depois da Reforma de 1974.

É tida, também, como a mais coerente com o nosso sistema penal, a despeito da Exposição de Motivos da nova parte geral do nosso Código Penal, como dito, defender a teoria objetiva.

Pois nosso sistema repudia penas excessivamente altas quando desnecessárias, mas também não tolera a reiteração criminosa. Não podendo se confundir o criminoso ocasional com o habitual.

Guilherme de Souza Nucci comenta:

“Somente deveria ter direito ao reconhecimento desse benefício legal o agente criminoso que demonstrasse ao juiz o seu intuito único, o seu propósito global, vale dizer, evidenciasse que, desde o princípio, ou pelo menos durante o iter criminis, tinha o propósito de cometer um crime único, embora em partes. Assim, o balconista de uma loja que, pretendendo subtrair R\$1.000,00 do seu patrão, comete vários e contínuos pequenos furtos até atingir a almejada quantia. Completamente diferente seria a situação daquele ladrão que comete furtos variados, sem qualquer rumo ou planejamento, nem tampouco objetivo único.” (Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 6. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 405).

Sobre a teoria objetivo-subjetiva, Nélson Hungria tecia severas críticas. Para ele:

“(...) o elemento psicológico reclamado pela teoria objetivo-subjetiva, longe de justificar esse abrandamento de pena, faz dele a paradoxal recompensa a um ‘plus’ de dolo ou de capacidade de delinqüir. É de toda a evidência que muito mais merecedor de pena é aquele que ab initio se propõe a repetir o crime, agindo segundo um plano, do que aquele que se determina de 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”. (Hungria, Nélson. Apud Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.569)

Tal posicionamento, contudo, hoje é minoritário e resta ultrapassado. Sendo, em contrapartida, amplamente majoritária a adoção da teoria objetivo-subjetiva.

A propósito, decisões do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional e penal. Habeas corpus substitutivo de recurso ordinário constitucional. Competência do Supremo Tribunal para julgar habeas

corpus: CF, art. 102, I, 'd' e 'i'. Rol taxativo. Matéria de direito estrito. Interpretação extensiva: Paradoxo. Organicidade do Direito. Homicídio consumado triplamente qualificado, homicídio tentado triplamente qualificado e sequestro e cárcere privado. **Continuidade delitiva. Inocorrência. Ausência dos elementos objetivos e subjetivo. Controvérsia a respeito das teorias adotadas pelo Código Penal. Prevalência da teoria objetivo-subjetiva. 1. A continuidade delitiva é ficção jurídica derivada de política criminal e se traduz em favor rei na medida em que objetiva à diminuição da pena “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.”, impondo-se acrescentar que tais requisitos são cumulativos, e não alternativos. (...) 3. A teoria objetiva (tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) dispensa a unidade de desígnios, considerada pela teoria objetivo-subjetiva para a caracterização da continuidade delitiva, sendo certo que ambas as Turmas desta Corte adotaram a teoria mista em recentes julgamentos: HC 98.681, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 18/04/2011, e RHC 107.761, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 13/09/2011.(...)**

(HC 108221, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 16/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-081 DIVULG 30-04-2013 PUBLIC 02-05-2013) (original sem grifo)

HABEAS CORPUS. DUPLO HOMICÍDIO QUALIFICADO. DEFICIÊNCIA DA QUESITAÇÃO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA OPORTUNAMENTE (CPP, ART. 571, VIII). PRECLUSÃO. INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA PELA DEFESA NA SESSÃO PLENÁRIA DO JÚRI. ATRIBUIÇÃO DO JUIZ PRESIDENTE (ART. 497, IV E XI, DO CPP). CONTINUIDADE DELITIVA (CP, ART. 71). RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. AFERIÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CP. INVIABILIDADE. (...) **Nos termos da jurisprudência desta Corte, abalizada por parcela da doutrina especializada, são requisitos necessários para caracterização da continuidade delitiva, à luz da teoria objetivo-subjetiva: (a) a pluralidade de condutas; (b) a pluralidade de crimes da mesma espécie; (c) que os crimes sejam praticados em continuação, tendo em vista as circunstâncias objetivas (mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes); e, por fim, (d) a unidade de desígnios. (...)** (HC 110002, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 09/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014) (original sem grifo)

