

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
VINÍCIUS NASCIMENTO LIMA

CONTINUIDADE DELITIVA: INTERPRETAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA
DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

São Paulo
2020

VINÍCIUS NASCIMENTO LIMA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADORA: DRA. THAMARA DUARTE CUNHA MEDEIROS

São Paulo

2020

VINÍCIUS NASCIMENTO LIMA

CONTINUIDADE DELITIVA: INTERPRETAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA
DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a): Dra. Thamara Duarte Cunha Medeiros

Examinador(a): Dra. Renata da Rocha

Examinador(a): Dra. Márcia Cristina de Souza Alvim

Aos meus pais e demais familiares, pelo imprescindível apoio e incondicional confiança até aqui, um passo importante de uma esperançosa jornada.

CONTINUIDADE DELITIVA: INTERPRETAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vinícius Nascimento Lima

Resumo: A ficção jurídica da continuidade delitiva aparece em nosso ordenamento jurídico em razão de política criminal. O instituto é controvertido e cenário de enriquecedores debates doutrinários e jurisprudenciais, sobretudo acerca dos requisitos e consequências jurídicas. A partir das discussões que exploram o assunto, visitamos o desenvolvimento da teoria do crime continuado e os desdobramentos em nosso ordenamento jurídico à luz dos princípios do direito penal e fundamentos do direito constitucional, com o propósito de sistematizar a atual aplicação, nos moldes da jurisprudência dos tribunais superiores, e verificar a compatibilidade com o texto constitucional, tratados internacionais, função do direito penal e função da pena.

Palavras chaves: Crime continuado. Política criminal. Legislação. Jurisprudência. Compatibilidade.

Abstract: The legal fiction of delitive continuity appears in our legal system by reason of criminal policy. The institute is controversial and scenario of enriching doctrinal and jurisprudential debates, especially about the legal requirements and consequences. From the discussions that explore the subject, we visit the expansion of the theory of continued crime and its consequences in our legal system considering the principles of criminal law and the foundations of constitutional law, with the purpose of systematizing its current application along the lines of the jurisprudence of the higher courts and to verify the compatibility with the constitutional text, international treaties, function of criminal law and function of the punishment.

Key words: Continuing crime. Criminal policy. Legislation. Jurisprudence. Compatibility.

Sumário: 1. Introdução. 2. Origem do crime continuado. 3. Crime continuado no Brasil. 4. Aplicação atual e requisitos do crime continuado em nosso sistema jurídico. 5. A dosimetria da pena quando reconhecida a continuidade delitiva. 6. Críticas ao sistema adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. 7. Conclusão. 8. Referências

1. Introdução

O crime continuado é instituto do direito penal que promove a aglutinação de múltiplas condutas criminosas da mesma espécie quando verificados elementos estruturantes, esculpido na legislação, doutrina e jurisprudência, que possibilitam a demonstração de um elo de continuidade.

A teoria da continuidade delitiva é palco de debates importantes em nosso ordenamento jurídico, considerando que as implicações oriundas da aplicação da ficção jurídica são relevantes num contexto de promoção de princípios e garantias fundamentais, sendo, então, instrumento valioso de política criminal.

Todavia, tendo em vista o posicionamento atual das cortes superiores em relação ao polêmico instituto, as consequências da aplicação do benefício da continuidade delitiva podem ser maléficas ao sistema penal quando utilizados em prol de modalidades de crimes mais gravosas, especialmente sob a ótica dos fundamentos do direito penal e teoria geral da pena.

O objetivo do presente trabalho é sistematizar o modelo legislativo e jurisprudencial de aplicação de pena quando reconhecido o elo de continuidade delitiva, de maneira que se possa verificar sua compatibilidade com o cerne do próprio instituto, a função do direito penal e princípios que regem a cominação da pena.

O tema debatido possui extrema relevância, ante o preocupante aumento de crimes violentos passíveis de reconhecimento da continuidade delitiva, tais quais chacinas e atentados. A necessidade de evitar que criminosos profissionais e peculiarmente perigosos recebam melhor tratamento por nosso ordenamento jurídico, quando beneficiados pela continuidade delitiva, fundamenta o presente trabalho.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho é a analítica descritiva a partir de uma abordagem bibliográfica e documental em doutrina, legislação e jurisprudência.

2. Origem do crime continuado

A construção de um conceito de uma ficção jurídica controvertida como o instituto do crime continuado não encontrou unanimidade na doutrina, de modo que a tarefa de buscar sua origem não tem precisão histórica. Tanto que o crime continuado é descrito de maneira inusitada por importantes juristas. Geyer, por exemplo, conta que "é uma cruz que os criminalistas querem carregar às costas" (SZNICK, 1994, p. 39).

Contudo, a construção da ideia da continuidade delitiva, segundo parcela majoritária dos estudiosos do tema, remonta em princípio à Idade Média, sob a criação dos práticos italianos Prospero Farinacio e Júlio Claro.

Nesse sentido, anota Coelho (1998, p. 124), conforme citado por Fayet Júnior (2016, p. 55) "a abordagem doutrinária dessa anômala espécie de continuidade delitiva deve-se à época dos pós glosadores, iniciando-se com Bártolo e firmando-se a partir dos práticos, nas lições de Farinácio".

A inspiração para o desenvolvimento da ficção do crime continuado foi a tentativa de afastar penas desproporcionais aplicadas à época ao crime de furto. Ensinam Antolisei e Conti (2000, p. 282), nas palavras de Fayet Júnior (2016, p. 52), que o terceiro crime de furto cometido pelo agente era punido com a morte, de modo que Farinácio sustentava a existência de só um crime, ante a execução em um só lugar e em tempos distintos, mas de maneira sucessiva.

Percebe-se que o objetivo dos idealizadores do instituto era alcançar uma pena proporcional ao delito - mesmo que limitado ao furto - em um contexto histórico e social anterior ao desenvolvimento do pensamento iluminista e principalmente na vigência de um sistema penal prévio ao período humanístico, o qual somente perdeu espaço após as obras de Beccaria, Rousseau, Montesquieu, dentre outros (FABRETTI e SMANIO, 2016, p. 27).

