

DO AVANÇO INTERPRETATIVO NA COMPREENSÃO DO INSTITUTO DO DELITO CONTINUADO: DA NECESSIDADE DE DEMARCAÇÃO FÁTICO-TEMPORAL PRECISA DOS CRIMES COMPONENTES DA CADEIA CONTINUADA

THE INTERPRETATIVE IMPROVEMENT ON THE DELITIVE CONTINUANCE INSTITUTE COMPREHENSION: THE NECESSITY OF A PRECISELY FACTUAL AND TEMPORAL DEMARCATION ABOUT THE CRIMES COMPONENTS OF THE CONTINUED CHAIN

Ney Fayet Júnior¹

Sumário: Introdução. 1. Noções elementares do crime continuado. 2. Da natureza jurídica do instituto do crime continuado. 3. Dos elementos estruturais do crime continuado. 3.1 Da multiplicidade de condutas (ações ou omissões) típicas. 3.2 Dos crimes da mesma espécie. 3.3 Das demais condições de tempo, lugar, modo e outras assemelhadas. 3.3.1 Da conexão temporal. 3.3.2 Da semelhança de lugar. 3.3.3 Da conexão de modo. 3.3.4 Das demais condições marcadas pela semelhança. 3.4 Observações gerais. 4. Da discussão que se coloca. 5. Do caso concreto. Conclusões. Referências.

Resumo: O presente ensaio quer por em evidência a necessidade de a proposta acusatória ou de a decisão condenatória se estruturar, ao reconhecer a ocorrência da continuidade delitiva, de molde a propiciar a defesa efetiva e abrangente do acusado – transmitindo-se-lhe os reais contornos fático-temporais da imputação criminal – ou, no caso da sentença condenatória, de modo a irradiar ao condenado as bases do convencimento decisório – concedendo-se-lhe os precisos referenciais fático-temporais sobre os quais se assentou o quantum de majoração punitiva representado pela regra do crime continuado. Trata-se, em última análise, do debate sobre a maneira pela qual os operadores jurídico-criminais vêm resolvendo a situação concreta em que, na denúncia (ou na sentença) criminal, se lançava mão desta figura legal benéfica sem, entretanto, indicar, com precisão, a ocorrência fático-temporal dos diversos fatos (necessários à configuração desse modelo técnico-legal), limitando-se a uma descrição genérica e vaga que impede a contraprova e, com isso, em um caso, o pleno exercício do direito de defesa; ou, em outro, a perfeita compreensão dos elementos de convencimento que implicaram o aumento de pena.

Palavras-chave: Denúncia. Sentença. Crime continuado. Elementos

Abstract: The following research intends to place in evidence the necessity of the accusatory proposal or the condemnatory verdict structure itself, when verify the occurrence of the delitive continuance, to propitiate the effective and ample defense of the defendant – transmitting the real factual and temporal profiles of the criminal accusation – or, in condemnatory verdict case, to irradiate by the criminal the decisive convincing bases – conferring the exacts referentials factual and temporal over which have placed the punishment increase amount, represented by the delitive continuance rule. At the last analysis, it is the debate about the way criminal-juridical operators are resolving the concrete situation that which, on the criminal indictment (or on

¹ Advogado, doutor e professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS; conferencista e professor de Direito Penal (graduação e especialização), além de ser tradutor de várias obras de Criminologia. Membro da Associação Internacional de Direito Penal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

the delictive verdict), in spite of taking the advantage of this beneficial legal rule, do not indicate precisely the factual and temporal occurrence of the various facts (indispensables to configurate this legal-technic model), restricting themselves to a generic and vague description, that obstruct the counterevidence, and, consequently, in one case, the complete exercise of the defender right; or, in another case, the perfect comprehension about the decisive convincing elements that increased the punishment.

Keywords: Indictment. Verdict. Delictive continuance. Components.

Introdução

O presente ensaio quer pôr em evidência a necessidade de a proposta acusatória ou de a decisão condenatória se estruturarem, ao se reconhecer a ocorrência da continuidade delitiva, de forma a propiciar a defesa efetiva e abrangente do acusado – transmitindo-se-lhe os reais contornos fático-temporais da imputação criminal – ou, no caso da sentença condenatória, de modo a irradiar ao condenado as bases do convencimento decisório – concedendo-se-lhe os precisos referenciais fático-temporais sobre os quais se assentou o *quantum* de majoração punitiva representado pela regra do crime continuado.

Trata-se, em última análise, do debate sobre a maneira pela qual os operadores jurídico-criminais vêm resolvendo a situação concreta em que, na denúncia (ou na sentença) criminal, se lançava mão dessa figura legal benéfica sem, entretanto, indicar, com precisão, a ocorrência fático-temporal dos diversos fatos (necessários à configuração desse modelo técnico-legal), limitando-se a uma descrição genérica e vaga que impede a contraprova e, com isso, em um caso, o pleno exercício do direito de defesa; ou, em outro, a perfeita compreensão dos elementos de convencimento que implicaram o aumento de pena.

De modo antecedente, contudo, devem ser lançadas algumas considerações gerais sobre o crime continuado a fim de se contextualizar a discussão dogmática que se produzirá em relação ao ponto específico antes indicado; principalmente porque esse instituto encerra extraordinárias polêmicas doutrinárias que se projetam para a jurisprudência – a qual, de sua parte, modifica-se dinamicamente – surgindo, assim, novas interpretações aplicadas à solução de lides penais que envolvem a figura da continuação delitiva. Sem dúvida alguma, esse instituto criminal alberga, de forma expressiva, um espaço muito grande de influência na criação jurisprudencial, haja vista o fato de a doutrina do delito continuado se construir de várias locuções (pressupostos configuradores) legais que devem, isoladamente, ser interpretadas e explicadas.

1 Noções elementares do crime continuado

Em termos conceituais, anota-se que o delito continuado é, essencialmente, uma fantasia jurídica – portanto, sem existência real – que permite a unificação de diferentes condutas criminosas em um só crime, buscando resolver, de forma humanitária e baseada em princípios de Política Criminal, o problema de apenamentos excessivos (evitando-se, pois, a aplicação do princípio do cúmulo material) nas situações concretas em que o agente tenha, em sequência, realizado vários crimes objetivamente assemelhados. De quebra, visa a conceder efetividade ao princípio constitucional da proporcionalidade das penas², segundo o qual a sanção fixada deve ser medida de acordo com a gravidade do delito, isto é, a resposta estatal ao crime deve ser proporcional à lesão (ou à ameaça de lesão) gerada ao bem protegido pelo tipo penal.

É, portanto, a situação na qual o sujeito, mediante duas ou mais condutas, comete (nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, modo e ainda outras assemelhadas) dois ou mais crimes da mesma espécie, de forma tal que o(s) subsequentes(s) deva(m) ser considerado(s) continuação do primeiro³.

