

Comentários sobre a Aplicação da Pena em Crime Continuado

Duarte Bernardo Gomes

Procurador de Justiça

Diz o art. 71 do Código Penal:

“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 art. 70 e do art. 75 deste código.”

Assevera, em linhas gerais, a melhor doutrina penal, que o crime continuado constitui, em sua essência, a forma de concurso de crimes, configurando espécie amena de concurso material, em que se observa o sistema de absorção de penas e não de cumulação delas.

“O crime continuado é realmente uma ficção jurídica criada com propósitos de política criminal e objetivando impedir excessos decorrentes do acúmulo material de penas”.
(RT 521 388)

Nesse sentido já decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em processo cujo relator foi o eminente Desembargador OLIVEIRA LIMA.

Pois bem, evidenciada a ficção criada pelo legislador penal, resta-nos traçar alguns comentários sobre o citado instituto, positivando, de forma singela, aspectos distintos insertos no conceito de crime continuado.

Existe a nível dogmático aberta discussão sobre a discrepância de conotação subjetiva, isto é, unidade de propósito, em confronto com elementos de caráter objetivo, estruturados pela reforma de 1984.

A objetividade do crime continuado vem estampada nas condições de unidade de tempo, lugar, modo

ou maneira de execução, ou, ainda, outras semelhantes, além da violação do bem jurídico alheio, e a utilização, pelo agente, de uma dada situação pessoal.

Comentaristas penais apontam dois momentos diferentes no crime continuado, podendo ser ele real ou fictício.

Real, quando se caracteriza por duas ou mais ações seguidas, com a intenção de se obter, no fim, um resultado previamente planejado (elo subjetivo-objetivo entre as ações).

Fictício, por ser figura imaginária criada pela lei para evitar pena excessiva no caso de dois ou mais crimes seguidos, guardando circunstâncias semelhantes de tempo, lugar e modo de execução. Finge-se uma ligação entre os vários crimes para permitir a aplicação de uma só pena (elo puramente objetivo entre as ações). *In R. Dir. Penal*, p. 109-110.

Anteriormente à reforma penal (Parte Geral) de 1984, o crime continuado vinha disposto no art. 51, § 2º, do Código Penal e silenciava quanto à pluralidade de vítimas.

Duas posições distintas se apresentavam ante o impasse jurídico ocorrido no caso concreto.

A chamada corrente liberal dispensava a homogeneidade de vítimas para a caracterização do crime continuado.

De outra margem, a corrente ortodoxa inadmitia tal situação, entendendo que só havia possibilidade de crime continuado quando cometido contra a mesma vítima.

O próprio Supremo Tribunal Federal admitia a continuidade delitiva em crimes de roubo com vítimas diferentes, mas não a admitia em crimes de homicídio, a ponto de sumular a matéria no verbete de nº 605:

“Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida.” (*Justitia*, n. 140, p. 116).

Hoje, o verbete não mais se aplica diante do novo enunciado legal que prevê essa modalidade de delito nos crimes contra a vida.

A bem da verdade, a inovação legal de destinar artigo e parágrafo regulando a matéria sobre o crime continuado, substituindo o parágrafo 2º, do art. 51, deu destaque especial ao assunto, ampliando, sobremaneira, a previsão legal de situações até então inapreciáveis, fadadas a entendimentos diversos, por vezes, prejudicando o acusado.

Bem leciona HERMENEGILDO DE SOUZA REGO (RT 622/398), lembrando o saudoso jurista MANOEL PEDRO PIMENTEL, citado por LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, quando assevera que:

“Adota-se a ficção legal do crime continuado para evitar, por exemplo, que o autor de trinta

pequenos furtos, merecendo, cada um, um ano de reclusão, seja condenado a trinta anos de reclusão, exatamente como o mais feroz e desumano dos homicidas.”

Com efeito, de modo mais abrangente, o legislador penal de 1984 aferiu entendimento diverso para delitos praticados continuamente, distinguindo as infrações de menor potencial ofensivo (art. 71, *caput*, CP) daquelas de maior gravidade (art. 71, parágrafo único, CP), nestas podendo o julgador aplicar a pena até o triplo, obviamente observado o espírito da *fictio juris*, isto é, o limite legal da pena imposta, que não poderá ultrapassar trinta anos (art. 75, CP), nem assemelhar-se ao rigor do concurso material (art. 70, parágrafo único, CP).

Com relação ao cálculo da pena, - e aqui reside o principal fator destes comentários - adotou a reforma penal de 1984 a forma tripartida, em consonância com o entendimento do inigualável NÉLSON HUNGRIA, já que, anteriormente, a forma bipartida, defendida pelo não menos brilhante ROBERTO LYRA, também era utilizada ante a lacuna legal existente.

Dirimida a questão (art. 68, CP), fixa-se no primeiro momento a pena-base, levando-se em consideração as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal, ou seja, a personalidade do agente, seus antecedentes, intensidade do dolo, grau da culpa, motivos determinantes do fato etc.

