

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ  
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO CURITIBA**

**RAFHAELLE MARIANO ALVES MENDES**

**TÍTULO: UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL  
UMA POLÍTICA CRIMINAL**

**CURITIBA  
2014**

**RAFHAELLE MARIANO ALVES MENDES**

**TÍTULO: UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL  
UMA POLÍTICA CRIMINAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Professor (a): Ricardo Henrique Vieira Jentzch

**CURITIBA  
2014**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RAFHAELLE MARIANO ALVES MENDES**

**TÍTULO: UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL  
UMA POLÍTICA CRIMINAL**

**Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de  
Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura  
do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca Examinadora.**

**Orientador : Prof. Ricardo Henrique Vieira Jentzch**

**Avaliador: Prof. \_\_\_\_\_**

**Avaliador: Prof. \_\_\_\_\_**

**Curitiba, 14 de outubro de 2014**

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à uma escolha que a vida me levou a fazer, vencendo os preconceitos e superando limites que me pareciam nem mesmo existir, onde a barreira transponível é entre o amor e o medo, que levou a uma nova etapa inimaginável da vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao meu criador divino que é a essência e a base de todo princípio que rege minha existência, aos meus pais Djalma e Rosely e ao meu querido companheiro Fabiano pelo apoio e incentivos incondicionais. Sou grata à Escola a Magistratura do Paraná através de seu corpo funcional que valoriza seus aprendizes dando oportunidades além de suas limitações.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>08</b>
<b>2 TEORIA FUNCIONALISTA E A POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>09</b>
<b>3 ORIGEM E HISTORICIDADE DO CRIME CONTINUADO.....</b>	<b>13</b>
3.1 CONCEITO, NATUREZA E CABIMENTO DO CRIME CONTINUADO. .....	18
3.2 PRESSUPOSTOS DO CRIME CONTINUADO.....	21
3.3 ASPECTOS PROCESSUAIS DO CRIME CONTINUADO.....	23
<b>4 CRIME CONTINUADO COMO FUNDAMENTO À UNIFICAÇÃO DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL E SUAS APLICAÇÕES PRÁTICAS.....</b>	<b>25</b>
<b>5 CONEXÃO DAS AÇÕES E UNIFICAÇÃO DE PENAS EM 1ª. INSTÂNCIA.....</b>	<b>39</b>
<b>6 UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL E NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA.....</b>	<b>39</b>
<b>07 UNIFICAÇÃO DE PENAS EM 2ª. INSTÂNCIA.....</b>	<b>45</b>
<b>08 APLICAÇÃO DA UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL.....</b>	<b>47</b>
<b>09 CONCLUSÃO .....</b>	<b>51</b>
<b>10 REFERÊNCIAS.....</b>	<b>53</b>

## RESUMO

A presente monografia pretende abordar a unificação de penas como incidente de execução penal com base em sua característica originária de benignidade, instituída pelos italianos e tendo como fundamento o artigo 71 do Código Penal. Tendo em vista a situação atual que se instalou no sistema carcerário, o panorama é de celas superlotadas, onde o homem é reduzido às condições mais ferozes e primitivas, transformados em verdadeiros animais, em que só com uma resistência física e psicológica extraordinária poderá sobreviver. Um homem assim violentado e despojado de sua identidade humana, encerrado dentro do próprio cárcere, sujeito à degradação de toda a espécie, sai daí, deste depósito humano, desta universidade do crime e sementeira da violência, sem mais nenhum sentimento que o impeça de violar ou matar. Para se combater tal situação foram fixadas em 1994, pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil. Inspirada nas regras já firmadas anteriormente pela Organizações das Nações Unidas, o texto refere-se a humanização dos estabelecimentos, reafirma os direitos dos presos, já expressos na Lei de Execução Penal, e orienta quanto à execução das penas, entretanto tais regras estão no plano ideológico, não tendo sido colocadas em prática. Nesta ótica, além de medidas a serem tomadas dentro dos presídios, é necessário que os aplicadores do direito penal tenham a consciência de realizar por si esta política criminal em sede de execução penal, utilizando os institutos disponíveis para fim de abrandar as reprimendas impostas aos sentenciados, sabendo que penas longas e cruéis não oferecem uma função para a pena imposta, pois não alcança a ressocialização almejada, excluindo ainda mais essas vítimas do poder estatal e de uma sociedade que se pauta e ainda vive de acordo com privilégios, não dando atenção as classes inferiorizadas como é o exemplo dos encarcerados.

Palavras-chaves: Unificação de Penas, Incidente de Execução Penal, Função da Pena, Política Criminal, Ressocialização.

## 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa tem por base a teoria de função da pena adotada no sistema funcionalista do direito penal, também da experiência prática da pesquisadora, frente a necessidade da adoção de políticas criminais aos casos concretos, sendo a Unificação de Penas em sede de Execução Penal uma das alternativas a serem adotadas, as quais visam a aplicação da lei em benefício do réu, visando sua liberdade e colocando fim a penas desumanas e cruéis que apenas marginalizam ainda mais o indivíduo, realizando por completo a sua exclusão da sociedade

Atualmente nos deparamos com uma questão social crítica no que se refere ao sistema carcerário brasileiro. Muitas são as possibilidades que geram essa situação de descontentamento, uma vez que os condenados a pena privativa de liberdade não recebem na sua totalidade um tratamento digno do Estado quanto a funcionalidade da pena aplicada.

Diante do total abandono em que se encontra o sistema prisional, NUCCI<sup>1</sup> também considera:

"Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto."

Em pronunciamento no ano de 2009, que a época era Presidente do Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes, assim expôs:

"As deficiências havidas no nosso sistema prisional são de toda ordem e refletem o estado de degradação em que se encontra: desde o lixo acumulado à infestação por ratos; denúncias de maus-tratos e agressões sexuais, corrupção de agentes públicos, abusos de autoridade, tudo agregado à ociosidade, à revolta mal contida de presos muitas vezes barbarizados, num inevitável caldeirão de turbulências que não raro explode em rebeliões, motins e violência gratuita. A essa miríade de problemas se sobrepõem custos elevadíssimos de manutenção de presos, falta de assistência jurídica, frontal e rotineiro desrespeito à Lei de Execução Penal."

---

<sup>1</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. rev. at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1014

A função da pena, teoricamente, já que na prática a realidade é diversa, deveria ser também de recuperar o indivíduo, de modo que não se encaixando no modelo de sociedade imposto, ao ser enclausurado, seja ressocializado e reinserido na sociedade novamente. O Estado, no momento em que ignora a existência de certas garantias acaba por marginalizar ainda mais aquele que poderia ser recuperado.

Vale citar acerca da aplicação das penas, que para benefício do réu pode ser verificada a aplicação do artigo 71 do Código Penal, que prevê o crime continuado, como um concurso de crime especial e com o qual se fundamenta em sede de execução penal a unificação de penas com base na continuidade delitiva, pautado em critérios objetivos e tendo como característica originária a benignidade.

A problemática se instala na verificação de penas extremamente longas, para as quais poderia haver a aplicação do artigo supracitado, como uma forma de regular a efetiva função da pena imposta, adotando uma política criminal até mesmo para beneficiar o fluxo das vagas dos presídios, uma vez que sabido e notório é o fato de que penas longas não servem para adequação de um ser que se encontra a margem da sociedade, os conhecidos “marginalizados.”

## **2 TEORIA FUNCIONALISTA E A POLÍTICA CRIMINAL**

“O caminho correto só pode deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal”. Com esta frase, pronunciada por Roxin no Manifesto da Política Criminal e Sistema Jurídico Penal, há mais de 30 anos, dava a doutrina adeus ao finalismo, inaugurando uma nova era no direito penal: a era do sistema funcionalista ou teleológico-racional do delito.”<sup>2</sup>

Nesta idéia a política criminal e o sistema jurídico penal deveriam juntar esforços para o fim de proteger de modo eficaz e legítimo os bens jurídicos fundamentais do indivíduo e da sociedade. Para tanto, exige-se dos conceitos não mais que espelhem determinada realidade ontológica, como queria o finalismo, mas sim que se mostrem capazes de desempenhar uma específica função político-criminal.

---

<sup>2</sup> ROXIN, Claus – 1931 – Política criminal e sistema jurídico penal. Editora renovar 2002. Tradutor Luís Greco

Sugere então o novo ciclo do funcionalismo, uma concepção normativa, que oriente o sistema-jurídico penal em pontos de vista valorativos político-criminais.

Além disso, a expansão da sistemática da “culpabilidade” através de pontos de vista preventivos e sua reunião no novo conceito de responsabilidade que pressupõe dois requisitos: a culpabilidade do autor e além disso, a necessidade de preventivo-geral ou especial punição.