Nesse breve conceito, já se pode perceber a introdução de elementos jurídicos que não se vinculam a categorias reais, na medida em que estabelecem a sequencialidade e a unicidade de condutas ilícitas. Esses aspectos são visceralmente relacionados à natureza jurídica do instituto, na qual se agasalhou – na legislação brasileira – a doutrina da ficção jurídica, que concebe o crime continuado como uma unidade jurídica tendo por base um artifício legal, sem possuir, pois, existência no plano concreto. Assim, os diferentes fatos que integram a cadeia continuada são, *de per se*, delitos – independentes e isolados –, os quais, entretanto, a partir da unificação que se lhes dá a fantasia legal em questão, passam a constituir, para todos os efeitos (especialmente os relacionados à aplicação da pena), uma unidade. Dessa sorte, no (instituto legal do) delito continuado, encontram-se diversos atos criminosos, os quais a lei, contudo, declara como elementos configuradores de um só evento, ou seja, um só crime; e continuado. Com isso, a figura legal da continuidade delitiva desponta como alternativa concreta – a bem da verdade: como direito público subjetivo do apenado – para possibilitar o afastamento dos rigores punitivos advindos da regra do concurso material de crimes.

A criação do delito continuado deveu-se à necessidade de se afastar a regra do acúmulo de penas que, em muitos casos, se revelaria injusta e desumana. Essa foi a diretriz que inspirou a sua invenção (notadamente em relação ao terceiro delito de furto, que era, segundo as leis medievais, punido com a pena de morte).

Além disso, assenta-se o crime continuado no campo do concurso de crimes, podendo ser, naturalmente, conceituado como uma espécie *sui generis* do concurso material de delitos (ou um ‘concurso material aparente’).

² O princípio da proporcionalidade das penas pode ser encontrado em diversas passagens do texto constitucional, como, por exemplo, na previsão da necessidade de individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI), na exclusão de certos tipos de reprimendas (art. 5º, inc. XLVII), na necessidade de mais rigor para casos de maior gravidade (art. 5º, incs. XLII, XLIII e XLIV) e de moderação para os delitos menos graves (art. 98, inc. I). Trata-se de uma das características da pena que busca compatibilizar os interesses do corpo social com a garantia individual do apenado em não suportar uma punição além da medida da lesão causada pelo ilícito criminal. Anota René Ariel Dotti (1985, p. 92) que “a proporcionalidade, portanto, deve constituir um fenômeno de equilíbrio possível: *poena commensurari debet delicto*”.

³ Com mais detalhes: FAYET JÚNIOR, Ney, 2010.

A figura do crime continuado é construída a partir de vários elementos, todos descritos no *caput* do art. 71 do Código Penal (e, como modalidade especial, em seu parágrafo único); assim, ao lado do crime continuado próprio (que tem assento no *caput*), existe a figura do crime continuado especial (que se constitui em variante de continuidade delitiva de índole mais severa, por ter aplicação nos casos em que, além dos requisitos do crime continuado comum ou próprio, forem verificadas também as seguintes condições: crimes dolosos, praticados contra vítimas diferentes por meio de violência ou grave ameaça à pessoa).

2 Da natureza jurídica do instituto do crime continuado

Quanto à natureza jurídica do crime continuado, a posição mais razoável é a que o considera como uma ficção jurídica.

Com efeito, no mundo natural – e isto é inegável –, existem vários delitos independentes; entretanto, se houver certos requisitos (*in casu*, os de vínculo de continuidade), esses delitos serão tratados como se constituíssem um crime único.

Cuida-se, portanto, de um artifício jurídico que visa, principalmente, a amenizar o rigor do cúmulo material das penas. Nesse passo, deve-se concluir que existem diversos ilícitos independentes (realidade delitiva plural) que são considerados pelo direito como um crime único (componentes de uma cadeia continuada); e, por essa razão, recebem tratamento diferenciado no setor da punibilidade. Tal concepção está de acordo com a própria origem do instituto, uma vez que a sua criação se deveu a um sentimento humanitário, cujo objetivo era o de suavizar o rigor punitivo.

Essa unidade, criada e desenvolvida pela ordem jurídica, não pode, por outro lado, constituir-se em um verdadeiro ente uno e real, na medida em que se configura a partir de um artifício jurídico, sem existência natural, possuindo vários elementos estruturadores que apresentam, uma vez operada a unificação, a característica da incindibilidade de seus componentes.

Concebe-se, portanto, o crime continuado como uma ficção legal que, inspirada em motivo de Política Criminal, determina a unificação de várias condutas puníveis, praticadas nas mesmas condições de tempo, modo, lugar e outras assemelhadas, para repercutir, na aplicação da sanção penal, com menor rigor repressivo. Desse modo, a sucessão de crimes assemelhados é havida – para os efeitos punitivos, repita-se – como um fato unitário.

Deve-se, então, reconhecer o crime continuado como uma unidade jurídica que desponta a partir de um artifício legal, sem, contudo, possuir existência no plano ontológico. E, como também visto, os diferentes fatos integrantes da cadeia continuada são, *de per se*, delitos – independentes e isolados –, mas, a partir da unificação que se lhes dá a ficção jurídica do delito continuado, passam a constituir, para a aplicação da sanção jurídico-criminal, uma unidade.

3 Dos elementos estruturais do crime continuado

A conexão continuada se corporifica a partir de vários pressupostos existenciais, sendo que alguns assumem papel essencial e outros, não. Trata-se, pois, de elementos – binariamente agrupados, isto é, classificados em objetivos e subjetivos, fundamentais e secundários⁴, essenciais e inessenciais, clássicos e acidentais etc. – que validam o reconhecimento do crime continuado, cuja finalidade precípua é permitir uma perfeita compreensão (didática) dos dados por meio dos quais se desenha a figura em causa.

Existe, de outro plano, forte divergência doutrinária, quando não jurisprudencial, em relação aos elementos que, verdadeiramente, corporificariam o delito continuado. De há muito já doutrinava Edmundo Mezger: “ciertamente aparece muy controvertida la determinación de los presupuestos con arreglo a los que, en el caso particular, debe ser reconocida tal conexión continuada”⁵. De tal arte que a discussão acerca dos pressupostos configuradores do delito continuado se mantém, realmente, acesa.

Assim, para a existência do delito continuado se requer a presença dos seguintes requisitos (os quais serão, brevemente, apresentados): (i) multiplicidade de condutas típicas; (ii) multiplicidade de tipos penais homogêneos; e (iii) demais condições de tempo, lugar, modo e outras assemelhadas. (Diverge, fortemente, a doutrina sobre a existência de um elemento de índole subjetiva, relacionado à unidade de desígnio⁶.)