A partir das ideias dos práticos italianos, o instituto do crime continuado foi desenvolvido até atingir expressão legislativa. Conforme explica Valdir Sznick (1994, p. 48), a Lei Toscana de 30 de agosto de 1795 dispunha que o furto era considerado continuado quando cometido, independente de lugar, modo de execução ou vítimas, desde que ocorrido num espaço de tempo não inferior a vinte horas. Entretanto, somente a partir de 1813, inserto no Código Penal da Baviera, o crime continuado foi cristalizado e passou a influenciar um sistema penal positivado.

Ainda no século XIX, o instituto foi aprimorado e integrado a outros Códigos Penais, de modo que o alcance do benefício se estendeu além do furto, atingindo outros delitos. Fayet Júnior (2016, p. 56) elenca em sua obra alguns Códigos Penais que incorporaram o crime continuado após a primeira positivação, quais sejam, Würtemberg, 1939; Hannover, 1840; Braunschweig, 1840; Turingia, 1848-1849; Hessen, 1841; Sachsen, 1845; Toscana, 1853; Itália, 1889; Uruguai, 1889; Brasil, 1890, dentre outros.

Assim, importante perceber o contexto histórico que serve como cenário para os primeiros ensaios da criação do instituto. A busca pela proporcionalidade das penas aparece como objetivo da aplicação da teoria do crime continuado, ainda que o direito penal da época não conhecesse princípios que somente séculos depois seriam cristalizados em ordenamentos jurídicos modernos, de modo que atualmente nos parecem triviais.

3. Crime continuado no Brasil

Nos termos dos ensinamentos de Sznick (1994, p. 52), nosso Código Criminal de 1830 não trouxe o crime continuado em seu bojo. Pelo contrário, a referida legislação sofreu influência das Ordenações Filipinas, a qual trazia em Título 60, §3º de seu famoso Livro V, a previsão da pena de morte aplicada ao terceiro furto.

Contudo, em 1890 o Código Criminal trouxe consigo não só a figura do crime continuado, mas também positivou o concurso material e concurso formal. O artigo 66, §2º foi assim redigido:

Quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, cometidos em tempo e lugar diferentes, contra a mesma ou diversas pessoas, impor-se-lhe-à no grau máximo a pena de um só dos crimes, com o aumento da sexta parte. §3º Quando o criminoso pelo mesmo fato, e com uma só intenção, tiver cometido mais de um crime, impor-se-lhe-à a pena mais grave no grau máximo. (BRASIL, 1890)

A imprecisão do legislador foi alvo de críticas pelos especialistas e pela jurisprudência da época. Entretanto, apesar das imperfeições, é preciso admitir que a incorporação da ficção jurídica pela primeira vez na legislação pátria foi importante para desenvolvimento do instituto.

O descontentamento com o tratamento do Código de 1890 para com o instituto inspirou Galdino Siqueira a propor nova redação para o crime continuado no Projeto de Código Penal de 1913. O artigo 47 do projeto trazia um requisito ainda desconhecido ao modelo brasileiro, a chamada "resolução única", que equivale ao requisito do elemento subjetivo (SZNICK, 1994, p. 53).

No entanto, somente em 1923, através do Decreto-Lei 4.780, houve a alteração do §2º do artigo 66 do Código Criminal. A nova redação foi assim positivada:

Quando o criminoso tiver de ser punido por dous ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só resolução contra a mesma ou diversa pessoa, embora commettidos em tempos differentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes, mas com o augmento da sexta parte. Parte processual (BRASIL, 1923).

Ensina Fayet Júnior (2016, p. 58 apud COSTA JÚNIOR, 2007, p. 234 apud DOTTI, 1969, p. 176) que a partir da mudança normativa, o legislador fixou os seguintes requisitos para configuração do crime continuado: (i) pluralidade de ações; (ii) unidade de resolução; (iii) unidade de lei violada. Dentre os requisitos expostos, o que merece mais destaque é a *unidade de resolução*, pois constituiu o elemento subjetivo como requisito para aplicação do benefício (conforme Projeto de Galdino Siqueira). Do mesmo modo, o lugar do crime não era mais considerado elemento importante para reconhecimento da continuidade delitiva.

Ato contínuo, em 1932 o Governo Provisório adotou uma consolidação de Leis Penais formulada por Vicente Piragibe. Não houve qualquer inovação no instituto pois a redação foi repetida da legislação anterior.

Por sua vez, o Código Penal de 1940 trouxe inovações importantes que instigaram a discussão doutrinária acerca do delito continuado. Em seu artigo 51, §2º, o instituto era definido da seguinte maneira:

Art. 51. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

[...]

§ 2º 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, impõe-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais graves, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (BRASIL, 1940).

Imperioso notar que o legislador escolheu adotar uma das teorias dominantes acerca da estrutura da ficção jurídica. O parágrafo segundo não elenca o elemento subjetivo como requisito do crime continuado, ao contrário do Código anterior, de modo que foi eleita a **teoria objetiva** como fundamento em detrimento à teoria subjetiva, conforme disposto na exposição de motivos.

A teoria objetiva, em suma, apresenta o crime continuado como alheio ao fator subjetivo. Assim, para que seja aplicada às condutas criminosas a continuidade delitiva, não é necessária a verificação do dolo conjunto. São observados somente critérios puramente objetivos e externos, quais sejam: tempo, lugar e *modus operandi* (FAYET JÚNIOR, 2016, p. 250).

Por sua vez, a teoria subjetiva entende que o nexos causal entre as condutas em eventual continuidade se dá através da unidade de designios, afastando a importância dos elementos objetivos para caracterização do benefício (PIMENTEL, 1969, p. 93).

Embora não tenha vigorado, essencial visitarmos o Código Penal de 1969 (com as alterações da Lei 6.016/73) para a construção do presente trabalho. O tratamento dado ao crime continuado pelo legislador acompanhou o posicionamento de grandes penalistas e positivou o entendimento jurisprudencial dominante à época acerca do atribuído instituto.

No referido código, o legislador optou por manter a teoria objetiva do crime continuado, conforme prescrito em seu artigo 66. Porém, a novidade legislativa se deu no §1º, que fora assim previsto: “§ 1º Não se conhece a continuação quando se trata de crimes que, de qualquer modo, ofendam bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.” (BRASIL, 1969).