A abertura que oportunizou esta teoria, cabe à pesquisa em tela, na medida que a unificação de penas influenciará principalmente na redução da culpabilidade do agente, porém no limite do que seja indispensável do ponto de vista preventivo geral, com a criação e realização de riscos intoleráveis para um convívio seguro entre as pessoas.

Por outro lado, caracterizando uma relação de tensão que ainda hoje está viva na nossa ciência, vale citar em contraponto Franz V. Liszt, para o qual “O direito Penal é a barreira intransponível da política criminal”. Os princípios empíricos com base nos quais se tratam os comportamentos socialmente desviantes são contrapostos por Liszt ao método jurídico (em sentido estrito) de construção e ordenação sistemático-conceitual dos pressupostos do delito. Ou dito, de forma sucinta: a frase caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e de, outro, como ciência jurídica. (...) à política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como a tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal, no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do estado “Leviatã”.

#### Na visão de Zaffaroni, importante destacar que a Política Criminal

“é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos.

Fica claro o duplice caráter da Política Criminal: ação, para efetivar a tutela dos bens jurídicos, e crítica, como forma de aprimoramento de tal tutela. Busca fornecer orientação aos legisladores para que o combate à criminalidade se faça racionalmente, com o emprego de meios adequados. Através da crítica ao ordenamento em vigor, busca promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas.(...)Não se deve perder de vista que a formulação de qualquer norma jurídica surge de uma decisão política.

A legislação penal, como parte da legislação em geral, também é fruto de uma decisão política. Como consequência, o bem jurídico a ser tutelado pela norma penal tem sua escolha determinada por fatores políticos. A norma é filha da decisão política, leva sua bagagem genética, mas o cordão umbilical entre a decisão político penal e a norma, é cortado pelo princípio da legalidade, ao menos no que concerne à extensão punitiva. (...) Não obstante, a circunstância de que seja cortado o cordão umbilical entre a decisão política e a norma, não significa que haja entre ambas um desvinculação total e absoluta, posto que a carga genética da decisão política é conservada pela norma. O bem jurídico tutelado, escolhido como decisão política, é o componente teleológico que nos indica o fim da norma. Sempre que se observar o princípio da legalidade, o esclarecimento da decisão política será um elemento orientador de primordial importância para determinar o alcance da proibição<sup>3</sup>

Quanto ao princípio da legalidade neste contexto, é importante ressaltar que não obstaculiza a política criminal, conforme entendimento de Von Liszt, pois o princípio da legalidade se observa imposto pela política criminal, que, acaba por escolher o caminho da segurança jurídica.

“Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política”.<sup>4</sup>

A norma, portanto, deixaria de exprimir o tão propalado interesse geral, cuja simbolização aparece como justificativa do princípio representativo para significar, muitas vezes, simples manifestação de interesses partidários, sem qualquer vínculo com a real necessidade da nação.

A Política Criminal é, portanto, parte da política geral, e deve ser entendida dentro desses limites, em que o tratamento dispensado ao delinqüente, e a própria legislação penal, se tornam objeto de barganha política e de legitimação do poder.

Permanece, porém, um certo desconforto, que sempre se intensifica quando se pergunta se o minucioso trabalho sistemático de nossa dogmática, feito através de sutilíssimas precisões conceituais, não se caracterizaria por uma desproporção entre os esforços investidos pelos estudiosos e suas consequências

---

<sup>3</sup>ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. I. 9ª. Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2011

<sup>4</sup> Op. Cit., pag.09

práticas. Se o que importa é somente organização, igualdade e domínio sobre a matéria, então todas as discussões sobre o sistema “correto” parecem pouco produtivas.

Em 1994, foi criado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, as Regras Mínimas para Tratamento do Preso no Brasil. Inspirada nas regras já firmadas anteriormente pela Organizações das Nações Unidas, o texto refere-se a humanização dos estabelecimentos, reafirma os direitos dos presos, já expressos na Lei de Execução Penal, e orienta quanto à execução das penas, entretanto tais regras estão no plano ideológico, não tendo sido colocado em prática.

Diante do total abandono em que se encontra o sistema prisional, NUCCI<sup>5</sup> também considera:

"Na prática, no entanto, lamentavelmente, o Estado tem dado pouca atenção ao sistema carcerário, nas últimas décadas, deixando de lado a necessária humanização da pena, em especial no tocante à privativa de liberdade, permitindo que muitos presídios se tenham transformado em autênticas masmorras, bem distantes do respeito à integridade física e moral dos presos, direito constitucionalmente imposto."

Tais idéias vão de encontro a fundamentação da presente pesquisa, a qual vem a tratar da aplicação da Unificação da Pena como um incidente de execução penal, como forma de política criminal, amenizando as reprimendas exarcebadas e impotentes frente a função da pena.

No tocante a teoria funcionalista que vislumbra a política criminal, estaríamos diante da aplicação de uma norma frente a uma possível solução da crise institucional dos presídios, a fim de humanizar a pena e ressocializar o indivíduo.

Vale dizer que a unificação não é contemplada no Direito Processual Penal, sendo o próprio Código Penal<sup>6</sup> que na regra do crime continuado (artigo 71) sustenta a aplicação processual tornando factível o reconhecimento da continuidade delitiva e a unificação de penas.

No entendimento da Magistrada Eliane Alfradique, Mestre em Direito Público, o qual corrobora com o entendimento da pesquisa em tela, cita-se que

---

<sup>5</sup> Op. Cit., pag 08

<sup>6</sup> BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

“ Embora a “mens legis” seja no sentido de o julgador ao decidir em 1ª. Instância reconhecer a existência de crime continuado e aplicar uma das penas, se idênticas, ou a mais grave, sempre aumentada de um sexto até dois terços, mas também em sede recursal ou mesmo na execução de pena, vez que não preclui o direito do apenado de obter do estado a situação menos gravosa para sua expiação. Até porque estamos vivendo um rompimento dos paradigmas da estrita formalidade do processo penal e rumando para a “busca” do chamado “justo processo. A chamada “crise do direito” bate, assim, diretamente, às portas do processo penal. É justamente em sede de execução, que a norma do artigo 71 assume a feição, a índole da norma processual.”<sup>7</sup>

Ainda ressalte-se, que não seja olvidado que a Unificação das Penas, fundada na ficção jurídica do crime continuado, deve ser contemplada como um benefício criado para atenuar os rigores das reprimendas que em nada contribuem para o processo de ressocialização consagrado pelo ordenamento jurídico vigente. E como tal, seus requisitos não podem ser medidos milimetricamente, como uma ciência exata, mas sim com a permeabilidade de espírito, sob pena de fazer letra morta desse instituto de moderna Política Criminal.

### **3.ORIGEM E HISTORICIDADE DO CRIME CONTINUADO**

Sendo o crime continuado o fundamento técnico da aplicação da unificação de penas, vale, portanto, demonstrar seu surgimento no universo jurídico e sua evolução histórica até nos alcançar.

O crime continuado foi desconhecido no direito romano. Tanto é que tal direito foi submetido a algumas dificuldades, no tocante a ação penal, quando vários eram os crimes cometidos pelo mesmo agente, ofendendo vítimas diversas ou diversos bens relativos a mesma vítima.<sup>8</sup>

Problema análogo conheceu o direito canônico antigo, especialmente ligados à forma do processo, quando se tratava de delitos concorrentes. A agressão praticada contra um padre, no interior de uma igreja, justificava o cumulo de ações, embora as penas fossem aplicadas separadamente para cada um dos crimes, lesadas as imunidades pessoal e real. Mas já se evidenciava o exagero resultante da soma das penas decorrentes da acumulação material.

---

<sup>7</sup> ALFREDIQUE, Eliane. Juíza/RJ – Mestre em Direito Público. Artigo publicado.–. [www.execucaopenal.com.br/UnificacaoPena.pdf](http://www.execucaopenal.com.br/UnificacaoPena.pdf)

<sup>8</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969.

Assim, o direito canônico antigo, pode-se também afirmar, não conheceu igualmente a continuação delituosa, que foi dominado pelo princípio da acumulação material de penas, isto é, o delinqüente deveria ser punido tantas vezes quantas cometesse o crime.

Deve-se dizer o mesmo relativamente ao direito germânico antigo, onde vigoravam as regras da absorção e da acumulação.

Ante a este contexto, sustentam orgulhosamente os penalistas italianos que o crime continuado é criação da doutrina de sua pátria. Tem razão Silva Correia quando sustenta que os práticos medievais italianos não atinaram com o verdadeiro sentido do problema da continuação delituosa. Mas é inegável que à sua extraordinária sensibilidade se deve a primeira noção do instituto. Não tiveram essa segurança teórica dogmática que serviu instrumentalmente à doutrina alemã moderna, para fixar mais precisamente as bases do instituto.<sup>9</sup>

Toda a moderna construção desta complexa figura está estruturada em conceitos inteiramente novos, desconhecidos à época em que viveram os glossadores, pós glossadores e práticos.