⁴ Como se expressa María T. Castiñeira (1977, p. 29): “Elementos objetivos y subjetivos. La doctrina más generalizada exige para estimar un delito continuado varios elementos de carácter objetivo y uno subjetivo. Elementos fundamentales y secundarios. Son fundamentales aquellos sin cuya concurrencia no puede apreciarse la continuidad delictiva, y secundarios los que pueden facilitar, o aclarar, la admisión del delito continuado, pero cuya inexistencia no impide la estimación de aquél. Los elementos secundarios no son propiamente elementos del delito continuado, aparecen con frecuencia estrechamente ligados a alguno de los principales y actúan como prueba o indicio de su concurrencia”.

⁵ MEZGER, Edmundo, 1949, p. 354-5.

⁶ Em verdade, a polémica sobre a necessidade de um elemento subjetivo unificante – a presidir a configuração da ficção jurídica do crime continuado – mantém-se acalorada nos domínios da doutrina e da jurisprudência. Antes da reforma penal da Parte Geral de 1984, o Código Penal já adotava a teoria puramente objetiva, pois a norma que descrevia o crime continuado não previa a necessidade de qualquer coeficiente de índole subjetiva; entretanto, parte da jurisprudência já reivindicava a unidade de desígnios para o reconhecimento da cadeia continuada de ilícitos penais. Após a reforma, o Código manteve-se perfilhado à doutrina objetivista, e grande parte das decisões jurisprudenciais continuou a reclamar a presença de um elemento subjetivo que unisse as diferentes ações perfectibilizadoras da unidade continuada. Percebe-se, com isso, que certos segmentos jurisprudenciais sempre se mantiveram arreados ao comando legal, optando por uma vertente consagradora da exigência de um elemento de inspiração subjetiva, na medida em que isso se lhes transparecia um componente inafastável para a estratificação e unificação dos ilícitos assemelhados sequenciados. Inegavelmente, a construção de um instituto penal insulado de qualquer dado ou coeficiente subjetivo – fator primordial de realização do comportamento humano com interesse jurídico, e cuja avaliação importa, de forma indeclinável, ao estabelecimento do grau de censurabilidade – se coloca na contramão do desenvolvimento histórico da dogmática criminal. Toda a evolução do Direito Penal é feita a partir do aprimoramento da verificação da carga subjetiva que inspira o agente na produção dos comportamentos puníveis. Adquire, portanto, enorme importância o Direito Penal da culpa, no qual a preocupação de maior vulto, na disposição analítica do crime, se projeta para o elemento subjetivo com que se houve o criminoso na realização das condutas desvaliosas. É por intermédio do elemento subjetivo que se estratifica plenamente o comportamento típico (quer com o dolo ou com os demais elementos subjetivos do tipo), se afirma a presença de elementos subjetivos de exclusão do injusto e, sobretudo, se destaca o papel da culpabilidade. Desse modo, se se levar em linha de conta o avanço histórico da dogmática criminal, para a qual a determinação do elemento subjetivo assume papel preponderante na edificação dos institutos criminais, não se ofereceriam maiores dificuldades em

3.1 Da multiplicidade de condutas (ações ou omissões) típicas

À configuração do delito continuado se requer a existência de várias ações típicas assemelhadas – tal qual se verifica nos domínios do concurso material homogêneo –, as quais, entretanto, em face do regramento especial benéfico, receberão apenamento de menor impactação repressiva em virtude da (fictícia) unicidade delitiva; assim, a pluralidade de ações se mostra não só essencial à

também se exigir, para a configuração da figura jurídica do crime continuado, a presença de um comando unificante subjetivo, que iria presidir a realização da cadeia criminosa continuada. E, se se quiser, para além disso, ficar atento à necessidade da indicação, nos domínios dos comandos jurídicos, ainda que implicitamente, desses elementos, haveria três classes de argumentos: em primeiro lugar, no preceito normativo que configura o crime continuado, além das condições objetivas, por meio das quais será deduzida a continuidade criminosa, previu a lei ‘outras semelhantes’, podendo nessas estar inserida a carga subjetiva da unidade de resolução criminosa. Em segundo lugar, cabe citar outro instituto que não indica, expressamente, no comando legal, a necessidade de qualquer coeficiente subjetivo (como o da legítima defesa), mas que, de qualquer sorte, não impede a avaliação (e a exigência), por parte da dogmática, do *animus defendi*, ou seja, da vontade de defender-se (*Verteidigungswillen*). Finalmente, em terceiro lugar, a nova Parte Geral do Código Penal, no parágrafo único do art. 71, teria feito aberta concessão, na disciplina do delito continuado, à consideração de elementos subjetivos – “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos” –, permitindo-se afirmar que a lei passou a demandar, para o reconhecimento do instituto benéfico, também um coeficiente de índole subjetiva. Todavia, em tema exegético bussolado pelo (princípio do) *favor rei*, cumpre, sempre, extrair a carga de maior benefício para o condenado, com o que a melhor e mais apurada construção técnica deve ceder em face dos objetivos traçados para a sedimentação da categoria do delito continuado. Assim, a imposição – à luz do moderno Direito Penal da culpa e, também, da doutrina finalista da ação – de um comando unificante subjetivo se apresentaria adequada à estratificação do instituto jurídico do crime continuado; entretanto, esse requisito (de ordem subjetiva) apenas iria dificultar a unificação dos diferentes apenamentos, na medida em que aportaria um dado de incerteza (e, sobretudo, de difícil configuração) na identificação dos elementos perfectibilizadores do benefício legal. A regra básica do crime continuado visa a impedir a aplicação do cúmulo material sancionatório, ofertando, portanto, a sua quota contributiva à formação de um sistema penal mais humanística e racionalmente concebido. Com efeito, quando estiver em jogo a liberdade dos seres humanos, as doutrinas, as grandes construções técnicas e as filosofias jurídico-criminais deverão permanecer em segundo plano, e se devem elasticizar as interpretações e concepções que se mostram mais consentâneas e favoráveis ao criminoso. (Esse processo de interpretação da lei que tenta extrair a carga máxima de benefício ao réu também, é claro, pode ser utilizado [às avessas] com o objetivo de prejudicá-lo, a partir de uma visão menos liberal do Direito. Ora, isso representa a utilização do mesmo processo que se está a defender, apenas em campos opostos.) Já se teve oportunidade de referir que a jurisprudência sobre o tema sói ser extremamente vacilante, cambiante, sofrendo a influência de diferentes visões criminológicas que se embatem em nosso meio jurídico. Devem-se cerrar, pois, fileiras ao lado dos que lutam por um Direito Penal liberalizante, cuja preocupação fundamental seja a da garantia do cidadão contra o punitivismo irracional, muito em voga em certas modernas tendências político-criminais antigarantistas. Em suma, é evidente que a essa compreensão do delito continuado (multiplicidade de ações típicas homogêneas, que se traduzem em unicidade criminal, sem qualquer necessidade de um comando subjetivo unificador) se une a própria natureza jurídica da figura, cuja criação se deve, no plano legislativo, ao princípio do *favor rei*. Desse modo, cabe também sustentar que a exigência dessa carga subjetiva (não contida, expressamente, na lei penal) é, sob todos os títulos, inaceitável, por afronta direta ao princípio da reserva legal, pois se colocaria um dado subjetivo – não previsto em lei, repita-se – como *conditio sine qua non* para o apenado receber o benefício legal de um tratamento punitivo menos rigoroso. E nunca se torna demasiado lembrar que se trata, o crime continuado, uma vez presentes seus requisitos, de direito público subjetivo do acusado, por se traduzir, em termos de apenamento, em hipótese sensivelmente mais branda. Essas considerações constituem os alicerces sobre os quais se propõe a edificação conceitual do crime continuado, isto é, muito além da resolução estritamente dogmática do instituto, sustenta-se que toda a sua construção teórica se deve inspirar, de modo pragmático, pela perspectiva político-criminal democrática, na medida em que uma resolução abstrata de uma questão jurídica de nada valeria se não se apresentasse aceitável do ponto de vista da Política Criminal.