No mesmo sentido, julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL RECURSO ESPECIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONTRA VÍTIMAS DIFERENTES. MENORES IMPÚBERES. CONTINUIDADE DELITIVA AFASTADA. AUSÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS E DE SEMELHANÇA ENTRE AS CONDIÇÕES DE TEMPO, LUGAR E MANEIRA DE EXECUÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO. 1. Ao interpretar o art. 71 do Código Penal, adotou esta Corte a teoria mista, ou objetivo-subjetiva, segundo a qual, caracteriza-se a ficção jurídica do crime continuado quando preenchidos tanto os requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução do delito -, quanto o de ordem subjetiva - a denominada unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos criminosos, a exigir a demonstração do entrelaçamento entre as condutas delituosas, ou seja, evidências no sentido de que a ação posterior é um desdobramento da anterior. (...) (REsp 1196358/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/2015, DJe 12/06/2015) (original sem grifo)

HABEAS CORPUS. MATÉRIAS AVENTADAS NÃO APRECIADAS PELA CORTE ESTADUAL NO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA CELERIDADE. SUPERVENIÊNCIA DO JULGAMENTO DO MÉRITO DO AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SUPERAÇÃO DO ÓBICE. CONHECIMENTO DO WRIT.

(...) AÇÕES PENAIS. ESTELIONATO. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. FINS DE UNIFICAÇÃO DA REPRIMENDA. REQUISITOS DO ART. 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. DIFERENTES MODO DE EXECUÇÃO, DIVERSIDADE DE VÍTIMAS E DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva - mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução - e subjetiva - unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (art. 71 do CP) (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). 2. Constatada a reiteração criminosa, e não a continuidade delitiva, inviável acoimar de ilegal a decisão que negou a incidência do art. 71 do CP, pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal, a habitualidade delitiva afasta o reconhecimento do crime continuado.

(...) (HC 166.534/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2011, DJe 31/05/2011) (original sem grifo)

RECURSO ESPECIAL. FURTOS QUALIFICADOS. CONTINUIDADE DELITIVA. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. ART. 71 DO CP. UNIDADE DE DESÍGNIOS. NECESSIDADE. MANEIRA DE EXECUÇÃO DIVERSA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que para caracterizar a continuidade delitiva é necessária a demonstração da unidade de desígnios, ou seja, o liame volitivo que liga uma conduta a outra, não bastando, portanto, o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi).

2. No caso, observa-se que o Tribunal a quo, ao aplicar a regra do art. 71 do Código Penal, adotou a teoria puramente objetiva, deixando de valorar os aspectos subjetivos. (...) 4. Assim, dentro do contexto fático delineado no próprio acórdão hostilizado, sem que haja a necessidade de se incursionar nas provas dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem violou o art. 71 do Código Penal, além de divergir da jurisprudência desta Corte. (...) (REsp 421.246/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 22/02/2010)

Outra não poderia ser a posição de tribunais inferiores:

RECURSO DE AGRAVO EM EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. HABITUALIDADE CRIMINOSA. NEGADO PROVIMENTO.

1. Para que um crime seja considerado como continuação do anterior, tem-se adotado a teoria objetivo-subjetiva, a qual, além da mesma espécie de crimes, praticados em condições similares de tempo e lugar e com maneira de execução semelhante, exige, também, a unidade de desígnios.

2. Inviável a unificação das penas, pelo reconhecimento da continuidade delitiva, quando restar comprovada a habitualidade na prática criminosa, uma vez que a contumácia do agravante na prática de crimes é tida como reiteração criminosa e não continuidade delitiva.