É certo, porém, que as raízes do moderno conceito são as mesmas fincadas pelos antigos jurisconsultos, pois ainda hoje o crime continuado não deixa de ser fruto sazonado de um critério de benignidade.

Ao critério de benignidade dos práticos italianos, procurando amenizar o rigor da punição com a morte, cominada ao autor do terceiro furto, devemos atribuir essa origem.

Notável é a ligação do crime de furto e a figura do crime continuado. Toda primeira fase histórica deste último se desenvolve ao lado do tratamento penal dispensado àquele, para mitigar a severidade da pena cominada ao terceiro furto, comum à época, dado horror que se votava ao ladrão.

MANZINI, em seu trabalho sobre o furto, indica alguns estatutos medievais que assim dispunham, punindo severamente o terceiro furto, dizendo:

“Era, entretanto, freqüentíssimo o caso, como o próprio Claro reconhece, em que se punia o réu de três furtos seguidos. Este era antiqüíssimo uso Vêneto, seguido, além das leis de Carlos I de Anjou. No capítulo de furtis, emanado no ano de 1269 em Trani (forca ao reincidente em três pequenos

---

<sup>9</sup> CORREIA, Silva apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

furtos); do Estatuto de Sassari de 1316 (ao terceiro furto, forca, se os três furtos chegam a menos a 20 liras); da lei de 5 de dezembro de 1724 para Bolonha, do Cardeal Ruffo (se a soma dos três furtos importa pelo menos em 20 escudos); e finalmente abolido na legislação leopoldina de 1786.”<sup>10</sup>

Recuando no tempo, Carrara aponta como de origem germânica as primeiras cominações de pena de morte ao autor do terceiro furto:

“Parece que as primeiras notícias da pena de morte irrogada ao terceiro furto, que é certamente de origem germânica, remontam à Constituição de *convetione pacis publicae* de Henrique III, à qual alguns juristas atribuem a data de 1043. Daí a idéia que “criou-se a doutrina da continuação para computar os três ou quatro furtos como um só, e esta foi uma idéia justíssima.”<sup>11</sup>

A opinião comum aqui representada é a de que foram os práticos medievais italianos que conceberam a figura do crime continuado.

Parece acertada a opinião de Leone fazendo recuar até Bartolo e Baldo a conceituação do crime continuado, pois esta unidade de fim na multiplicidade das condutas delituosas representou um avanço extraordinário, possibilitando os comentários e as sentenças posteriores dos sistematizadores do instituto, especialmente Farinacio e Claro.<sup>12</sup>

Ao trabalho de Farinacio, principalmente, é que se deve a sistematização do crime continuado. Parecem-nos de uma clareza os textos que possibilitam a conclusão de que este prático teve uma segura visão do problema e procurou a solução que mais adequada lhe parecia, na época, para mitigar o rigor da pena imposta ao autor do terceiro furto.

Anteriormente a este entendimento, as citações mostram o sistema rigoroso de punição estabelecido para o terceiro furto e Farinacio permite concluir que a pena de morte era destinada ao ladrão, quando praticasse o terceiro furto, mesmo que já tivesse sido punido pelos anteriores.

Também podemos dizer isso relativamente a sentença de Claro, na qual a continuação se caracterizava pela violação da mesma norma legal com uma pluralidade de delitos. A descontinuidade das ações era exigida, pois somente assim

<sup>10</sup> MANZINI – *Tratatto di Diritto Penale*, cit., 2º. Vol., pág. 632 apud PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>11</sup> CARRARA. *Programa*. Vol. I, pág. 553 apud PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>12</sup> LEONE. Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. *Do Crime Continuado*. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

teriam os sucessivos crimes a individualização necessária para formar a série continuada.

Aproximava-se o pensamento de Claro ao de Baldo, conferindo relevo especial ao elemento “ unidade de norma legal”, sem desprezar o fator temporal. As circunstâncias objetivas assumiam particular importância na conceituação de Farinacio, que foi criticado por Leone.

Essas divergências faziam já pressentir o dissídio que mais tarde eclodiria entre os subjetivistas e os objetivistas e que até hoje não está pacificado.

O que é certo, é que os italianos conferiram maior valor aos elementos objetivos tempo e lugar, principalmente para caracterizar a continuação, embora os comentários de Bartolo façam menção ao requisito do fim único.

Também segura é a afirmação de que os práticos conceituaram o crime continuado como uma ficção jurídica, fornecendo argumento de valor histórico aos adeptos da teoria ficcionista.

Tomando por base o princípio do século XIX, podemos afirmar que a sistematização do instituto do crime continuado ganhou grande impulso.

Nos séculos XVII e XVIII, a figura em questão não parou de evoluir, através da jurisprudência, da pertinência, nas legislações penais, de disposições rígidas quanto ao princípio da acumulação de penas.

Entretanto, a partir do início do século XIX que houve maior preocupação em dar ao crime continuado a sua feição própria, cogitando os legisladores defini-lo de maneira mais técnica. Assim, deixando aberto o caminho à clemência do juiz, reconhecendo-lhe o direito de avaliar e levar em conta as circunstâncias pessoais e reais do furto e também de evitar a morte do ladrão.

A estas contribuições a jurisprudência e dos costumes, somaram-se as ponderações doutrinárias, ensejando o reconhecimento da continuação delituosa nos sistemas legislativos. Na Itália e na Alemanha, quase ao mesmo tempo, oficializou-se o instituto com definições próprias, e não mais como simples expediente casuístico. Assim é a lei toscana de 30 de setembro de agosto de 1795, em seu artigo 19, reconhecia o furto continuado, limitando o intervalo de 20 horas, mas admitindo que os furtos fossem praticados por modos diversos, mesmo contra diversas pessoas.

Na Alemanha, graças ao trabalho de Feuerbach, o crime continuado apareceu no Código Penal da Baviera, de 1813, figurando no artigo 110.

## Quanto aos códigos portugueses e brasileiro, Pereira de Souza

“(“classes de crimes”) dizia que se apresentam os continuados quando são praticados por atos multiplicados com a mesma pessoa e mesma coisa”. As ordenações Afonsinas não tinham nada que se referisse ao assunto; as Ordenações Manuelinas L.V, tit. 37 parágrafo 3º. Se refere “três furtos por desvairados tempos.”<sup>13</sup>

No Brasil até o Código Criminal de 1830 sofremos influência das Ordenações; a Ordenação Filipina, Livro V, Tit. 60 parágrafo 3º: “ e fazendo alguém três furtos por diversos tempos, se cada um dos furtos por si valer um cruzado ao menos, morra por isso, posto que já por o primeiro ou o segundo ou por ambos fosse punido.”

O nosso Código Criminal de 1830 foi omissivo, não havendo sequer referência ao concurso ideal. O Código de 1890 dispunha no artigo 66 parágrafo 2º.:

“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 aumento da sexta parte”. Parágrafo 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.”

Vigente o Código de 1830, há decisões jurisprudenciais que disciplinaram o tema: um julgado do Superior Tribunal de Justiça, de 8 de outubro de 1859, anulando julgamento que impôs tantas vezes a pena de morte, quantas forem as ofensas físicas leves praticadas, sucessivamente contra diversas pessoas.<sup>14</sup>

O Projeto do Código Penal Brasileiro (1913), de Galdino Siqueira, contemplava, desta vez com clareza e precisão não encontradas no diploma legislativo atual a figura em exame. No artigo 47 dizia: “se o delinqüente, com a mesma resolução e por diversas ações, violar a mesma disposição de lei penal, ficará sujeito a pena cominada, aumentada de um sexto a metade.”

O Projeto de Sá Pereira (1928), seguindo esteiras do projeto italiano de Ferri, consagrava em seu artigo 112, II: “Ao que com unidade e identidade de ação viola diversas leis criminais, ou diversas disposições de uma delas...artigo 110 –

<sup>13</sup> SOUZA, Pereira apud

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>14</sup> DOTTI, Rene A., Revisão do Crime Continuado, Ver. Faculdade de Direito, Paraná, Curitiba, 1969, pág. 175

aquele que responder por mais de um crime, aplicar-se-á a pena do mais grave”. Os dois artigos falam apenas em concurso, ideal e material.

Finalmente no Código Penal vigente, que data de 07 de setembro de 1940, com diversas modificações posteriores, ainda com a nova parte geral, de 1984 do Código Penal persistiu na figura do crime continuado no artigo 71, do qual se extrai além da idéia da continuidade delitiva, também a unificação de penas em sede de execução penal.

### 3.1 - CONCEITO, NATUREZA E CABIMENTO DO CRIME CONTINUADO

Vale dizer que embora a pesquisa objetiva abordar a figura da unificação das penas, necessário se torna explicar a figura do crime continuado, uma vez que este é o embasamento jurídico daquele.