A ressalva aos crimes contra a pessoa era defendida por nada menos que Nelson Hungria, Basileu Garcia, Roberto Lyra, Magalhães Noronha e Aníbal Bruno, os quais acompanhavam a doutrina germânica. Outra corrente, liderada por Frederico Marques e Manoel Pedro Pimentel, acompanhou a doutrina italiana e entendia que o crime continuado era compatível com qualquer bem jurídico lesionado (SZNICK, 1994, p. 114).

A disputa entre as duas correntes também foi travada na jurisprudência dos Tribunais. Nas palavras de Valdir Sznick:

Assim, os Tribunais Paulistas, especialmente o de Alçada Criminal, vinham reconhecendo a continuação em bens personalíssimos: (“Rev. Dos Tribunais.”, vols. 327/122, 349/264, 355/354, 409/385, 414/90, 420/84, 431/313 e 436/323). Inobstante, assentaram as Câmaras Criminais Conjuntas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que “não se reconhece a continuidade no estupro, quando se trata de vítimas diferentes. Não ocorre a continuação quando as vítimas são diversas e distintas foram as atuações do réu, não vinculadas uma à outra, nas circunstâncias da motivação, do resultado criminoso pretendido ou no plano da execução material” (“Rev. Dos Tribunais.” Vol. 401/137) (1994, p. 114).

O cabo de guerra instalado entre doutrinadores e entre os Tribunais refletiu também no Supremo Tribunal Federal. A posição do STF foi cristalizada através da súmula 605, com a singela redação reproduzida a seguir: “*Súmula 605: Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida*”.¹

¹ Súmula aprovada na sessão plenária do dia 17/10/1984

Um exemplo da inaplicabilidade do benefício aos crimes contra a vida, segundo a referida súmula da Suprema Corte, é objeto do seguinte julgado da época:

No voto proferido no RECr referido, o eminente Ministro Xavier de Albuquerque sustentou a inadequação do benefício do crime continuado às hipóteses de crime contra a pessoa, nos quais se ofendem bens personalíssimos como a vida, a honra, a liberdade. Esse entendimento tem sido reiteradamente sufragado na Corte, resultando na Súmula 605, que assenta não admitir continuidade delitiva nos crimes contra a vida. (STF - Rev. Crim. Nº 4.733-2-SP- Relator: Min. CARLOS MADEIRA, 13/11/85).

Todavia, apesar do entendimento consolidado no STF ganhar força de súmula, uma reforma legislativa deu nova perspectiva à discussão. Em 1984, por meio da Lei 7.209/84, houve grande reforma do Código Penal. A partir da reforma, o crime continuado passou a ser disciplinado no artigo 71:

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.

A doutrina entende que a reforma divide o crime continuado em “comum”, nos termos do *caput* do artigo 71, e “específico”, tratado no parágrafo único.

Neste ponto, importante foi a redação dada ao parágrafo único do citado artigo, pois nos debruçaremos adiante sobre as consequências jurisprudenciais e doutrinárias resultantes do posicionamento do legislador, que definiu critérios para dosimetria da pena e teceu novas diretrizes acerca da aplicabilidade do benefício do crime continuado aos crimes dolosos contra a vida.

Rege o parágrafo único do artigo 71 do Código Penal:

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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (BRASIL, 1940)

O legislador assume posição contrária à súmula 605 do STF, permitindo, então, a extensão do crime continuado aos crimes violentos contra bens jurídicos personalíssimos. Não há critério claro na exposição de motivos da Lei 7.209/84 que fundamente a escolha pela inserção do parágrafo único do artigo 71. Assim, é possível alcançar a conclusão de que a opção legislativa foi pautada em política criminal.

O novo tratamento legal ao crime continuado forçou a readequação jurisprudencial sobre o tema. A súmula 605 do STF, por óbvio, perdeu sua aplicabilidade ante a nova política criminal.

Seguem as considerações do Ministro Joaquim Barbosa:

Uma vez superada a súmula 605 por via legislativa, esta Corte se viu compelida a aprofundar a interpretação sobre os requisitos para a aplicação da continuidade delitiva, sobretudo em casos mais rumorosos e de especial violência. Verifica-se, assim, que a **própria súmula 605 continha um juízo sobre a gravidade dos crimes contra a vida**. Mas com a entrada em vigor, em 1984, da nova redação do art. 71 do Código Penal, fixou-se no parágrafo único desse dispositivo método próprio de dosimetria nos casos de crime doloso contra a vida. A partir dessa alteração, surgiu então a necessidade de interpretar-se de forma minudente a norma que assegura a aplicação da continuidade delitiva, para verificar-se no caso concreto a eventual presença dos seus requisitos objetivos e subjetivos. Nesse tema de dogmática penal, de interpretação de lei, e que não pode ser confundida com a prevalência de determinada teoria (objetiva, subjetiva ou mista), **criou-se campo propício às perplexidades decorrentes da superação da posição contida na súmula 605**, mas que a essas perplexidades a própria lei propôs-se a minimizar pela disposição contida no parágrafo único do art. 71 do CP: (...).(HC 89.786, rel. min. Joaquim Barbosa, 2ª T, j. 27-3-2007, DJE 32 de 8-6-2007.)

Assim, a discussão jurisprudencial seguiu o novo posicionamento legal, sendo pacífico o entendimento pela aplicabilidade do crime continuado aos crimes violentos contra a vida. No entanto, as disposições inseridas a partir da reforma de 1984 deram espaço a outros debates a respeito do instituto.

4. Aplicação atual e requisitos do crime continuado em nosso sistema jurídico

A transformação do instituto do crime continuado, conforme abordamos, se deu a partir do contexto histórico e social e do sistema penal ao qual se propunha aplicar o benefício. Em nosso ordenamento jurídico, pudemos destacar a disputa de teorias que conceituam o crime continuado na doutrina e jurisprudência pátria. Adiante, importante pontuarmos o entendimento atual acerca do instituto, de modo que possamos nos debruçar sobre temas que ainda causam debate em nosso sistema penal.

A partir da reforma do Código Penal em 1984, extraímos da **legislação** os seguintes requisitos para configuração do crime continuado: (a) pluralidade de condutas; (ii) crimes da mesma espécie²; (iii) mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, além de outras circunstâncias que se assemelhem.

O STF consolidou jurisprudência para fixar em trinta dias o limite de lapso temporal entre os crimes para admissibilidade de crime continuado³. Quanto ao requisito do lugar, Cléber Masson (2019, p. 641) destaca que a jurisprudência delimita que os crimes podem ocorrer na mesma cidade, em cidades vizinhas ou próximas.