No segundo momento, considera-se sobre a pena-base a incidência de eventuais circunstâncias legais

genéricas, agravantes ou atenuantes, previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal.

No derradeiro instante e sobre a pena resultante da operação anterior, considerar-se-ão as causas de aumento e diminuição, previstas na Parte Geral e Especial do Código Penal.

Em se tratando de continuidade delitiva, conforme ensina o Professor FRANCISCO DE ARAÚJO (*Justitia*, nº 140), quando da análise das circunstâncias judiciais atinentes ao art. 59 do Código Penal, para a aplicação da pena deve o julgador acercar-se de especial cautela, pois seis delas estão reproduzidas no parágrafo único do art. 71 do CP, para que não sejam consideradas mais de uma vez, pois o fato redundaria em inadmissível dupla valoração da mesma circunstância ou causa.

Trazendo-se, ainda, à colação, lições de preclaro autor (*op.cit.*), quando menciona o critério utilizado pelo Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, tem-se que a aplicação da pena em crimes considerados continuados depende do número de infrações cometidas e não das circunstâncias judiciais que já influíram na fixação da pena-base.

Continua o eminente autor dizendo que quanto maior for o número de delitos, maior será o aumento sobre a pena.

Não desapontando o traçado na encimada linha de raciocínio sobre o discutido tema, o Egrégio Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo, na Revisão

Criminal nº 117.450 - Relator Juiz ERCÍLIO SAMPAIO, sob forma de ementa, dessa maneira se posicionou:

“Assim, em se tratando de dois crimes, o aumento será, no mínimo, de um sexto, incidindo sobre a pena imposta ao crime mais grave; de três crimes, o aumento será de um quinto; de quatro, um quarto; de cinco, um terço; de seis, a metade e, finalmente, de dois terços, quando forem mais de sete delitos.”

Também daquela já mencionada Augusta Corte de Justiça, em acórdão relatado pelo eminente Juiz ADAUTO SUANNES - Recurso nº 306021, tem-se a seguinte ementa:

“Na consideração dos processos para fins de unificação de pena, o magistrado deve abstrair da pena do processo levado em consideração adicionais ali feitos em razão da continuidade delitiva.

Em compensação, ao estabelecer o percentual de acréscimo, deve levar em consideração não o número de processos unificados mas o número de crimes praticados.”

Para os crimes continuados específicos, cuja regra vem insculpida no parágrafo único, do art. 71 do Código Penal, isto é, os de maior gravidade, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, figurando vítimas diferentes, analisados os motivos e circunstâncias dos delitos (caso a caso), desconsiderados os fatores influenciadores da pena-

base, poderá o julgador, com fulcro no entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aplicar o acréscimo de um terço dos valores punitivos para o caso de dois crimes (RT 605/267).

Nessa esteira, ficaria a punição da seguinte maneira, no entender de F. ARAÚJO (*op.cit.*):

Duas infrações, aumento de um terço; três, a metade; quatro, dois terços; cinco, o dobro; seis, o dobro mais um terço; sete, o dobro mais a metade; oito, o dobro mais dois terços. A partir de nove infrações, inclusive, o triplo.

Dessa forma, os limites legais são respeitados, inofensiva semelhança ou enquadramento qualquer em concurso material que pioraria a situação do acusado, cuja vedação legal mostra-se evidente.

Mesmo alterando substancialmente o teor da definição de crime continuado em relação à Parte Geral de 1940, o legislador de 1984 sofreu várias críticas de doutrinadores.

Sob o forte argumento de que, mesmo modificada, a legislação instituiu o crime continuado comum e o específico, não reprime a criminalidade violenta dos grandes centros urbanos, exige esta, repressão incompatível com o abrandamento das penas resultantes de indiscriminado reconhecimento de *continuidade delitiva*.

É de se notar que críticas não faltaram à legislação em vigor. Todavia, o tecnicismo jurídico criado pelo legislador de 1984, ao menos, trouxe nova sistemática para a

aplicabilidade de sanções aos infratores contumazes, distinguindo-se, quanto à ofensa produzida ao bem jurídico, bem como divisando-os especificamente quando da consideração das circunstâncias da própria causa de aumento de pena.

Sensível ao tratamento diferenciado, entende-se que o legislador procurou enfrentar com maior severidade a criminalidade profissional organizada, destinando a ela sanções que implicam apenação de até o triplo dos valores punitivos especificados no preceito secundário do tipo penal infringido.

Em conclusão, cumpre-me afiançar que o sistema de aplicabilidade da pena nos crimes continuados, estudado pelos citados juristas pátrios e sob o enfoque destes comentários, assim como a própria experiência jurisprudencial consolidada, se ainda não se mostra como ideal, muito se aproxima, pois, com estruturação na letra da lei, coíbe apenação exagerada ou aplica justo acréscimo, formulando dosimetria compatível e adequada para a punição da continuidade delitiva.