Entre os diversos apontamentos e escritos sobre o tema, há que destacar alguns conceitos:

“O crime continuado é uma repetição de atos criminosos constitutivos de crimes distintos entre si, mas por assim dizer fundidos em um único crime, porque se dirigem ao objetivo de uma mesma resolução criminosa.”<sup>15</sup> (João Vieira de Araújo). A única crítica que se pode fazer é quanto ao nome: contínuo não é sinônimo de continuado e sim de permanente; o continuado não é meramente uma repetição (este seria o habitual), é uma pluralidade de atos.<sup>16</sup>

“Crime continuado é aquele que tem multiplicidade de ações, que se punem como único, atenta a unidade de resolução ou desígnio”<sup>17</sup>. Galdino Siqueira comete a falha de omitir a mesma disposição legal, falha que deve ser esquecimento pois, em seu anteprojeto fala “em violar a mesma disposição de lei penal”, (artigo 47).<sup>18</sup>

“é uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão da sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.”<sup>19</sup> Apenas duas críticas que se faz: aboliu voluntariamente a unidade de resolução e faz referência a condições de tempo, lugar e maneira, que não são condições essenciais e sim meramente acidentais; eleva-as pois, a condição sine qua non na verificação do delito.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> ARAUJO, João Vieira. Ensaio de Direito penal. 1884

<sup>16</sup> SZNICK, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994

<sup>17</sup> SIQUEIRA, Galdino. “O crime continuado no direito Penal brasileiro” – Ver. Bras. De Criminologia e Medicina Legal. 1934,2

<sup>18</sup> Op.cit pag., 18

<sup>19</sup> HUNGRIA, Nelson. “O crime continuado em face do Novo Código Penal”- arquivo Jud., 1943.

<sup>20</sup> Op.cit., pag. 18.

Após algumas definições passo a demonstrar a que parece mais correta:

“delito continuado é a lesão a bens que não são eminentemente pessoais, e que se produz quando há unidade de propósito, mediante várias ações, com infração a um único preceito, sem ter havido entre elas qualquer punição.”<sup>21</sup>

Assim, vale elencar os elementos clássicos que constituem os requisitos essenciais da figura do crime continuado: pluralidade de ações, infração a um mesmo preceito legal, unidade de propósito.

Importante para a prática no entendimento de Carrara, Carmignani, Impallomeni, Luchini, Alimena e Pessina, é que não tenha havido ainda punição para as ações praticadas, pois então ter-se-á configurado a reincidência; Hungria, na definição supramencionada, é o único que a ela se refere ao falar de “sem intercorrente punição.”

Quanto a natureza jurídica do crime continuado, três são as principais posições defendidas pelos que abordaram a matéria, representadas cada uma delas pelas teorias que as sustentam: a teoria da ficção jurídica, a da unidade real e a da unidade jurídica.

Na teoria da ficção jurídica, quem a defende é Carrara, que observando a motivação histórica do instituto, atribuíra aos práticos medievais italianos a elaboração da doutrina do crime continuado, para mitigar os severos efeitos da condenação do terceiro furto. Assim escreveu

“introduziram a doutrina da continuação, que tem a benigna finalidade de considerar os diversos delitos como um só delito continuado, a fim de aplicar-lhes uma imputação conjunta, mais grave do que a atribuível ao crime único, porém nunca equivale à soma resultante da acumulação das imputações devidas a cada infração.”<sup>22</sup>

Assim, na expressão “finalidade de considerar”, a indicação de que os crimes eram diversos e que somente por uma ficção passavam a ser tidos como crime único.

Em outra passagem o nobre autor expõe:

---

<sup>21</sup> Op.cit. pag. 18.

<sup>22</sup> CARRARA. Apud

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

“A este exagero a prática ofereceu reparação com benignidade e com justiça, criando a forma do crime continuado, a fim de subtrair com esta ficção jurídica os mencionados casos de severo rigor que era destinado ao crime repetido.”

Manzini <sup>23</sup>concordou no mesmo sentido: “O instituto do crime continuado é fundado,, indiscutivelmente, sobre uma ficção jurídica.” E acrescentou: “A ficção jurídica resulta de uma transação entre a coerência lógica e a utilidade e equidade(...)

Quanto a teoria da unidade real, exposta e defendida por Alimena<sup>24</sup>, com os adeptos penalistas Empallomeni, Brusa, Florian e Marciano, resumiu seu pensamento a respeito da unidade real dizendo que, “se cada ação sucessiva pode ser considerada como um crime per se, a verdade é que cada uma delas não passa de um episódio da mesma consumação.” Se uma é a lesão e uma também a intenção, prossegue o raciocínio da autor, pouco importa que múltiplas sejam as ações. O que deve ser considerado na conceituação do crime continuado, é a unidade de intenção e a unidade de lesão, porque a ação não é senão um meio. A pluralidade de ações não dá lugar, por si só, a pluralidade de crimes, porque a ação, não passando de um meio, pode resultar uma só em vários crimes, enquanto que com várias ações pode-se cometer um único delito.

Na teoria da unidade jurídica, que é noticiado por Aldo Moro<sup>25</sup>: “para alguns autores trata-se de unidade real, para outros de unidade jurídica, para outros enfim, unidade fictícia”.

Segundo os seguidores desta corrente, o crime continuado não é uma unidade real e também não é mera ficção criada pela lei. Trata-se sim, de uma figura contemplada pelo legislador, mas tem uma existência própria e se destina a fins determinados; por isso é uma realidade jurídica e não uma ficção. E a sua existência como unidade delituosa decorre da lei, convertendo-se em uma unidade jurídica plenamente válida no ordenamento jurídico.

No mesmo sentido, o pensamento de Arturo Santoro:

---

<sup>23</sup> MAZINI. Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>24</sup> ALIMENA. Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>25</sup> MORO. Aldo. apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

“Analisando o conceito dado, o crime continuado constitui-se de uma pluralidade de crimes, aos quais corresponde pluralidade de condutas, homogêneas entre si, ligadas psicologicamente por um mesmo nexos. O concurso de tais elementos faz com que a pluralidade dos fatos-crimes seja normativamente integrada e tratada como um só crime.”<sup>26</sup>

Pode-se concluir acerca da natureza jurídica do crime continuado que a razão está com a teoria da ficção jurídica limitada. Apoiada firmemente na origem histórica do instituto, na motivação da permanência da figura nos Códigos Penais modernos, na sua finalidade própria.

Para esta teoria não é necessário deduzir tais ou quais requisitos objetivos ou subjetivos o reconhecimento da continuação, sendo que a ficção jurídica resulta nitidamente de uma disposição de lei e tem como finalidade temperar o excesso decorrente da aplicação do princípio rígido da acumulação material de crimes.

### 3.2- PRESSUPOSTOS DO CRIME CONTINUADO

Pode ser analisado sob a epígrafe elementos do crime continuado, para identificarmos a constituição da figura que trato no presente estudo.

A doutrina italiana fixou-se, tradicionalmente, na aceitação do critério de benignidade que informara as sentenças e os comentários dos práticos, conferindo maior importância ao elemento subjetivo que indicaria, normativamente, a unidade de intenção como liame a juntar todas as ações delituosas em continuação.

Na Alemanha nasceu e se desenvolveu a teoria objetiva, que confere maior importância aos elementos exteriores da ação, deduzindo a continuação do exame dos dados aparentes e conferindo primazia a homogeneidade das condutas, sem desprezar a semelhança do tipo, o caráter unitário do bem jurídico, a utilização das mesmas relações e da mesma ocasião, principalmente.

Transigindo em parte, e adotando um critério misto, surgiu na Alemanha a teoria subjetivo-objetiva,, adotada hodiernamente pela maioria dos autores germânicos e também pelos italianos. Esta teoria firma compromisso com as outras duas, assimilando uma parte de cada uma, pois alia elementos objetivos ao subjetivo.

---

<sup>26</sup> SANTORO. Arturo. Apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

Uma outra corrente doutrinaria busca o pressuposto do crime continuado em um critério de utilidade processual, destinado a evitar gastos e energias que poderiam ser mais bem aproveitados. Os delitos tidos como continuados seriam objeto de uma só relação processual, obviando-se as deficiências e inconveniências decorrentes de processos múltiplos.

Na Teoria Subjetiva, confere maior relevo ao elemento psicológico, conforme observação de Aldo Moro: “A conceituação subjetiva prevalece largamente na doutrina italiana”.

Leone afirma que:

“ Acontecerá portanto, que, apesar dos esforços desenvolvidos pela doutrina no sentido de conceituar firme e seguramente este extremo do crime continuado, na prática judiciária será o mais da vezes um intuição do Juiz, um critério de benignidade que se verá impor-se, quase uma ficção de existência deste nexó psicológico, como observam alguns escritores alemães.<sup>27</sup>

É inegável. A insegurança e fluidez da conceituação deste elemento psicológico. Não obstante a fidelidade à origem do instituto seria impossível encontrar-se somente na unidade de desígnio criminoso, a indicação suficiente para conceituar-se o crime continuado.