Já o requisito de modo de execução, segundo Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 777), citado por Rogério Sanchez Cunha (2019, p. 571), exige que o *modus operandi* apenas se assemelhem, não sendo necessária a exata identidade das condutas.

² De acordo com a obra de Rogério Sanches Cunha (2019, p. 570), os Tribunais Superiores têm entendimento pacífico no sentido de que crimes da mesma espécie são compreendidos no mesmo tipo penal, e protegem o mesmo bem jurídico. Entretanto, há precedente do Superior Tribunal de Justiça admitindo continuidade delitiva entre os crimes descritos em tipos distintos, mas que possuem visível relação, quais sejam, apropriação indébita previdenciária e sonegação previdenciária (STJ – Sexta Turma – Resp 1212911 – Rel. Min Sebastião Reis Júnior, DJe 09/04/2012);

³ Nesse sentido, manifestou-se o STJ: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO MAJORADO. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MAJORANTES DO ROUBO. FRAÇÃO SUPERIOR A 1/3. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO CRIME CONTINUADO. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS, **HABITUALIDADE DELITIVA E LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A 30 DIAS**. REGIME FECHADO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO (Quinta Turma - HC 348685/SP – Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. DJe 24/05/2016)

Por fim, a lei se refere à outras circunstâncias que possam se assemelhar. Nas palavras de Ney Fayet Júnior (2016, p. 312) “Trata-se, portanto, de outros requisitos de oportunidade e de situação ensejadora do delito, que podem influir na avaliação da existência da continuidade.” Entretanto, o autor esclarece que a inserção do requisito genérico deu margem ao ressurgimento do debate acerca do elemento subjetivo como elemento estruturante do instituto.

Como bem discutimos, o legislador adotou a teoria objetiva pura, excluindo o elemento subjetivo do rol de requisitos do crime continuado. Apesar da clareza do legislador, nos termos da exposição de motivos do código penal (BRASIL, 1940), os tribunais superiores traçaram um caminho diferente quando provocados a julgar processos que envolvem o crime continuado.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, abaixo colacionada, demonstra que o entendimento da Corte **contraria** a teoria objetiva pura, eleita pelo legislador:

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL E ESTUPRO. ARTS. 217-A E 213, AMBOS C/C O 226, II, TODOS DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA. CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. LAPSO TEMPORAL. PERÍODO SUPERIOR A 2 ANOS. 1. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça** compreende que, 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)**, nos termos do art. 71 do Código Penal. Exige-se, ainda, que os delitos sejam da mesma espécie. [...] 3. Em relação ao critério temporal, a jurisprudência deste Tribunal Superior utiliza como parâmetro o interregno de 30 dias. Importante salientar que esse intervalo de tempo serve tão somente como parâmetro, devendo ser tomado por base pelo magistrado sentenciante diante das peculiaridades do caso concreto. 4. Tendo em conta que o lapso temporal entre os fatos é de ao menos 2 anos e 5 meses, imperioso afastar a continuidade delitiva, dado o largo lapso temporal decorrido entre os fatos. 5. O art. 234-B do Código Penal determina o segredo de justiça nos processos de apuração dos crimes contra a dignidade sexual, não fazendo distinção entre vítima e acusado. Deve o processo correr integralmente em segredo de justiça, preservando-se a intimidade do acusado em reforço à intimidade da própria vítima. 6. Recurso especial provido para afastar a continuidade delitiva, restabelecendo a condenação nos termos da sentença. (STJ - REsp: 1.767.902 RJ 2018/0246710-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019)

Assevera Rogerio Sanches Cunha (2019, p. 572) que a posição adotada pelo STJ vai de encontro com a opinião de grandes juristas, tais quais Juan Carlos Ferré Olivé, Miguel Ángel Núñez Paz, Willian Terra de Oliveira e Alexis Couto de Brito.

As críticas ao posicionamento dos tribunais superiores, contudo, são fundamentadas pela patente ausência de previsão legal de requisito subjetivo para reconhecimento do crime continuado. Assim, a aplicação de parâmetros alheios ao texto da lei violaria o princípio da legalidade, nos termos dos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Antônio Molina (2007, p. 385).

A divergência em relação aos elementos estruturantes do crime continuado, como pudemos observar, não é recente. Ao longo do desenvolvimento penal brasileiro, as interpretações acerca da necessidade da verificação do elemento subjetivo comum capaz de legitimar a continuidade delitiva dividiu os pensadores do direito.

Importante pontuar que há Projeto de Lei nº 3.473/00 (BRASIL, 2000) em trâmite no Congresso Nacional que altera o artigo 71 do Código Penal. O intuito do projeto é findar as discussões acerca do elemento subjetivo e o crime continuado, de modo que o texto de lei afaste literalmente a necessidade da unidade de desígnios.

Em que pese a riqueza do debate travado em relação aos requisitos, outro elemento do crime continuado nos chama atenção e será objeto de análise adiante, qual seja, a dosimetria e aplicação da pena quando há a reunião dos crimes através do benefício, sobretudo quando se dá enfoque ao crime continuado específico.

5. A dosimetria da pena quando reconhecida a continuidade delitiva

A partir da análise do artigo 71 do Código Penal, o reconhecimento do crime continuado reflete na reunião das condutas criminosas de modo que as penas de acumulem de maneira peculiar às outras espécies de concurso de crimes.

O concurso material de crimes impõe o cúmulo material das penas, nos termos do artigo 69 do Código Penal. A pena de cada conduta criminosa é calculada conforme o sistema trifásico e, ao final, as penas são somadas. Rogério Sanches Cunha (2019, p. 564) destaca que o cúmulo material também será aplicado quando verificado o concurso formal impróprio (artigo 70, *caput*, 2ª parte do Código Penal) e no concurso de penas de multa (artigo 72 do Código Penal).

No concurso formal próprio de crimes, a primeira parte do *caput* do artigo 70 estipula que será aplicada a pena mais grave dentre as cabíveis, majoradas de um sexto até a metade. O método adotado nessa modalidade de concurso de crimes é denominado exasperação e é aproveitado na dosimetria do crime continuado, nosso campo de interesse.