existência do instituto em análise, mas também como o primeiro grande traço de sua representação. Não se cuida de ações em sentido naturalístico, mas, ao contrário, de condutas com repercussão no âmbito jurídico-penal, ou seja, de condutas típicas.

O conceito jurídico de ação espelha, sob outra perspectiva, o fazer e o omitir puníveis – acordando-se, previamente, que se aceita a possibilidade valorativa de se unificar os conceitos (de ação e de omissão) em uma categoria superior. Com precisão, Everardo da Cunha Luna argumenta:

O ensinamento de que podem e se devem unir, numa superior categoria, a ação e a omissão, vem dos penalistas antigos, entre os quais Romagnosi, para quem o ato é não somente *exercício real de uma força*, mas também *omissão de um ato que se deve realizar*. Assim, quando dizemos *ação*, compreendemos a ação propriamente dita e a omissão⁷.

Por outro lado, quando o Código Penal, em seu art. 71, se refere a *mais de uma ação ou omissão*, não sobrepassam dúvidas sobre a compatibilidade da continuação em se tratando de crimes omissivos⁸.

Assim, mostra-se de todo inarredável à estratificação do delito continuado a existência de várias ações, perfectibilizadoras *per se* de delitos homogêneos, as quais serão realizadas pelo agente em condições objetivamente assemelhadas, permitindo que se aperfeiçoe uma violação contínua de normas penais incriminadoras.

3.2 Dos crimes da mesma espécie

Outro dado condicionante do reconhecimento da continuidade delitiva é a produção de tipicidades homogêneas, ou seja, os diferentes tipos penais realizados pelo agente devem corresponder a crimes de mesma espécie. Difícil se apresenta a conceituação desse aspecto⁹. Está-se, e nisso não há qualquer dúvida, em terreno atinente à exegese, no qual tem curso toda sorte de interpretações.

Segundo se percebe, existem, moderna e basicamente, duas grandes linhas de compreensão desse elemento: uma orientação mais liberal e uma mais conservadora, podendo-se afirmar, ainda, que a primeira tem maior prestígio doutrinário, e a segunda, jurisprudencial.

A primeira, de índole menos repressiva, convive com a interpretação de que os crimes da mesma espécie seriam tanto aqueles que estão previstos no mesmo artigo da lei penal, como também aqueles que, lesando o mesmo bem jurídico, apresentam caracteres objetivos e subjetivos comuns.

⁷ LUNA, Everardo da Cunha, 1993, p. 74-75.

⁸ LYRA, Roberto, 1942, p. 382.

⁹ Assim, Jair Leonardo Lopes (2005, p. 224), quando afirma que “o conceito de ‘crimes da mesma espécie’ é bastante controverso, quer na doutrina, quer na jurisprudência”. Segundo Odín do Brasil Americano (1956, p. 51), “o conceito de identidade de delitos é um tanto fluido e o assunto não tem sido tratado com a clareza desejável”.

Apesar de esse entendimento, como se disse, ser predominante no plano doutrinário, no sentido de ampliar o conceito do que se compreende por delitos da mesma espécie, é certo, de outro lado, que grande parte da jurisprudência não se mostra a ele receptiva, ao encampar orientação mais cerrada, segundo a qual se deve considerar crime da mesma espécie “a violação do mesmo artigo da lei penal. É necessária a identidade do conteúdo específico de cada crime, ou, como dizem os autores alemães, a ‘*Einheit des Tatbestands*’ (...)”¹⁰, vale dizer, “se faz mister é que seja idêntico o *tipo fundamental (Grundtatbestand)* ou que seja violada, como dizia Mayer, a ‘norma incriminadora principal’”¹¹.

3.3 Das demais condições de tempo, lugar, modo e outras assemelhadas

3.3.1 Da conexão temporal

Outro dado configurador do crime continuado que se mostra, às inteiras, de difícil conceituação – notadamente se se ativer à jurisprudência – é o da conexão temporal.

A imprecisão conceitual apresentada pela doutrina também importa em impossibilidade de se estabelecer uma definição segura desse aspecto modal configurante da continuação criminosa¹².

Os tribunais superiores – seguramente pretendendo dar uma precisão maior ao conceito – estabelecem que não se configura a *fictio juris* quando existir, entre as condutas, lapso superior a trinta dias. Contudo, a elasticização interpretativa desse elemento também tem sido reconhecida pela jurisprudência¹³. Primeiramente, é importante deixar claro que esse elemento configurador da continuidade delitiva é,

¹⁰ HUNGRIA, Néelson, 1958, p. 172.

¹¹ HUNGRIA, Néelson, p. 172.

¹² Não é recente a discussão sobre esse aspecto do delito continuado nos domínios da dogmática criminal. Francesco Carrara (1924, p. 451-452, § 535) ofereceu a ideia da descontinuidade, no sentido de que entre os vários fatos deveria haver intervalos suficientes para romper a unidade de ação, quando doutrinava: “la *unità di tempo* non è una *unità assoluta* umanamente possibile. Sicchè il criterio della *continuazione*, con un’apparente anfibia, bisognerà desumerlo dalla *discontinuazione*. Guardare cioè se vi fu *intrmissione* di atti. Se gli atti saranno *continuati materialmente*, com più facilità si dirà che non furono *continuati giuridicamente*; che costituiscono diversi momenti di *una sola azione* criminosa ; e che abbiamo il delitto *unico*. Se saranno *discontinuati materialmente*, sicchè si abbia un intervallo rappresentante interruzione *dell’azione* criminosa, si potrà com più facilità accettare la idea non solo di *più atti*, ma bene di *più azioni* distinte; e così escludere affatto il delitto *unico* per ravvisare i *più delitti*; quando vi furono diverse risoluzioni; o il delitto *continuato* se vi fu la *unità di determinazione*”.