Na Alemanha, a teoria subjetiva se originou como uma reação contra teoria objetiva enunciada por Feuerbach. A respeito dela escreveu Cesar Hernandez: foi seguida por Schreter, Henke e Haeischne estando atualmente totalmente abandonada. Segundo esta teoria só se terá em conta, para o estabelecimento da continuação, o elemento subjetivo, o nexó psicológico.

A Teoria Objetiva, no extremo oposto, nascida na Alemanha, encontra-se a construção objetivista, exposta por Feuerbach, e que mereceu as seguintes ponderações de Juan Del Rosal: “Esta teoria possui certa tradição entre os penalistas alemães, pois nasce com Feuerbach e posteriormente é continuada Por Woringer.”<sup>28</sup>

A consequência mais importante da teoria objetiva foi equacionar o conceito de crime continuado para Mezger, vale citar:

---

<sup>27</sup> LEONE. Op cit. pág. 15

<sup>28</sup> ROSAL. Juan Del. apud

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

“com a homogeneidade dos elementos exteriores da ação, obtém o conceito da ação continuada com vistas a características objetivas da conjugação dos vários atos. Geralmente se indica como critério objetivo, com alguns desvios particular, a semelhança do tipo, a homogeneidade da execução, o caráter unitário do bem jurídico, a conexão temporal, a utilização das mesmas relações e da mesma ocasião, entre outros.”<sup>29</sup>

Assim, desprezando a unidade de desígnio ou a unidade de resolução como elemento integrante da continuação delituosa, os objetivistas mostraram que a fundamentação do instituto não exigiria o nexó psicológico ligando as diversas ações delituosas, e assim transferiram ao juiz o encargo de deduzir da homogeneidade das condutas e das outras características enumeradas por Mezger a existência ou não do crime continuado.

Já para teoria subjetivo-objetiva, enunciada inicialmente na Alemanha, também por inspiração de Mittermaier, esta corrente eclética exige os dois elementos, subjetivo e objetivo, para configuração do crime continuado. Diz Silva Correia que na Alemanha este ecletismo foi consagrado “ na jurisprudência a que invariavelmente há cinquenta anos se tem mantido fiel o Supremo Tribunal Alemão.”<sup>30</sup>

A conceituação do crime continuado, segundo esta teoria que é hoje predominantemente entre os criminalistas de todos os países que acolhem a doutrina da continuação delituosa, reúne elementos subjetivo e objetivo, como vimos, sem conferir prioridade a qualquer deles. Mezger sintetiza ainda:

“Esta tese exige, para a existência de uma ação continuada, além de determinados fundamentos objetivos, outros de espécie subjetiva, isto é, além dos fundamentos objetivos, também aqueles que tem suas raízes na consciência e na vontade do agente.”<sup>31</sup>

### 3.3- ASPECTOS PROCESSUAIS DO CRIME CONTINUADO.

a) *Ratione Materiae*. Na sistemática do direito processual brasileiro, a questão a competência para o processo e julgamento dos crimes em continuação está regulamentada implicitamente pelo disposto no artigo 82 do Código de Processo Penal, que assim se escreve:

<sup>29</sup> MEZGER, Edmundo – Tratado de Derecho Penal – Trad. Esp. - Ed. Ver. Der. Privado – Madri, 1955 – pág.357apud

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>30</sup> CORREIA. Silva. Op cit. pág. 14

<sup>31</sup> MEZGER. Op cit. pág. 22

“Se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas.”

Assim, três hipóteses são consideradas: A competência *ratione matérie*; b) competência firmada *ratione loci* e c) competência firmada pela prevenção da jurisdição.

Relativamente ao crime continuado, que por definição será sempre referido a uma série de delitos da mesma espécie, a competência por matéria não oferece qualquer dificuldade, resolvendo-se como se tratasse de um crime único.

c) *Ratione Loci*: Maior dificuldade apresenta a hipóteses no crime continuado. Frederico Marques advertiu:

“ a competência territorial determina o lugar onde se deve julgar a causa penal. A delimitação desta espécie de competência descansa sobre a circunstância de que litígios suscitados em lugares distintos são submetidos ao conhecimento de órgãos judiciais situados em pontos geográficos também distintos, mas pertencendo à mesma classe e grau.”<sup>32</sup>

A regra central que regula a competência pelo lugar está no artigo 70 do CPP “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.”.

O crime continuado, para os que aceitam a teoria ficcionista, não sendo uma unidade real, não tem evento próprio, e também não tem momento consumativo próprio, pela mesma razão de ser uma unidade real, não tem forma tentada própria. Assim, relativamente ao concurso de infrações continuadas, não há que se falar em execução unitária, mas parcelada, contemplando-se isoladamente cada uma das infrações concorrentes.

Assim, se os crimes tiverem sido cometidos em lugares diferentes – excetuadas as hipóteses de crimes praticados em territórios de nações diversas – sendo todos da mesma espécie, a competência firmar-se-á também pela prevenção, pois o primeiro juiz que conhecer de qualquer das infrações da série continuada se

---

<sup>32</sup> MARQUES. Frederico. Apud  
, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994

tornará competente, em tese, para o processo e julgamento das demais, pelo princípio da jurisdição prevalente.

Neste sentido é a jurisprudência servindo como exemplo o seguinte julgado do tribunal de Justiça de São Paulo:

“Tratando-se de um delito continuado, cujas ações se praticaram, sucessivamente, em mais de uma jurisdição, a competência para o processo firma-se pelo princípio legal da prevenção, isto é, competente é o juiz que tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo.”<sup>33</sup>

d) Prevenção de jurisdição: Relativamente ao crime continuado, adotando-se a teoria ficcionista, a competência firmar-se-á sempre pela prevenção, pois os pressupostos da continuação conduzem a este entendimento: primeiro porque os crimes serão sempre da mesma espécie, o que importará em unidade *ratione materiae*; segundo, porque, se tratando de delitos praticados em lugares diversos, integrado todos da mesma série continuada, os juízes das diversas jurisdições onde se tenha verificado alguma, ou algumas das infrações, será igualmente competente. Daí, a prevalência da jurisdição onde se tenha iniciado o primeiro processo, pelo princípio da prevenção.

#### **04- CRIME CONTINUADO COMO FUNDAMENTO À UNIFICAÇÃO DE PENAS NA EXECUÇÃO PENAL E SUAS APLICAÇÕES PRÁTICAS.**

Entramos no item que passarei a expor acerca do tema que me propus analisar. Importante destacar que a figura do crime continuado é importante para o estudo em questão, na medida, que os critérios adotados para sua aplicação serão os mesmos adotados para a unificação.

A unificação de penas é prevista atualmente no Artigo 66, inc. III, "a" da Lei de Execução Penal - Lei 7210/84, na doutrina são poucos os que abordam a questão como um incidente de execução, o que traz no bojo desta pesquisa, a sugestão a considerar e assegurar esta categoria da unificação de penas como um incidente de execução penal e ainda com relação a jurisprudência não é pacífica em vários aspectos, conforme será demonstrado oportunamente .

---

<sup>33</sup> RT, vol. 167/96

Como fundamento à sua aplicação a jurisprudência é pacífica no sentido de se basear no artigo 71 do Código Penal, se valendo da mesma natureza jurídica do crime continuado, a unificação de penas é uma ficção jurídica, de maneira a abrandar a pena imposta ao condenado podendo ser vista como forma de uma política criminal.

GUILHERME DE SOUZA NUCCI aduz que:

“A unificação é um autêntico incidente na execução da pena, valendo para transformar vários títulos (sentenças condenatórias diversas) em um único, seja para produzir a soma das penas (quando há várias condenações em concurso material, conforme o art. 69, CP), seja para transformar várias penas em uma só, com uma causa de aumento (quando não foi anteriormente reconhecido o crime continuado – art.71, CP – ou o concurso formal – art. 70, CP) ou, ainda, para fixar o teto de cumprimento da pena (quando a pena ultrapassar o montante de 30 anos, seguindo-se o disposto no art. 75, CP)”.<sup>34</sup>

A distinção entre a soma e a unificação de penas é que a primeira é mera adição (operação aritmética) de diversas condenações em mais de um processo criminal, para servir de base para requerimentos de benefícios inscritos na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1.984), enquanto a segunda (unificação) é a reunião de diversas apenações de um condenado em mais de um processo criminal, que acontece com base no artigo 71 do CP, quando mantém a pena maior, aumentando a pena mais grave em 1/6 a 2/3.