Conforme abordado anteriormente, a doutrina classificou o crime continuado em *comum* e *específico*. O *caput* do artigo 71 estipula, quando verificados os requisitos, a exasperação das penas (BRASIL, 1940): “*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*”. Assim, o cálculo da pena pode ser descrito na seguinte fórmula:

Pena mais grave (se distintas) ou *qualquer uma das penas* (se idênticas) + eventuais agravantes ou atenuantes + aumento de 1/6 a 2/3 da pena = **pena definitiva**

Ao crime continuado específico, nos termos do artigo 71, §1º, do Código Penal (BRASIL, 1940), foi previsto um limite mais elástico: “*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*”. A justificativa para o tratamento mais rigoroso não é difícil de notar, vez que os bens jurídicos aqui tutelados são mais valiosos. Portanto, a forma gráfica do cálculo da pena é a seguir demonstrada:

Pena mais grave (se distintas) ou *qualquer uma das penas* (se idênticas) + eventuais agravantes ou atenuantes + aumento de 1/6 até o triplo = **pena definitiva**

O dispositivo legal ainda determina a observância do concurso material benéfico e o limite de cumprimento de pena.

Diante da sistemática da exasperação da pena adotada pelo legislador, surge o questionamento acerca do critério de aplicação da majoração da pena base em relação à quantidade de crimes praticados. Sabemos que para aplicação da ficção do crime continuado é mandatório a pluralidade de condutas, mas de que modo o julgador escolhe os parâmetros para

materializar o *quantum* de majoração de pena a partir da quantidade de crimes tomados como um só?

O questionamento foi submetido aos tribunais superiores e o entendimento firmado pode ser extraído de suas consolidadas decisões. Nesse sentido, trazemos o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ANTIGA ARTIGO 218 DO CP. ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI N. 12.015/2009. ADOLESCENTES MAIORES DE 14 E MENORES DE 18 ANOS. DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA. DOSIMETRIA DE PENA. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. QUANTIDADE DE CRIMES PRATICADOS. PROPORCIONALIDADE.

1. Após a edição da Lei n. 12.015/2009, a conduta de corrupção sexual de maiores de 14 anos e menores de 18 anos deixou de ser considerada típica, devendo ser reconhecida a abolitio criminis.

2. **O número de infrações praticadas deve ser levado em consideração na fixação da fração correspondente ao aumento de pena decorrente da continuidade delitiva.**

3. Recurso especial parcialmente provido, tão somente para estabelecer em 1/2 a fração de aumento de pena em relação à continuidade delitiva, tornando a reprimenda do recorrido definitiva em 9 anos de reclusão.

[...]

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o número de infrações praticadas deve ser levado em consideração na fixação da fração correspondente ao aumento de pena decorrente da continuidade delitiva. Assim, ficou decidido que "*em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de 6 (seis) infrações cometidas por um dos réus, por lógica da operação dosimétrica, deve-se considerar o aumento de 1/2 da pena, sendo desproporcional a majoração em 2/3.*" (HC n. 214.485/MS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6 T., DJe 09/12/2013) (grifo próprio). In casu, o Juiz sentenciante reconheceu a prática de atos libidinosos com 3 vítimas distintas, em concurso material. Como repetiu a conduta por diversas vezes, entendeu configurado o crime continuado em relação a cada uma delas.

Dessa forma, considera-se, ao menos, a prática de 6 delitos, a ensejar o aumento da pena em 1/2 pela aplicação da regra contida no artigo 71, caput, do Código Penal. (STJ – Resp 981.837 - SP (2007/0200714-4), Relator : Ministro Rogerio Schietti Cruz, SEXTA TURMA, DJe 05/05/2014) (grifamos).

O entendimento utilizado pelo STJ é pacificado e estabelece o critério matemático para majoração da pena quando aplicado o crime continuado. O parâmetro é objetivo, de modo que a quantidade de crimes verificados equivale à fração de majoração de pena estabelecida na lei.

A decisão acima colacionada é didática e nos permite sistematizar a quantidade de crimes relacionados pela continuidade e a majoração da pena equivalente:

Quantidade de crimes	Fração de aumento de pena
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 (ou mais)	2/3

Tabela 1 - crimes x majoração

Da mesma forma, a partir do parâmetro delineado pelo STJ, a sistematização pode ser realizada quanto ao crime continuado específico:

“O juiz está autorizado a aumentar a pena de um dos delitos até o triplo ou optar pela cumulatividade das penas do concurso material, ex vi do único do art. 71, da Lei Penal, já que este preceptivo legal faz remissão ao único do art. 70, que por sua vez adota como limite a regra do art. 69, do mesmo diploma legal” (HC n. 44.498/RJ, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/03/2006)”

Estabelecido o critério matemático, cabem algumas considerações sobre o texto legal e a sistemática adotada pelos tribunais superiores. Importante destacar que, nos termos do modelo brasileiro de crime continuado e da interpretação jurisprudencial, quando a situação fática apresenta mais de sete crimes em continuidade, algumas das condutas se tornam irrelevantes para a atribuição da pena.

Discutiremos adiante os desdobramentos da sistemática adotada, com enfoque na problemática da possível irrelevância de crimes violentos na dosimetria da pena quando o apenado for beneficiado com o reconhecimento da continuidade delitiva.

6. Críticas ao sistema adotado pelo Superior Tribunal de Justiça

Ao longo do presente trabalho, apresentamos a origem e o desenvolvimento do conceito de crime continuado e as profundas discussões que acompanham o conturbado instituto.

Com base na jurisprudência dos tribunais superiores, foi possível traçar a posição atual brasileira no tocante aos critérios adotados para o cálculo da pena definitiva. A partir do exposto, passamos a analisar criticamente o sistema firmado pelo STJ de operação dosimétrica puramente matemática.

A exasperação da pena com limite de aumento em dois terços (para o crime continuado comum) cria um dilema gravíssimo, ao nosso ver, quando tal situação é abordada sob a perspectiva dos princípios gerais do direito, função do direito penal, legislação internacional e, não mesmo importante, impacto social ante a reiteração criminosa.

Resgatando as lições dos práticos medievais, aos quais são atribuídas as primeiras manifestações do instituto, a essência da reunião das condutas em continuidade **era evitar a desproporcionalidade da pena**. Como bem vimos, o contexto da época era anterior ao período humanitário do direito penal, de modo que a pena capital era a reprimenda aplicada ao furto reiterado pela terceira vez.