3. Recurso a que se nega provimento.

(Acórdão n.890466, 20150020207296RAG, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 27/08/2015, Publicado no DJE: 01/09/2015. Pág.: 92) (original sem grifo)

RECURSO DE AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS. TEORIAS. OBJETIVO-SUBJETIVA. ENCAMPAÇÃO PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS. LUGAR. TEMPO. AUSÊNCIA DO REQUISITO SUBJETIVO. UNIDADE DE DESÍGNIOS. REITERAÇÃO CRIMINOSA.

Para a configuração da continuidade delitiva, a doutrina e a jurisprudência adotam a teoria objetivo-subjetiva, segundo a qual além dos requisitos objetivos, exige-se a unidade de desígnios a comprovar que os crimes subsequentes são continuação do primeiro.

Ausentes os requisitos objetivos concernentes ao tempo e ao lugar, bem assim a unidade de desígnios, torna-se inviável a aplicação do art. 71 do CP para unificação das penas.

Recurso de agravo conhecido e não provido.

(Acórdão n.895010, 20150020126665RAG, Relator: SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 17/09/2015, Publicado no DJE: 23/09/2015. Pág.: 99)

EMENTA: EXECUÇÃO PENAL - UNIFICAÇÃO DE PENAS - CONDENAÇÕES PELA PRÁTICA DE DELITOS DE ROUBO

MAJORADO - CRIME CONTINUADO - NÃO-RECONHECIMENTO - HABITUALIDADE CRIMINOSA - AGRAVO NÃO PROVIDO.

- A unificação das penas pela continuidade delitiva exige não somente que os crimes tenham sido praticados em condições semelhantes de tempo, espaço e maneira de execução, mas também que tenha restado preenchido o requisito subjetivo da unidade de desígnios preconizado pela teoria objetivo-subjetiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

- Incabível a relação de continuidade entre os roubos se verificada a ausência de vínculo entre o primeiro ato criminoso e os subseqüentes, tudo a demonstrar que o agente se valeu de reiteração delitiva, a qual não se confunde com continuidade. (TJMG - Agravo em Execução Penal 1.0702.11.001409-0/001, Relator(a): Des.(a) Júlio Cezar Guttierrez , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 12/03/2014, publicação da súmula em 18/03/2014) (original sem grifo)

ROUBO QUALIFICADO - CRIME CONTINUADO - AUSÊNCIA DE UNIDADE DE RESOLUÇÃO - INAPLICABILIDADE DA FICÇÃO JURÍDICA - RECURSO DESPROVIDO. Para o reconhecimento da continuidade delitiva prevista no artigo 71 do Código Penal, não basta a presença da homogeneidade objetiva, é necessário, ainda, que os crimes subseqüentes sejam continuação do primeiro e que entre eles exista a unidade do desígnio. Interpretação orientada pela Teoria Objetivo-Subjetiva - Precedentes do STJ - Sentença mantida. (TJMG - Apelação Criminal 1.0702.05.263516-7/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio Braga , 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 29/05/2007, publicação da súmula em 13/06/2007) (original sem grifo)

Conclusão

Destarte, malgrado longa discussão a respeito, pode-se afirmar, hoje, com tranquilidade, a predominância da teoria objetivo-subjetiva para a configuração do crime continuado. A exigir, além dos requisitos objetivos, o subjetivo, consistente na unidade de desígnios.

Sedimenta-se, pois, como uma teoria alinhada ao nosso sistema penal, com o repúdio a penas excessivamente altas quando desnecessárias e intolerância com a criminalidade habitual.

Referências

Bitencourt, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, vol. 1. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Delmanto, Celso; Delmanto, Roberto; Delmanto Júnior, Roberto; Delmanto, Fábio M. de Almeida Delmanto. Código Penal comentado: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

Greco, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.