¹³ “Penal. Tráfico internacional de pessoas. Art. 231, § 2º, do Código Penal. Autoria. Materialidade. Comprovadas. Confissão judicial. Dolo. Favorecimento à prostituição. Art. 228 do Código Penal. Princípio da correlação. Pós-fato impunível. Absolvção mantida. Crime continuado. Configuração. Critério temporal. Relativização. Habitualidade criminosa. (...) 6. O lapso temporal de 30 dias fixado, via de regra, pela jurisprudência para o reconhecimento da continuidade delitiva não consiste em um critério matemático peremptório, admitindo elastério. Precedente do STF. Se os delitos praticados pelo réu são da mesma espécie e, pelas condições de tempo, espaço e *modus operandi* (Código Penal, art. 71), é possível inferir que o fato subsequente é um simples desdobramento ou ampliação da conduta inicial do agente, deve ser rechaçada a tese da habitualidade criminosa, porquanto configurada a *fictio juris* do crime continuado” (TRF4, 2004.70.02.007169-0/PR, Relª. Cláudia Cristina Cristofani, 8ª T., j. 19/08/2009).

certamente, inessencial, ou seja, a sua (eventual) ausência não se apresenta como obstáculo à reunião dos diferentes crimes assemelhados à luz da disciplina do instituto em causa.

O crime continuado tem nítida vocação benéfica, e destina-se, precipuamente, à individualização do apenamento, ao se apoiar em princípios de Política Criminal que visam ao perfeito ajustamento da pena às condições do condenado. Dessa forma, pode-se concluir, em relação a esse dado de materialização do instituto, que não se deve adotar um critério cerrado, inflexível ou invariável em sua interpretação, senão um que se mostre consentâneo aos motivos pelos quais a legislação incorporou a figura do crime continuado: permitir um apenamento justo (à luz de uma orientação político-criminal) e humanitário (à luz dos modernos postulados de um Direito Penal liberal e dos direitos humanos). Sucede, então, que intervalos temporais excessivamente alargados podem implicar uma modificação expressiva da situação objetiva, desfazendo, por conseguinte, a unidade de ocasião sobre a qual se constrói a figura jurídica em comento; entretanto, esse fato deverá ser examinado em um contexto de avaliação ampla, tendo um protagonismo absolutamente secundário, pois, em última análise, se cuida de uma unificação artificial de comportamentos ilícitos (e, por via de consequência, de apenamentos), inspirada (e aplicada) em benefício do agente¹⁴.

3.3.2 Da semelhança de lugar

Aqui, apresenta-se o requisito geográfico (também denominado de ‘unidade de lugar’) para a existência do delito continuado. Ainda uma vez, as locuções abertas lançadas (que se mostram imprecisas e variáveis) pelo Código Penal para configurar a continuidade delitiva (“condições de lugar”, art. 71, *caput*) deram curso para que a jurisprudência se desenvolvesse extraordinariamente, abrindo-se um leque bastante amplo de interpretações acerca desse ponto.

Insiste-se que, como a lei penal não definiu quais são as condições de lugar, a jurisprudência chamou a si tal tarefa, realizando, às inteiras, a sua criatividade (em cujo exercício grassam as incertezas). A mais disso, em relação específica a esse elemento configurador do crime continuado, há quem o entenda como inessencial para que se desenhe a figura da criminalidade continuada; chegando mesmo a

¹⁴ Como adverte José Antón Oneca (2000, p. 203) sobre a difícil determinabilidade dos elementos configuradores do instituto do crime continuado, “cierta es la dificultad, pero no lo es menos que los Tribunales se ven precisados a vencerlas cotidianamente por ineludibles necesidades prácticas. La superación de aquellos obstáculos sólo puede realizarse mediante una cierta amplitud del arbitrio judicial, como en rigor se viene haciendo con mayor o menor tino, pues el delito continuado no permite el patrón fijo, sino que es la resultante de una impresión de conjunto”.

afirmar-se que a realização de condutas em diferentes lugares seria um problema de processo penal e, por conseguinte, estranho à figura do delito continuado¹⁵.

A dificuldade em se estabelecer, a partir da jurisprudência, os elementos por meio dos quais se desenha a continuidade delinquencial se mostra bastante viva nesse ponto. Existe, verdadeiramente, uma anarquia de conceitos e interpretações; nem ao menos se pode estabelecer, com mínima segurança, a existência de um segmento majoritário, com possível força atrativa. Ao que transparece, as diferentes posições são, constantemente, alimentadas com novas decisões (muitas vezes valendo-se a jurisprudência de expressões inéditas: “linha reta entre as cidades”, “ligação direta entre as cidades”, “cidades geograficamente próximas”, “mesma região geográfica”, “ligadas as cidades por rodovias de cômodo, fácil e rápido acesso” etc.), que tornam movediço e inseguro o terreno da interpretação jurisprudencial.

Essa impressionante amplitude das categorias legais, inegavelmente, conduz a uma violação indireta do princípio da reserva legal (de modo especial se se leva em linha de conta o princípio da taxatividade). A construção aberta da jurisprudência pode implicar arbítrio judicial. Se as expressões ofertadas pela lei se apresentam como insuficientes em sua tarefa de descrever, taxativamente, as condutas proibidas, desponta, com força, a função judicial integradora. E, nessa perspectiva, as garantias dos cidadãos podem ser atingidas (tal qual o são em se tratando de tipologias abertas, de elementos de difícil determinação, de elementos normativos, de elementos morais ou éticos etc.) à mesma proporção que crescem os poderes discricionários do magistrado.

3.3.3 Da conexão de modo

No que tange à interpretação do *modus operandi*, dado estruturador (segundo alguns, inessencial) da ficção jurídica do crime continuado, costuma-se dizer que não se pode impor que as condutas se apresentem de maneira absolutamente idêntica. É que “exigir identidade perfeita da maneira de execução, ou do *modus operandi*, é pretender fazer com que os crimes posteriores sejam uma cópia xerográfica do antecedente”¹⁶.

A semelhança requerida não implica, pois, identidade absoluta. Não há, portanto, indicação de que os diferentes delitos praticados se revistam de idêntica maneira de execução. Como teve ocasião de referir Vincenzo Manzini:

La diversidad de los medios usados para cometer los varios delitos idénticos no excluye por sí sola la posibilidad de la figura jurídica de la continuación. El medio se adapta a las contingencias concretas, y su elección y su uso, cuando no indiquen diversidad de proyecto criminoso o no concreten la violación de otras disposiciones de ley, son elementos jurídicamente

¹⁵ CASTIÑEIRA, Maria T., p. 171.