A teoria da continuidade delitiva, em sua origem, buscou vincular as condutas criminosas através de critérios objetivos (para alguns, também subjetivos), de maneira que a proporcionalidade fosse observada no momento da cominação da pena. **Logo, o âmago do instituto é inaugurar a proporcionalidade da pena e não beneficiar injustamente o criminoso, tal qual podemos observar no entendimento atual dos nossos tribunais.**

Em sua obra, Cléber Masson aponta os princípios gerais da teoria da pena e descreve com exatidão o princípio da proporcionalidade, verificados implicitamente⁴ da Constituição Federal de 1988:

⁴ Segundo Rogério Sanches Cunha (2019, p. 117), o princípio da proporcionalidade da pena é desdobramento lógico do mandamento constitucional da individualização da pena.

A resposta penal deve ser justa e suficiente para cumprir o papel de reprovação do ilícito, bem como para prevenir novas infrações penais. Concretiza-se na atividade legislativa, funcionando como barreira ao legislador, e também ao magistrado, orientando-o na dosimetria da pena. De fato, tanto na cominação como na aplicação da pena deve existir correspondência entre o ilícito cometido e o grau de sanção penal imposta, levando-se ainda em conta o aspecto subjetivo do condenado (CF, art. 5º, XLVI) (MASSON, 2019, p. 450).

A proporcionalidade deveria acompanhar toda a reprimenda penal, desde a cominação até a execução. Contudo, não é o que ocorre quando aplicado o sistema previsto no artigo 71 do Código Penal, com critérios moldados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como bem vimos, a legislação limita o aumento de pena a dois terços quando reconhecida a continuidade comum. Quando utilizado critério matemático do STJ para fixação do *quantum* de majoração, temos que, a partir de sete condutas criminosas verificadas, atinge-se o limite legal.

Numa tentativa de materializar a problemática, tomemos o exemplo a seguir: observados **sete** crimes unificados pela continuidade, em sentença condenatória, o juiz fixa a pena correspondente “a”, aplicando a majoração, conforme a jurisprudência, de dois terços (sete crime = dois terços de aumento, *vide* tabela 1).

Se alterarmos a quantidade de crimes para **dez**, utilizando a mesma situação fática, o juiz aplicaria exatamente a mesma pena, utilizando o mesmo critério para o aumento da pena (dois terços). Eventualmente, poderíamos exagerar e dar elasticidade ao exemplo: **se ocorressem cem, ao invés de sete (ou dez) crimes, o aumento da pena seria exatamente o mesmo.**

A distorção do instituto do crime continuado claramente cria um contexto de completa irrelevância de condutas criminosas quando superada a barreira legal e jurisprudencial de exasperação da pena e, se interpretarmos com atenção, transmite uma sonora mensagem de que a pluralidade criminosa é protegida pelo ordenamento jurídico.

Isto pois, considerando a inquietação acima exposta, **o posicionamento brasileiro beneficia o agente que comete mais crimes**, ao passo que **ignora** as condutas que ultrapassam a previsão legislativa e jurisprudencial.

A inquietação ganha proporções ainda maiores quando em voga o crime continuado específico, eis que escancara a possibilidade irrelevância de crimes que afrontam bens jurídicos personalíssimos.

Nesse sentido, o tema foi abordado de maneira brilhante em sentença prolatada nos autos do processo 0002023-42.2015.8.26.0052, que tramitou perante o 5º Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo (TJSP). No caso submetido ao Conselho de Sentença, o Ministério Público ofereceu denúncia contra Rodney Dias dos Santos. Depreende-se da inicial acusatória que Rodney seria um dos autores de uma “chacina” ocorrida no dia 18 de abril de 2015 nas dependências da sede de torcida organizada do Sport Club Corinthians Paulista, batizada de “Pavilhão Nove”.

Segundo o Ministério Público, o acusado teria adentrado as dependências da torcida organizada na companhia de outros dois homens, de modo que rendeu e executou **oito** membros da torcida, mediante disparos de arma de fogo efetuados contra a nuca de cada uma das vítimas.

Após a instrução penal, Rodney foi pronunciado como incurso no artigo 121, §2º, incisos I e IV, combinado com o artigo 29 (em relação a uma das vítimas) e no artigo 121, §2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 29 (em relação aos demais ofendidos), todos do código penal.

O Conselho de Sentença, por sua vez, afirmou a materialidade, reconheceu a participação, não absolveu o acusado e reconheceu as qualificadoras imputadas em todas as oito séries de quesitos. Assim, ante o veredicto, a Ilustre Magistrada Dra. Giovanna Christina Colares teceu os seguintes fundamentos da sentença, sobretudo, sobre a problemática da cominação da pena nos moldes da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Não se trata de aplicar-se um rigor excessivo contra o agente, mas de fixar-se a pena necessária e suficiente à reprovação de cada um dos delitos capitais, com sensibilidade em relação ao sofrimento imposto às oito vítimas e à necessidade de valorizar-se cada uma das vidas perdidas. O reconhecimento do crime continuado ensejaria indevida diminuição de punição dos hediondos delitos de homicídio que sucederam ao primeiro, na medida em que o primitivo delito seria apenado com a sanção cominada no preceito secundário do artigo 121, §2º, do Código Penal, sendo os demais apenados somente com uma fração de pena (1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para

quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete). No limite, dada a atual posição do Superior Tribunal de Justiça sobre a forma de aplicação da fração prevista no artigo 71 do Código Penal, o último homicídio restaria sem punição específica, já que a fração da continuidade delitiva teria alcançado o máximo a partir de sétimo delito, ou seja, **uma vida humana não teria valoração jurídica**. Por outro lado, maior perplexidade geraria a aplicação do limite máximo de aumento, qual seja, o triplo, previsto pelo parágrafo único do artigo 71 do Código Penal.

Se tal consequência é menos importante ou aceitável quando da prática de crimes patrimoniais ou que atingem bens jurídicos de menor valor, assim não se verifica quando o bem jurídico tutelado é a vida (artigo 5º, caput, da Constituição da República).