Importante ressaltar que na unificação ou na soma das penas há determinação do quantum da pena privativa de liberdade e também do regime de cumprimento. Portanto, há uma decisão interlocutória de conteúdo executivo; há uma formação de título executivo sucessivo às condenações individuais e por isso o termo inicial para contagem do prazo para concessão do benefício da progressão do regime prisional não pode ser anterior a formação deste título.

Assim o regime de cumprimento da pena, o termo inicial para contagem do prazo para concessão do benefício da progressão do regime prisional é a data da soma das penas ou da unificação, já que neste momento ocorreu a formação do título executivo sucessivo.

Sabemos que penas longas demais e sem uma função de ressocializar o apenado são impotentes frente a funcionalidade do direito penal moderno.

---

<sup>34</sup> (2013, 06). Unificação e soma de penas. *TrabalhosFeitos.com*. Retirado 06, 2013, de <http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Unifica%C3%A7%C3%A3o-e-Soma-De-Penas/1006850.html>

A unificação de penas, observada a continuidade delitiva, merece tratamento de equidade, para fins de compatibilizar os interesses do apenado com os da sociedade, afastando penas exageradamente longas e sem qualquer critério para devolver o indivíduo melhorado à sociedade.

Constata-se *prima facie*, que presentes os requisitos material, sendo crimes de mesma espécie e temporal, há que ser reconhecida a unidade de resolução e concedida a unificação de penas.

Neste sentido, atualmente encontra-se divergência quanto ao entendimento do que vem a ser “unidade de desígnios”, pois há quem entenda refutar-se o argumento estribado em ausência de unidade de desígnios, porque adotada pelo nosso Código a Teoria puramente Objetiva, com que desprezam quaisquer ponderações apoiadas em elementos subjetivos.

Desta forma já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus no. 68.661-3, com Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, onde expõe o Eminentíssimo Relator ao proferir o acórdão, confirma sua posição: “Crime continuado: conceito puramente objetivo da lei brasileira: relevância de dados subjetivos restrita a fixação da pena unificada. 1- o direito brasileiro, no artigo 71 na nova parte geral, de 1984, do Código Penal, persistiu na concepção puramente objetiva do crime continuado; a alusão, na definição legal do instituto, a “outras circunstâncias semelhantes” aquelas que enumerou “de tempo, lugar e modo de execução”, só compreende as que, como as últimas, sejam de caráter objetivo, não abrangendo dados subjetivos dos fatos. 2. Viola o artigo 71 do Código penal o acórdão que, embora reconhecendo a concorrência dos elementos da caracterização objetiva do crime continuado, que nele se adotou, nega porém, a unificação das penas, a base de circunstância subjetivas, quais os antecedentes do acusado ou a ausência de unidade de desígnio. 3. A algumas circunstâncias subjetivas fez concessão o parágrafo único do artigo 71 do Código penal, não para tratamento penal mais rigoroso, nas hipóteses ali previstas. 4. HC parcialmente deferido para reconhecer a continuação dos crimes, mas remeter ao juízo da execução a correspondente fixação da pena unificada.” (Unânime)

Ainda a Magistrada, já citada no presente estudo Eliane Alfredique, do Rio de Janeiro, em seu artigo acerca do tema, expõe que “a unificação de penas é apoiada na continuidade delitiva e adotada a teoria puramente objetiva, pelo legislador, não importam os elementos subjetivos, como a unidade de desígnios.”<sup>35</sup>

A continuidade delitiva, para fins de unificação de penas deve ser analisada sem maiores rigorismos, especialmente quando se trata de critério temporal, não se podendo acolher cálculo estritamente aritmético, para aferir-se do

---

<sup>35</sup> ALFREDIQUE. Eliane. Op cit. 13

espaçamento verificado entre os crimes, analisados que devem ser os fatos em uma visão global.

Na sua visão prossegue o entendimento no sentido de que presentes todos os demais requisitos objetivos, não sendo excessivo o distanciamento entre os delitos, nem podendo ser o apenado tido como criminoso contumaz, pois a lei não faz essa referência é de se deferir o pedido.

Todavia, é de se verificar a jurisprudência que aduz necessária para além dos requisitos objetivos, a unidade de desígnios, podendo dizer nesta ótica que a jurisprudência do STJ adota a teoria objetivo-subjetiva.<sup>36</sup>

“Habeas Corpus (...) AÇÕES PENAIS. ESTELIONATO. CONDENAÇÕES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRETENDIDO RECONHECIMENTO. FINS DE UNIFICAÇÃO DA REPRIMENDA. REQUISITOS ARTIGO 71 DO CP. NÃO PREENCHIMENTO. DIFERENTES MODO DE EXECUÇÃO, DIVERSIDADE DE VÍTIMAS E DESIGNIOS AUTÔNOMOS. REITERAÇÃO DELITIVA. CONFIGURAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. Para a caracterização da continuidade delitiva, é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (artigo 71 do CP- teoria mista ou objetivo-subjetiva)(...)4. Habeas Corpus conhecido, e no mérito, denegada a ordem” STJ. Quinta Turma. HC 166534/SP. Relator Ministro Jorge Mussi. DJE 31/05/2011.

No entendimento de quem acolhe esta teoria, levam em consideração que o indivíduo faz da prática delitiva seu modo de vida, sua profissão (a famosa habitualidade criminosa), segundo a jurisprudência do STJ, não é merecedor da continuidade delitiva prevista no artigo 71.

“HABEAS CORPUS. ARTIGOS 171, CAPUT (5 VEZES) E 171 C/C 14, II NA FORMA DO ARTIGO 69, TODOS DO CP. ALEGAÇÃO DE CRIME CONTINUADO. IMOCORRÊNCIA. HABITUALIDADE CRIMINOSA. Continuidade delitiva. Criminoso que faz do crime profissão não faz jus à aplicação do instituto. A habitualidade é incompatível com a continuidade. A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade. Impossibilidade de rever fatos e provas na via eleita. Ordem denegada” (STJ. Quinta Turma. HC 33891/RJ, Rel.: Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ 26/04/2004.

A jurisprudência dominante firmou-se no sentido de que aceita a continuidade delitiva, quando os crimes distarem um do outro não mais que 30

<sup>36</sup> LEBRE, Marcelo. Direito Penal & Execução Penal. Defensoria Pública do Paraná. Editora Aprove. 2ª. Edição. Curitiba. 2012

(trinta) dias). Todavia há decisões que tem admitido concurso de crimes, ainda que o lapso temporal seja superior, aceitando até alguns julgados que o período de tempo supere 06 (seis) meses.

Vale demonstrar a posição que se defende, quanto ao entendimento da unidade de desígnios no crime continuado, que nos termos do Código Penal não seria necessário tal elemento, conforme já demonstrado, posto que adotado a teoria objetiva, sendo os requisitos: pluralidade condutas e crimes de uma mesma espécie, praticados em mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) é o que se extrai também do item 59 da exposição de Motivos da nova parte geral do CP.

‘O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O Projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continua do importa em beneficiá-la, pois o delinqüente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema destinando penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.’

Assim, o cabimento de unificação de penas encontra obstáculo na sua aplicação dependendo do Julgador, posto que o tema não é pacífico, pois alguns adotam o critério subjetivo além do objetivo, o que dificulta a aplicação da instituto, muitas vezes transformando-o em letra morta da lei, sem contar que gera um descaso pela adoção da medida como uma política criminal desconsiderando a origem de benignidade do instituto, para qual atentaria somente ao critério objetivo.

O Cabimento ainda tropeça no entendimento que muitos julgadores têm acerca da habitualidade, pois entendem que o condenado por praticar dois ou mais crimes é criminoso contumaz, indo além do fundamento jurídico que nada expõe acerca da idéia.

Observa-se, portanto, que nas aplicações práticas, necessário se faz fazer as distinções entre crime continuado e crimes complexos, permanentes, progressivos e principalmente os habituais, do qual se valem alguns dos julgadores para fins de afastar a continuidade delitiva.

Vale salientar que, o conceito de continuação delituosa autoriza a afirmação de que o instituto de que tratamos é uma hipótese de concurso de infrações, e a sua unificação se justifica por motivos de equidade, tendo em vista a menor gravidade penal das condutas, em razão da reduzida periculosidade e da culpabilidade diminuída do agente.

Assim, distingue-se do crime complexo porque, neste há a fusão de dois ou mais delitos autônomos para constituir uma figura delituosa, lembrando que para configurar crime continuado somente se tratar de infrações da mesma espécie, ao passo que o crime complexo exige a presença de duas ou mais infrações de naturezas diversas.<sup>37</sup> Outra observação importante, é que no crime complexo existe unidade substancial, soldando-se os crimes componentes de tal forma que desaparece completamente a individualidade de cada um. No crime continuado, a unidade é apenas accidental, ficta, desfazendo-se desde que haja necessidade de conferir tratamento penal mais benigno ao réu, através do desmembramento das condutas.