¹⁶ RJTACrSP, São Paulo, 29:29-469, jan./mar. 1996, p. 34.

indiferentes. Por otra parte, la identidad del medio empleado para delinquir no es suficiente para suplir la falta de los otros requisitos del delito continuado¹⁷.

Da análise desse dado configurador do delito continuado, ainda uma vez é de rigor o registro de que não se tem, com a devida e imprescindível clareza, à luz da doutrina e da jurisprudência, a sua exata conceituação, o que impede a existência de um critério (mais ou menos) seguro de interpretação com o qual possa contar o operador jurídico-criminal.

3.3.4 Das demais condições marcadas pela semelhança

Tais condições, que também perfazem a definição legal do crime continuado, necessitam ser interpretadas à luz das outras que, de maneira expressa, houve por bem o legislador registrar (tempo, lugar e modo de execução), isto é, devem ser avaliadas em uma dimensão objetiva – em *obsequium* à consagração da teoria puramente objetiva do crime continuado –, não se reconhecendo ampliações conceituais a elementos intelectivos.

Trata-se, portanto, de outros requisitos de oportunidade e de situação ensejadoras do delito¹⁸, que podem influir na avaliação da existência da continuidade.

3.4 Observações gerais

As circunstâncias por meio das quais se desenha a figura jurídica do crime continuado devem ser verificadas de modo isolado; entretanto, reclamam ser valoradas de modo abrangente, em uma dimensão maior, de conjunto, de tal forma que a eventual ausência de qualquer delas, *per se*, não pode desconfigurar o nexo de continuidade. Daí por que a ausência de um pressuposto (de caráter inessencial) configurador do delito continuado não tem o condão, por si só, de desfigurar esse instituto jurídico, que deve ter como norte, sempre, antes de uma realidade estratificada em preceitos rígidos, a concessão de uma carga benéfica que visa, em última análise, a impedir a existência do concurso material de crimes. Disso resulta que, no reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado (impeditivo da aplicação da regra do concurso material de crimes),

entra mais o princípio de política criminal, segundo o qual o cumprimento de penas excessivamente longas traz sérios inconvenientes, pelo remoto a que remetida a liberdade do que realmente a preocupação com a fidelidade a critérios objetivos¹⁹.

¹⁷ MANZINI, Vincenzo, 1949, p. 428.

¹⁸ CARVALHO, Ivan Lira de, 1999, p. 496.

¹⁹ TACRIM-SP – Rev. – Rel. Adauto Suannes – RT 575/397, citado por FRANCO, Alberto Silva, 1997, p. 1114.

Dessa forma, o crime continuado, considerando-se que a legislação brasileira agasalhou a teoria puramente objetiva, é a ficção jurídica unitária, sem existência ontológica, que se constrói a partir da realização de tipicidades homogêneas nas mesmas condições de índole objetiva, afastando, pois, a necessidade da convivência do crime continuado com condições ou nexos subjetivos, que deveriam entrelaçar a unidade criminosa.

Derradeiramente, o crime continuado se coloca como apenas um dos tantos artifícios (legais ou jurisprudenciais) por meio dos quais a *praxis* jurídica coloca obstáculos à existência de sanções penais elevadas, na medida em que essa criação se inspira em noções de Política Criminal, cujo compromisso precípua é o de impedir condenações exacerbadamente graves.

4 Da discussão que se coloca

Tanto a doutrina como a jurisprudência não concedem maior atenção à necessidade de a proposta acusatória (ou de a sentença condenatória) ser construída, no que tange à narração fática do modelo legal do crime continuado, de maneira clara e precisa em relação aos elementos fático-temporais²⁰ (com a indicação pormenorizada do momento de ocorrência de todos os fatos que dariam ensejo à existência do instituto em causa²¹). E isso porque sempre se imaginou não haver

²⁰ Massimo Punzo (1951, p. 22) informa a sempre grande importância que se concedia a este elemento: “Già il Farinacio, che come abbiamo visto è taluni considerato l’ideatore dell’istituto, dava grande rilievo al tempo in cui i reati erano commessi: *tempore tamen diverso* lasciava scritto nella sua *Praxis et theoricae criminalis*. E tale elemento ebbe sempre grande rilievo fino Allá legge 30 agosto 1795 del Granducato di Toscana che all’art. 19 escludeva la continuazione se i vari furti non erano commessi nelle 20 ore”.

²¹ Trata-se de situações bastante comuns, nas quais as peças acusatórias – que são, muitas vezes, agasalhadas na sentença – se estruturam de maneira genérica na descrição de um pressuposto essencial ao modelo legal do crime continuado: a quantidade de condutas (ações ou omissões) típicas que, efetivamente, houve. Assim, por exemplo, a denúncia, em um crime de estupro continuado, poderia lançar mão das seguintes expressões: ‘durante o ano de 2005, o acusado constrangeu inúmeras vezes a vítima à prática da conjunção carnal’; o que poderia, ao final, ser incorporado à sentença: ‘o réu, durante o ano de 2005, constrangeu a vítima inúmeras vezes à prática do ato’, etc. Na entrega da prestação jurisdicional penal, o magistrado, segundo se pensa, deverá fixar a pena para cada crime componente da cadeia delituosa para, a seguir, aplicar a exasperação sobre a reprimenda de um só dos crimes, se idênticas, ou sobre a mais grave, se diversas. Isso significa que, “no momento da individualização da pena – em se tratando do crime continuado –, deve o juiz sentenciar, isoladamente, todos os ilícitos componentes da cadeia continuada, a fim de que se possa observar, em cada um, a ocorrência concreta da prescrição, bem como para que se possa avaliar se o aumento de pena (determinado pela incidência do fator de majoração trazido pelo delito continuado) não implicou apenamento superior àquele que seria obtido pela regra do cúmulo material, não sendo possível a utilização, exclusivamente, da pena mais grave dos crimes ligados pela continuidade delitiva. Com isso, na construção operacional da sentença – que reconhecer o crime continuado –, devem ser observados dois momentos: no primeiro, aplica-se a pena, de forma isolada, a cada um dos delitos parcelares componentes do concurso; no segundo, aplica-se a regra específica de apenamento do crime continuado” (FAYET JÚNIOR, Ney e outros, 2007, p. 34-35). Além disso, deve haver a especificação da quantidade de delitos componentes da cadeia, pois isso influenciará na medida da exasperação. Dessa sorte, a individualização das penas faz-se indispensável para que o condenado, de um lado, entenda os motivos pelos quais se lhe foi imposto o *quantum* de exasperação de pena representado pelo crime continuado; e, de outro, para que, a partir da necessária fixação da pena para cada crime da cadeia delitiva, verifique a incidência tópica do instituto da prescrição penal (art. 119 do Código Penal). Sobre esse aspecto, a doutrina manifesta-se no sentido de que “merece

prejuízos ao acusado, pois a continuação delituosa – ainda que imperfeitamente transcrita em sua configuração na peça acusatória (e, depois, incorporada à sentença) – representaria hipótese punitiva muito mais benéfica que a do concurso material.