A vingar a tese de crime continuado, não se vislumbrará mais em nosso sistema penal a incidência da regra do artigo 69, que seria substituída, invariavelmente, para todas as hipóteses em que o agente perpetrasse dois ou mais homicídios em um mesmo evento. A benesse do artigo 71 do Código Penal só é aplicável em caráter excepcional, para casos peculiares, nos quais se evidencie que os crimes subsequentes representam efetivamente um mero desdobramento do ilícito mais gravoso.

Deve-se rememorar que as normas constitucionais não são mera alegoria retórica ou temas para serem discutidos nas faculdades de Direito. Muito pelo contrário, são normas jurídicas que devem ser aplicadas de maneira vertical em todos os atos do Estado brasileiro, inclusive nas decisões do Poder Judiciário.

No caso dos autos, a pessoa humana deve servir como norte hermenêutico à filtragem constitucional das normas relativas ao concurso de crimes, devendo afastar-se a incidência da regra sobre continuidade delitiva (artigo 71 do Código Penal) quando o delito praticado for o de homicídio, atraindo, por consequência, a regra sobre concurso material de delitos (artigo 69 do Código Penal). Sendo a pessoa humana o núcleo irradiador de direitos e deveres do sistema constitucional brasileiro (art. 1º, inciso III, da Constituição da República), é irrazoável o raciocínio que conclui ter ocorrido apenas um crime de homicídio quando o agente atinge mais de uma vida humana.” (Processo 0002023-42.2015.8.26.0052, V Tribunal do Júri da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Data do julgamento: 28/05/2020)

A sentença acima reproduzida expõe a gravidade da adoção puramente matemática da quantidade de crimes na exasperação da pena. Não é possível admitir a possível irrelevância da violência contra o bem jurídico mais valioso, tutelado não só pela legislação ordinária e texto constitucional, mas também em normas internacionais tais quais a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) e nas disposições do Pacto de San José da Costa Rica (1969)⁵.

⁵ Promulgado pelo Decreto Nº 678 (BRASIL, 1992), o Pacto de San José da Costa Rica tem a seguinte redação:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente .

A incompatibilidade da problemática apresentada com a garantia fundamental à vida é evidente, ao passo que na eventual configuração da continuidade delitiva em crimes contra a vida, (observada a multiplicidade de vítimas peculiar às chacinas e atentados) a aplicação do parágrafo único do artigo 71 do Código Penal permite que a cominação da pena seja extremamente desproporcional à gravidade das condutas, além de desconsiderar a vida das vítimas que, conforme entendimento do STJ, excedem o limite legal.

As restrições ao modelo atual de crime continuado também se justificam sob a perspectiva da função do Direito Penal. Nas palavras de Smanio e Fabretti (2016):

“O Direito Penal não pode ser outra coisa senão um instrumento à disposição do Estado para realização de suas funções constitucionais, **como por exemplo assegurar o direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança, à dignidade etc., como faz quando criminaliza o homicídio, o sequestro, o racismo e outras condutas prejudiciais à sociedade.”

De qual maneira a função do direito penal estaria realizada, quando o ordenamento jurídico nacional possibilita que a violação de seu mais caro bem jurídico seja reduzido à insignificância?

A preocupação com a possibilidade de o crime continuado beneficiar injustamente os autores de crimes bárbaros, sobretudo integrantes de grupos de extermínio, foi objeto de estudo de Elvan Loureiro de Barros Correia:

Não pode o Estado conviver com grupos armados praticando morticínios em massa a revelar a sua impotência em detê-los na sua marcha criminoso. Estes agentes não devem ser beneficiados por uma atenuação à regra geral da cumulação das penas, por serem justamente os que mais necessitam do rigor da lei penal para que se possa manter a ordem social (CORREIA, 2014).

Nesse contexto, o referido jurista assevera que um projeto de lei⁶ em trâmite no congresso nacional pretende amenizar a problemática, impedindo o reconhecimento de continuidade delitiva em se tratando de crimes contra a vida.

Portanto, entendemos que a solução adequada para resolução da controvérsia passa, necessariamente, pelo Poder Legislativo. A reforma da previsão legal do crime continuado deve revisitar a essência do instituto, de sorte que a proporcionalidade da pena não possa ser afastada, tampouco a função do direito penal esvaziada.

Não obstante o argumento do limite máximo de cumprimento de pena, fixado em quarenta anos pelo artigo 75 do Código Penal (recentemente alterado pela lei 13.964/2019), ao qual faz remissão o próprio artigo 71, parágrafo único, do CP, sabemos que a cominação da pena não está limitada.

Da mesma forma, crucial destacar que a dosagem da pena nos termos da legislação e jurisprudência atual, ao possibilitar redução injusta na pena, implica diretamente em eventuais benefícios conferidos na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/94).

Diante do exposto, importante destacar que nosso entendimento não é favorável à extinção do benefício do crime continuado, vez que o instituto é importante instrumento de controle de penas exorbitantes e desproporcionais. Nossas considerações pretendem alinhar a ficção da continuidade delitiva aos fundamentos do nosso direito penal, de maneira a evitar seu desvirtuamento e aplicação em benefício de criminosos profissionais e costumeiros.

7. Conclusão

O crime continuado é instituto controverso do direito penal que se desenvolveu em um contexto medieval, período de predominância da desproporcionalidade das penas, sobretudo quando verificada reiteração criminosa de delitos patrimoniais. No intuito de evitar a pena capital aplicada ao terceiro furto, a doutrina majoritária indica que práticos italianos teceram as primeiras manifestações que fundamentam a teoria do crime continuado, ao observarem elementos de ligação entre os crimes.

⁶ Projeto de Lei do Senado n.º 84, de 2004.

O instituto se desenvolveu ao longo do tempo e foi incorporado à legislação de países europeus. No ordenamento jurídico brasileiro, o crime continuado aparece pela primeira vez no Código Criminal de 1890. A doutrina nacional nunca foi uníssona em relação a muitos elementos do crime continuado, de maneira que a evolução da ficção jurídica em nosso ordenamento jurídico, por certas vezes, acompanhou a interpretação de parte dos estudiosos do tema.

A reforma do Código Penal, datada de 1984, trouxe a redação atual do crime continuado no artigo 71 e seu parágrafo único. Em que pese o legislador determinar apenas requisitos objetivos para configuração da continuidade delitiva (pluralidade de condutas, mesma espécie de crime, tempo, lugar, modo de execução), importantes doutrinadores elencam entre o rol de elementos estruturantes o vínculo subjetivo entre as condutas.