Também não é possível confundir-se o crime continuado com o crime permanente. Como observa Punzo, a diferença típica entre ambos está que o crime continuado é composto de ações descontínuas e reiteradas, enquanto que no permanente “ a ação ou a omissão é única e cria um estado danoso ou perigosos que se protraí no tempo.”<sup>38</sup>

Orfeo Cecchi assinala também esta diferença:

“No crime continuado, que pode verificar-se em todos os crimes, encontramos uma série de crimes idênticos e distintos uns dos outros, reunidos em uma única figura de crime, pela imposição legal derivada da identidade do desígnio criminoso. E distingue-se do crime habitual e do crime permanente porque a conduta não é contínua, mas interrompida (há, portanto, solução de continuidade)”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Op.cit., pag. 13.

<sup>38</sup> PUNZZO apud SZINICK, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994

<sup>39</sup> CECCHI. Orfeo. L'evento nel reato – Ern. Schiano Ed. – S. Maria C.V., 1951, pág. 198. apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

No mesmo sentido a afirmação de Cuello Calon: “Não se deve confundir o crime continuado com o chamado delito permanente, pois neste existe uma só ação e uma só consumação.”<sup>40</sup>

Cita ainda, a monografia dedicada ao exame específico da categoria dos crimes permanentes, Giuseppe Ragno também abordou o tema, dizendo:

“A respeito da individuação, enfim, das notas distintivas entre o crime permanente e o continuado, sustenta-se, em doutrina, que “enquanto no crime permanente tem-se apenas uma violação da lei, que consiste em um fato de caráter contínuo (continuita materiale), no crime continuado têm-se várias violações da mesma disposição de lei, que são unificadas, considerando-se a unidade do elemento subjetivo (continuita morale).”<sup>41</sup>

Admite este autor, apoiado em Manzini, que pode haver continuação de crimes permanentes, hipótese que também é suscitada por Magalhães Noronha, que não se deve confundir o crime continuado com o permanente. Este, como se escreve, ocorre quando a consumação se protraí, dependente da vontade do sujeito ativo, tal qual o cárcere privado. Tanto não se confundem que o continuado pode existir no permanente. Assim, se uma pessoa em cárcere privado, logrando fugir, é logo alcançada por seu detentor e novamente enclausurada, dá-se a continuação.

O importante, frisa Leone, é que, para haver continuação, é necessário que a permanência venha a ser interrompida e, depois, retomada.

O crime continuado é também distinto do crime progressivo. Neste último há a passagem de um estágio delituoso para outro a mais grave, a medida em que a conduta se desenvolve, sendo certo que em cada etapa o agente praticou uma infração completa, porém menos grave do que a seguinte.

A característica que diferencia ambos os crimes está que no crime progressivo ficam absorvidas as infrações anteriores, remanescendo apenas a final e mais grave, enquanto que no crime continuado restam íntegras todas as infrações concorrentes.

A questão mais importante e mais complexa atualmente, se encontra na diferenciação do crime continuado e o crime habitual, muitas são as confusões que se faz.

---

<sup>40</sup> CALMON, Cuello apud SZINICK, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994.

<sup>41</sup> RAGNO, Giuseppe – Ireati permanenti – Dott. A. Giuffrè ED. – Milão, 1960 – vol. 1, pag. 350 apud SZINICK, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994

Na essência de ambas figuras pode haver confusão de espécies, tornando-se difícil a distinção, todavia, o crime habitual tem como característica principal a circunstância de ser composto por uma série de condutas que, individualmente ou isoladamente consideradas, não seriam puníveis. Mas na sua repetição, manifestando habitualidade de comportamento, implica configuração do delito.

A lição de Cuello Calon:

“Há também unidade de delito no chamado crime de hábito, que se compõe de uma série de atos, cada um dos quais é impune considerado individualmente, mas que são puníveis como um delito único, quando se repetem e manifestam um hábito em seu autor.”<sup>42</sup>

Stefano Riccio, autor do trabalho sobre a habitualidade no delito, define o que ele entende por periculosidade como caráter antijurídico penal:

“Em conseqüência, também a conduta, como o crime, encontra na lei o seu esquema legal, e, assim, sendo, os elementos constitutivos, entre os quais pode encontrar-se também o crime; um fato criminoso ou quase criminoso e a qualidade particular do sujeito, que torna provável a reincidência no crime. De tudo isto conclui-se que a periculosidade tem caráter antijurídico penal”<sup>43</sup>.

Porém, quem apresentou diferenças entre o crime continuado e o crime habitual de modo esquemático mais completo foi Punzo, que passo a citar:

“ 1) o crime continuado constitui uma categoria geral, aplicável a todos os crimes, enquanto que o crime habitual somente se verifica em poucas hipóteses expressa e especificamente indicadas na lei; 2) o crime habitual é um crime cujo estudo está afeto a parte especial, quando se faz o exame dos crimes em espécie, ao passo que o crime continuado é estudado na parte geral dos códigos; 3) o crime habitual é um crime único, enquanto que o crime continuado é uma sucessão de crimes autônomos; 4) o crime habitual exige um dolo próprio, como elemento subjetivo próprio e 5) no crime continuado cada uma das ações já constitui, por si, um crime, e no habitual se dá exatamente o contrário, pois somente haverá o crime com concurso de ações que isoladamente não configurariam.”<sup>44</sup>

A confusão pode estar no fato de se utilizar o mesmo nome habitualidade para significar coisas diversas. A reiteração na prática de crimes pode criar um

---

<sup>42</sup> CALMON, Cuello . Op cit. pág. 30

<sup>43</sup> RICCIO Stefano apud SZINICK, Valdir. Delito Continuado. 2ª. Edição atualizada. Editora Lejus. São Paulo. 1994

<sup>44</sup> PUNZZO . Op. cit. pág. 30

hábito no agente, que continuará delinqüindo habitualmente. Neste caso diz a jurisprudência, não poderá ser beneficiado com a benigna solução da continuação. Esta habitualidade de fato, chamemos assim, não pode ser confundida com a habitualidade de direito, essencial para a caracterização do crime habitual. Para a existência deste é necessário a repetição da conduta, pois somente a repetição terá força para ofender ou para colocar em perigo o bem jurídico protegido.

O crime continuado, portanto, não pode ser incluído na categoria de crimes habituais, embora possa a habitualidade em delinqüir dar margem a alguma confusão. Uma coisa é o delinqüente habitual e outra o delito habitual. Com esta distinção, não haverá lugar para dúvida: o crime continuado não se confunde com qualquer modalidade de crime habitual, e também não se há de confundir a continuação delituosa com a delinqüência habitual.

Assim passo a demonstrar duas decisões proferidas pela Vara de Execuções penais em 1º. Grau, onde se observa distintas posições nas decisões para crime de tráfico, com base na habitualidade, conforme segue:

Autos n. único: 0003996-05.2007.8.16.0013 – 1 VEP Ctba/PR. Sentença proferida pelo Dr. Eduardo Lino Bueno Fagundes Junior em data de 02/08/2013. “ O crime continuado, em síntese, ocorre quando o agente pratica duas ou mais condutas da mesma espécie, devendo as condutas subseqüentes estarem relacionadas à primeira, pelas condições de tempo e lugar, *modus operandi* e outras condições semelhantes (artigo 71 do Código Penal). (...) Diante disso, tendo em vista que o agente mediante mais de uma ação ou omissão, praticou dois ou mais crimes da mesma espécie e , pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, preenchidos todos os requisitos, aplicando-se o caput do artigo 71 do Código Penal referente as ações penais 2007.51449 e 2007.44094, provenientes da 9ª. E 4ª. Vara Criminal de Curitiba, defiro o pedido, devendo o segundo fato ser considerado como continuação do primeiro. Para análise da unificação das penas do sentenciado será utilizada a maior pena que lhe fora aplicada, qual seja, de 8 anos de reclusão na ação penal n. 2007.44094, aumentando-se 1/6 (um sexto), tendo em vista que no período compreendido entre 10.04.2007 a 12.04.2007, fora cometido apenas um crime de tráfico de entorpecentes (...)