No limite, chegava-se à solução pragmática que se movimentava dentro das margens operativas do sistema, segundo a qual – ao se reconhecer a deficiente linha acusatória (em virtude da descrição rarefeita dos fatos que ensejariam a identificação da cadeia continuada) ou sentencial (em face da falta de identificação, no *decisum* condenatório, dos atos corporificadores da ação continuada) – dever-se-ia aplicar o aumento em seu padrão mínimo, isto é, em um sexto.

Com efeito, sendo o delito continuado – em termos prático-conceituais – uma causa geral de aumento (variável) de apenamento, que permite a elevação entre um sexto até dois terços (crime continuado comum), ou até o triplo (crime continuado específico), a consequência de se conformar aquela deficiente proposta acusatória ou o inconcluso reconhecimento sentencial dos fatos que estariam de molde a estruturar um padrão continuativo de comportamentos típicos homogêneos, bastaria, para contornar-se eventuais prejuízos, aplicar o fator de aumento no mínimo. Com isso, desenvolver-se-ia o seguinte raciocínio: houve alguns comportamentos dotados de alta semelhança típico-descritiva; embora o padrão

destaque o tema relativo à aplicação da pena no concurso de crimes. Na sentença que reconhecer o concurso de crimes, em qualquer das três hipóteses até aqui analisadas – concurso material, concurso formal e crime continuado – deverá o juiz aplicar isoladamente, a pena correspondente a cada infração penal praticada. Após, segue-se a aplicação das regras correspondentes aos aludidos concursos” (GRECCO, Rogério, 2009, p. 614). Acerca da necessidade de individualização da pena para cada delito componente da continuidade delitiva já se manifestou a jurisprudência: “Havendo continuação delitiva, deverá ser individualizada a pena de cada um dos crimes, o que possibilitará estabelecer a pena concretizada que irá reger a prescrição retroativa e a prescrição intercorrente, além de determinar a pena mais grave sobre a qual irá incidir o aumento pela continuação. Também é indispensável esse procedimento para verificar se a continuação é mais benéfica ao réu do que o concurso material, e, em caso de recurso, absolvido o réu do fato que determinou a pena mais grave, possa o órgão recursal, sem suprimir um grau de jurisdição, determinar a pena que regerá a continuação ou mesmo afastá-la” (Ap. crime nº 296039266, 4ª CC do TARS, Rel. Danúbio Egon Franco, j. 18.12.1996. In: FAYET JÚNIOR, Ney e outros, p. 34. Ainda: “Apelação. Estelionato. Prova. Fraude penal. Continuidade delitiva. Apenamento. Substituição de pena. [...] Em se tratando de crime continuado, a sentença deve cogitar da pena aplicável a cada fato delituoso, isoladamente, para aferir eventual ocorrência de prescrição, ou malferimento ao art. 71, § único, *in fine*, Código Penal. [...] [TJRS, Ap. crime nº 70004453650, 8ª Câmara Crim., Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 20.08.2003]). No entanto, o STJ já teve oportunidade também de se manifestar em sentido contrário, sobretudo em hipóteses nas quais se trata de delitos idênticos, praticados nas mesmas circunstâncias, e que, por isso, receberiam a mesma quantidade de pena: “Penal e Processual Penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Art. 4º, inc. I, alíneas “a” e “f”, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”, e inc. VII, da Lei nº 8.137/90. Dosimetria da pena. Continuidade delitiva. Alegação de violação ao princípio da individualização da pena. Inexistência. Sentença. Fundamentação sucinta. Nulidade inexistente. I. Não há, na presente hipótese, ofensa ao princípio constitutivo da individualização da pena, se, quando da fixação da pena, o Magistrado aplicou a pena de um só dos delitos, aumentando-a de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) em razão da continuidade delitiva (precedente). (...) No caso de crime continuado não se pode fixar a pena-base de cada delito praticado individualmente para depois majorar a pena. Inexistência. Quando da fixação da pena, deve o Magistrado, após verificar que se trata de crimes idênticos (art. 4º, inc. I, alíneas “a” e “f”, inc. II, alíneas “a”, “b” e “c”, e inc. VII, da Lei nº 8.137/90), aplicar a pena de um só dos delitos, aumentando-a de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) em razão da continuidade delitiva” (STJ, RHC 23.017/RS, Rel. Min. Félix Fischer, j. 03.04.2008).

narratório (ou decisório) não os haja incorporado (na denúncia ou na sentença) de forma detalhada, indicativa de um ritmo sequenciado de realização dos tipos, o simples fato de haver vários comportamentos já seria suficiente para autorizar a incidência da figura delitiva do crime continuado; e, com isso, para autorizar a aplicação do fator de aumento de pena. Além disso, também poder-se-ia dizer: o réu será duplamente beneficiado com essa falha na descrição dos comportamentos: (i) de um plano, suportaria o aumento mínimo, ou seja, talvez – em face de uma descrição melhor e mais bem detalhada – fosse recomendável a aplicação da causa de aumento no limite máximo (ou, ao menos, superior àquele mínimo que fora estipulado); (ii) de outro plano, talvez – em face de uma proposta acusatória que viesse a indicar todos os fatos da cadeia acusatória – ficasse evidenciado que se não tratava do modelo legal em causa, mas, sim, do concurso material. Assim, a defesa eventualmente não teria real e efetivo interesse na busca de uma sedimentação ampla da descrição dos fatos que dariam suporte à existência do crime continuado.

Esses seriam, *grosso modo*, os principais argumentos que determinaram a construção interpretativa deste dado até o presente; eis aí, portanto, o avanço que se apresenta a partir deste entendimento que se vai noticiar.

5 Do caso concreto

Cuida-se da apresentação de posicionamento jurisprudencial que realmente avança em termos da construção de um padrão garantista decisório.