Nesse sentido, a jurisprudência dos tribunais superiores se posicionaram favoravelmente à necessidade da verificação do elemento subjetivo para reconhecimento do benefício do crime continuado. O posicionamento é alvo de críticas, considerando a ausência de previsão legal do citado requisito.

Contudo, controvérsia maior se dá como consequência da interpretação da previsão de cominação da pena dada pelo artigo 71 e parágrafo único do Código Penal, segundo o Superior Tribunal de Justiça. O critério da exasperação e o limite legal foram submetidos à análise do STJ, o qual tem entendimento consolidado no sentido da adoção do critério matemático na majoração da pena.

A partir da jurisprudência do STJ, podemos sistematizar o critério da majoração da pena com o número de crimes vinculados pela continuidade. O presente trabalho apresenta a incompatibilidade do critério legal e jurisprudencial com a função do direito penal, princípios da teoria da pena e com a perspectiva de garantias fundamentais esculpidos em nossa Constituição e legislação internacional.

A incompatibilidade é evidente quando observamos que o atual sistema possibilita que criminosos violentos sejam beneficiados desproporcionalmente quando reconhecida a

continuidade delitiva, de maneira que a pluralidade de condutas se mostra vantajosa ao transgressor.

Foi possível concluir que, ultrapassado o limite de exasperação e o número de crimes correspondente, as condutas criminosas se tornam irrelevantes para cominação da pena. A possível irrelevância de condutas criminosas tem importância agravada quando observamos o crime continuado específico, o qual atinge delitos violentos a bens jurídicos personalíssimos.

A essência do instituto não pode ser desvirtuada e utilizada em benefício de criminosos profissionais. A proporcionalidade da pena é violada ao passo que o ordenamento jurídico permite que o criminoso reiterado seja beneficiado por cometer mais crimes. Portanto, imperioso a reformulação legislativa do crime continuado, de modo a alinhar sua aplicação com o texto constitucional, princípios e função do direito penal e teoria geral da pena.

8. Referências

ANTOLISEI, F.; CONTI, L. **Istituzioni di diritto penale**. Milano: Giuffrè, 2000.

BITTENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. **PLANALTO**, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%20847%2C%20DE%2011%20DE%20OUTUBRO%20DE%201890.&text=Promulga%20o%20Codigo%20Penal.&text=Art.,que%20n%C3%A3o%20estejam%20previamente%20estabelecidas.&text=2%C2%BA%20A>.

Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. Legislação Informatizada - DECRETO Nº 4.780, DE 27 DE DEZEMBRO DE 1923 - Publicação Original. **Câmara dos deputados**, 1923. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4780-27-dezembro-1923-568835-publicacaooriginal-92160-pl.html>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. **Planalto**, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Legislação Informatizada - DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940 - Exposição de Motivos. **Câmara dos deputados**, 1940. Disponível

em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>>. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 1.004, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969. **Planalto**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1004.htm>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. DECRETO No 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. **Planalto**, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 23 set. 2020.

BRASIL. Projetos de Lei e Outras Proposições. **Câmara dos deputados**, 2000. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/resultadoPesquisa?numero=3473&ano=2000&autor=&inteiroTeor=&emtramitacao=Todas&tipoproposicao=%5BPL+-+Projeto+de+Lei%5D&data=01/10/2020&page=false>>. Acesso em: 15 set. 2020.

COELHO, W. M. **Teoria geral do crime. 2ª ed., revista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1998.

CORREIA, E. L. D. B. Da pluralidade de vítimas no crime continuado contra a vida. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 7, p. 115-124, Setembro 2014.

COSTA JÚNIOR, P. J. D. **Código Penal Comentado**. 9ª. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2007.

CUNHA, R. S. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 7. ed, rv., ampl. e atual. ed. Salvador: JusPODIVM, v. Único, 2019.

DOTTI, R. A. Revisão do crime continuado. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 12, 1969.

FABRETTI, H. B.; SMANIO, G. P. **Introdução ao Direito Penal: criminologia, princípios e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2016.

FAYET JÚNIOR, N. **Do crime continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

GOMES, L. F.; MOLINA, A. G.-P. D. **Direito Penal - Parte Geral**. 2ª ed.. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007.

MASSON, C. **Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1 (Arts.1ª a 120)**. São Paulo: Método, 2019.

PIMENTEL, M. P. **Do crime continuado**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

STF. Revisão Criminal nº 4.733-2/SP - Relator Min. CARLOS MADEIRA. DJ 13/11/1985, Publicação: 19/12/1985. **Supremo Tribunal Federal**, 1985. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur34451/false>>. Acesso em: 22 Julho 2020.

STF. HC 89.786, rel. min. Joaquim Barbosa. **Supremo Tribunal Federal**, 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1622>>. Acesso em: 18 jun. 2020.

STJ. HC n. 44.498/RJ, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJ 27/03/2006. **Superior Tribunal de Justiça**, 2006. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 28 set. 2020.

STJ. Resp 981.837 - SP (2007/0200714-4), Relator : Ministro Rogério Schietti Cruz, SEXTA TURMA, DJe 05/05/2014. **Superior Tribunal de Justiça**, 2014. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 23 set. 2020.

STJ. Quinta Turma - HC 348.685/SP – Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 24/05/2016. **Superior Tribunal de Justiça**, 2016. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 12 set. 2020.

STJ. REsp: 1.767.902 RJ 2018/0246710-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019. **Superior Tribunal de Justiça**, 2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 17 set. 2020.

SZNICK, V. **Delito continuado**. São Paulo: Lejus, 1994.

TJSP. Processo 0002320-42.2015.8.26.0052, V Tribunal do Júri, DJE 28/05/2020. **MPSP**, 2019. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Menu_Jurisprudencia/Jurisprudencia_Criminal/Senten%C3%A7a%20-%20Processo%200002320-42.2015.8.26.0052.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2020.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Vinícius Nascimento Lima, aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31604951, Período Noturno, Turma 10U, tendo realizado o TCC com o título: CONTINUIDADE DELITIVA: INTERPRETAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA DOSIMETRIA DA PENA A PARTIR DA LEGISLAÇÃO NACIONAL E DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, sob a orientação do(a) professor(a): Dra. Thamara Duarte Cunha Medeiros, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 13 de novembro de 2020.



Assinatura do discente