A linha de raciocínio desenvolvida na decisão colegiada que, nesse ponto, restou vencida, parte da seguinte base de compreensão:

No que concerne à continuidade delitiva, entendo de afastá-la. Embora ciente das orientações antagônicas, e revendo posicionamento pessoal acerca do tema, julgo não estar preenchido, neste feito, o essencial requisito temporal para a determinação da figura do crime continuado, por não haver, na denúncia, indicação das datas em que os fatos ocorreram e nem a delimitação da periodicidade delitiva. Como referido acima, da denúncia constou indicação genérica de tempo do crime: “*No decorrer do ano de 2008...*”. Para a configuração do crime continuado, julgo imprescindível a imputação – e a comprovação – do ritmo delitivo, consubstanciado na referência individualizada dos fatos, ou dos períodos de reiteração delitiva, pelo Ministério Público. Esta imperativa apuração – função institucional do órgão ministerial – realizada durante investigação policial, ou mesmo durante a instrução processual – cuja consequência leva, ou deveria levar, ao aditamento da denúncia – é condição *sine qua non* para o reconhecimento da continuidade. (...) Carecendo da indispensável demonstração do ritmo delitivo, sem menção às datas ou mesmo à delimitação de períodos de maior densidade criminosa, entendo não configurado o crime continuado, acarretando em forçoso reconhecimento de crime único. Não é atribuição do magistrado estabelecer o número de condutas delituosas para, depois, arbitrar a fração de majoração da pena. O aumento de pena será mensurado pelo julgador de acordo com a prova colhida no processo, guardando essencial correlação com a denúncia. A discricionária e unilateral majoração da sanção pelo reconhecimento do crime continuado não descrito pela denúncia acarreta em presunção desfavorável ao acusado, fato determinante de ofensa aos princípios constitucionais da presunção de inocência e da correlação entre a sentença e a denúncia. Concluo não ser possível adotar como suporte o princípio da defesa social para justificar

condenação de maior gravidade. É preciso se ater a aspectos jurídicos. Por mais sensíveis que sejamos com a situação a que foi submetida a ofendida, entendo necessário, juridicamente, o estabelecimento das datas ou períodos em que os fatos ocorreram, demonstrando, por consequência, o ritmo delitivo. Sem isso, considero não configurada a continuidade, prevalecendo, no caso, o crime único, por ausência de demonstração cabal da periodicidade delitiva, que induzira o ritmo indispensável à configuração da majorante²².

Refere-se, inegavelmente, à solução que se amolda à avaliação garantista que deve, sob todos os títulos, permear toda a sistemática jurídica; e isso por vários aspectos, todos de grande expressão: (i) por exigir que haja vinculação entre a imputação e a efetiva comprovação do nexa de continuidade; tarefa indeclinável da acusação pública, que deve ser conduzida em sede de investigação policial ou mesmo no curso do processo penal; (ii) por se afastar da cômoda solução pragmática que conduzia à aplicação da causa de aumento de pena no mínimo estabelecido para a majorante do crime continuado, e por indicar a solução justa e avançada: a do reconhecimento do crime único; (iii) por desonerar o magistrado da tarefa de contabilizar o número de condutas delituosas para estabelecer a majoração da pena, pois esse aumento deve se vincular à prova consolidada no processo em sintonia correlacional com a denúncia; (iv) por tornar impraticável a existência de uma presunção, pelo magistrado, sobre um fator de elevação da pena não descrito na imputação, o que implica violação os princípios constitucionais da presunção de inocência e da correlação temática entre a sentença e a acusação; e (v), finalmente, por impedir que se lance mão do princípio da defesa social para justificar condenação de maior impacto, uma vez que está distanciado do Direito Penal do fato.

Por tais predicados, essa construção interpretativa avança, de fato, para o desfecho de um problema que vinha sendo um pouco negligenciado pela doutrina, que se contentava, no horizonte de possibilidades, a conceber a aplicação do limite mínimo de elevação da pena; agora, abre-se a senda analítica por meio da qual a jurisprudência poderá encontrar a devida solução de causas penais nas quais não haja a perfeita indicação fático-temporal das diferentes condutas que integram a cadeia continuada.

Além disso, cuida-se de elemento de caráter essencial; ora, se não vier descrita a pluralidade de ações ou omissões de modo a permitir a contraprova (por exemplo, eventuais *alibis*), de forma plena e efetiva, torna-se insustentável a cabida do crime continuado; contudo, a consequência, em qualquer caso, não pode ser *ipso facto* a da aplicação do concurso material, mas, sim, do reconhecimento do crime único. Eis o núcleo de avanço que essa decisão trouxe para o debate.

Conclusões

²² TJRS, 6ª CC, ap. cr. 70034825901, Rel. Des. Mário Rocha Lopes Filho.

O presente ensaio se assenta, em larga medida, nos domínios jurisprudenciais, em cujo cenário buscou-se discutir, criticamente, os meios e modos por intermédio dos quais se edifica a construção interpretativa das causas penais que consagram a existência do crime continuado.

Consigna-se, nesse passo, que a interpretação somente pode ser legítima se procedida à luz dos princípios e garantias que estão postos na Constituição Federal, ou seja, a dinâmica da interpretação deve ter como norte a recepção dos princípios constitucionais, na medida em que a ‘criação jurídica dos juízes’, sempre que não se apresentar bussolada pela Constituição, seria arbitrária; e, com isso, inconcebível no Estado democrático de Direito. Sob tal critério, a inovação proposta atende, a um só tempo, a um duplo compromisso: de um passo, preserva princípios constitucional e processual (como o da presunção de inocência e o da correlação temática entre a sentença e a acusação); e, de outro, avança, de modo significativo, na construção de um padrão garantista no campo do apenamento punitivo, na medida em que obstaculiza um aumento de pena que não estiver substancialmente materIALIZADO na prova desenvolvida no curso da ação criminal. Desse modo, o reconhecimento do crime único, em casos tais, é, sem dúvida, a solução técnica e humanitariamente adequada; homenageando-se, ainda, os próprios criadores do instituto do crime continuado, que tinham exatamente esse objetivo em mira (isto é, dar uma resposta punitiva justa e humanitária) quando o criaram.

Referências

- AMERICANO, Odin do Brasil. **Do crime continuado**. Belo Horizonte: [s/e], 1956.
- CARRARA, Francesco. **Programa del corso di diritto criminale**. Parte generale. Florença: Fratelli Cammelli, 1924. vol. 1.
- CARVALHO, Ivan Lira de. **Notas sobre o crime continuado**. In: Revista dos Tribunais, ano 88, março de 1999. vol. 76.
- CASTIÑEIRA, Maria T. **El delito continuado**. Barcelona: Bosch, 1977.
- DOTTI, René Ariel. **O novo sistema de penas**. In: ASSIS TOLEDO, Francisco de e outros. Reforma penal. São Paulo: Saraiva, 1985.
- FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____; FAYET, Marcela; BRACK, Karina. **Prescrição penal: temas atuais e controvertidos: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.
- GRECCO, Rogério. **Curso de direito penal**. 11ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de direito penal: parte geral**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2005.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime**. São Paulo: Saraiva, 1993.

LYRA, Roberto. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1949.

MEZGER, Edmundo. **Tratado de derecho penal**. Segunda edición, revisada y puesta al día por Jose Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949.

ONECA, José Antón. **Obras: colección autores de derecho penal**. Org. Edgardo Alberto Donna. Buenos Aires: Rubinzal □ Culzoni Editores, 2000.

PUNZO, Massimo. **Reato continuato**. Padova: Cedam, 1951.