Autos numero único 0003846-26.2013.8.16.0009. 2ª. Vara de Execuções Penais de Curitiba.Sentença proferida pelo Juiz Moacir Antonio Dala Costa. em 01 de setembro de 2014.“Verifica-se assim, que inexistente unidade de desígnios nos crimes praticados pelo apenado, demonstrando ser um delinqüente habitual, o que enseja o indeferimento do pedido, em razão da ausência de requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 71 do Código penal.Para caracterizar a continuidade delitiva é necessário que os crimes sejam da mesma espécie, cometidos nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução, bem como, com unidade de desígnios, ou seja, quando há um vínculo psicológico da ação do agente, demonstrando que os atos criminosos apresentam-se entrelaçados e a

conduta posterior constitua um desdobramento da anterior, como se as infrações estivessem presentes em sua consciência como um único fato. O fato de serem de vários delitos previstos no mesmo tipo penal, não é o suficiente para reconhecimento do crime continuado. Faz-se necessário observar como foram praticados. Sob esse aspecto, observa-se conforme descrito nas denúncias dos referidos crimes, que na realidade não se trata de continuidade delitiva e sim de reiteração criminosa. O condenado demonstra habitualidade em delinquir, fazendo dos delitos o seu meio de vida, sendo que, a mera reiteração criminosa não caracteriza a continuidade delitiva(...) No caso vertente, não há elementos suficientes que caracterizam um nexo causal entre os delitos, não havendo vínculo subjetivo ou elo de ligação, além do que, os crimes foram praticados em locais diferentes e com diversidade de comparsas, alterando a homogeneidade da conduta criminosa.”

Vale dizer que a diferença entre ambos sentenciados, é que o primeiro caso, o sentenciado não havia cometido nenhum crime anteriormente aos dois crimes de tráfico, sendo primário e seus delitos configurados no artigo 33, distanciaram 02 (dois) dias, ainda não sendo levado em consideração a associação criminosa do artigo 35 da Lei de Tóxicos e nem cogitada a unidade de desígnios. Neste caso foi levado em consideração somente os critérios objetivos. A sentença se manteve, nem mesmo o Ministério Público veio Recorrer da decisão.

Quanto ao segundo caso, os crimes distanciaram um do outro 28 (vinte e oito dias), ambos cometidos no ano de 2008, sendo que o sentenciado era reincidente por crime de tráfico, havendo cometido um delito anterior tipificado no artigo 33 da Lei de Tóxicos, em 2005 e por este motivo foi considerado um “delinquente habitual”. No caso em tela, foi levado em consideração o critério subjetivo-objetivo. Havendo sido confirmada a sentença em segunda instância, uma vez que fora interposto Recurso em Sentido Estrito, nos termos do artigo 581, inciso XVII do Código de Processo Penal<sup>45</sup>, que é o recurso cabível no caso de indeferimento do pedido de unificação de penas, conforme será exposto oportunamente .

Como se observa, com relação ao crime de tráfico não houve um consenso entre as Varas de Execução Penal, sendo que uma julgou procedente e outra julgou improcedente o pedido de unificação, o que confirma que a aplicação do instituto depende do entendimento do jurista.

Levando em consideração que a origem do instituto se deve ao crime do terceiro furto, pelos critérios de benignidade, a fim de um abrandamento na pena,

---

<sup>45</sup> BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2011

vale expor o entendimento jurisprudencial atual referente aos crimes de furtos, nos quais são levados em consideração somente os critérios objetivos, conforme segue:

Em sintonia com os julgados de outras Cortes, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, vem decidindo que : "Em se tratando de dois crimes de roubo cometidos em ínfimo espaço de tempo e em lugares próximos, mediante o mesmo modo de execução, é inarredável o reconhecimento da continuidade delitiva, possível à vista de o direito. positivo nacional haver adotado o critério objetivo para a verificação dos requisitos da continuação". (Apelação Criminal nº 2002.050.03800, 4ª Câmara Criminal, Relator Des.Carlos Raymundo Cardoso).

Na Apelação Criminal nº 2002.050.03467, 7ª Câmara Criminal, o ilustre Des. Eduardo Mayr, decidiu: "Roubos-Continuidade Delitiva Reconhecida- Provimento do Apelo.Reconhece-se a continuidade delitiva afastando-se o cúmulo formal, se os dois eventos são sucessivos e praticados em condições de tempo,lugar e maneira de execução semelhantes, pois em sendo objetivo o critério do nosso Código Penal, não mais se questiona tratem-se ou não de ofensas a bens jurídicos pessoais. Dosimetria revista.Provimento dos apelos.

Em entendimento contrário, vale expor:

Ementa:AGRAVO. EXECUÇÃO PENAL. DE UNIFICAÇÃO PENAS. CONTINUIDADE NÃO VERIFICAÇÃO. DO . REQUISITOS oBJETIVO E SUBJETIVO. A jurisprudência DELITIVA.ART.71CPdominante do E. STF e STJ, bem como desta Corte, exige, à configuração da a continuidade delitiva,implementação dos requisitos objetivos (mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modos de art.71 CP execução) e subjetivos (unidade de desígnios), sob de, olvidado este último, premiar-se, com o instituto,pena o criminoso habitual, que faz dos um meio de vida. Precedentes. Hipótese na qual o condenado delitos pretende a das relativas a 2 roubos, praticados nos dias 01.06.2007 e 27.06.2007. Indivíduo unificação penas que, num período inferior a 30 dias, praticou nada menos do que 6 roubos duplamente majorados, pelo concurso de pessoas e emprego de arma, três deles constantes do processo nº 20700032640, e, outros três, do processo nº 20700045831, daí se depreendendo o elevado grau de periculosidade e uma vida exclusivamente voltada ao cometimento de crimes. Tanto que, nos dois processos ora tratados, a condenação também foi pelocrime de formação de quadrilha, dada a estabilidade da reunião dos agentes, ao cometimento de crimes, como se extrai do trecho respectivo da sentença condenatória no processo. Inexistência de liame subjetivo a interligar as condutas, não passando de mera habitualidade criminoso, apenas obstada em razão da prisão preventiva do imputado. Decisão reformada. AGRAVO EM EXECUÇÃO PROVIDO. DECISÃO RECORRIDA REFORMADA, NÃO SE RECONHECENDO A ENTRE OS CRIMES OBJETO DO PROCESSO Nº 015/2.07.0003264-0 E Nº 015/2.07.0004583-1,CONTINUIDADE DELITIVA. POR MAIORIA. (Agrav. Nº 70050392166, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 12/09/2012) STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 421246 SP 2002/0032280-7 (STJ) Documento assinado digitalmente, conforme MP nº 2.200-2/2001, Lei nº 11.419/2006, resolução do Projudi, do TJPR/OE

Data de publicação: 22/02/2010

Ementa:RECURSO ESPECIAL. FURTOS QUALIFICADOS. DAS CONTINUIDADE DELITIVA. UNIFICAÇÃO DO . UNIDADE DE DESÍGNIOS. NECESSIDADE. MANEIRA DE EXECUÇÃO DIVERSA. PENAS.ART.71 CP.REITERAÇÃO CRIMINOSA. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que para caracterizar a continuidade delitiva é necessária a demonstração da unidade de desígnios, ou seja, o liame continuidade delitiva volitivo que liga uma conduta a outra, não bastando, portanto, o preenchimento dos requisitos objetivos (mesmas condições de tempo, espaço e modus operandi). 2. No caso, observa-se que o Tribunal a quo, ao aplicar a regra do Código Penal, adotou a teoria puramente objetiva, deixando de valorar os art.71 aspectos subjetivos. Ademais, mesmo tendo o recorrido praticado furtos autônomos, com comparsas distintos, entendeu estarem presentes os requisitos necessários para a configuração do crime .3. Com efeito, continuado. verificada a diversidade da maneira de execução dos diversos agindo o recorrido ora sozinho, ora em delitos,companhia de comparsas, não se configura continuidade delitiva mas sim a habitualidade criminosa. 4.continuidade delitiva, Assim, dentro do contexto fático delineado no próprio acórdão hostilizado, sem que haja a necessidade de se incursionar nas provas dos autos, verifica-se que o Tribunal de origem violou o do Código Penal, além art.71de divergir da jurisprudência desta Corte. 5. Recurso Especial a que se dá provimento para, cassando o acórdão recorrido, restabelecer a decisão do Juiz de primeiro grau que indeferiu o pedido de das unificação penas formulado pelo recorrido.

Vale dizer que a jurisprudência acima exposta, foi utilizada pelo Juiz da 2ª. Vara de Execuções Penais de Curitiba, para julgar improcedente pedido de unificação de penas nos autos 0002781-30.2012.8.16.0009, referente ao sentenciado que foi condenado em 8 (oito) processos diferentes sendo 06 (seis) crimes de roubo e 02 (dois) crimes de latrocínio, praticados em curto lapso temporal, versando o pedido acerca da unificação de penas dos 06 crimes de roubo e outro pedido referente aos dois crimes de latrocínio, com pena total de 120 (cento e vinte anos), 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias, que no seu entendimento, inexistente unidade de desígnios nos crimes praticados, demonstrando ser um delinqüente habitual, o que enseja o indeferimento do pedido, em razão da ausência dos requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 71 do Código Penal. O condenado demonstra habitualidade em delinqüir, fazendo dos delitos o seu meio de vida, sendo que, a mera reiteração criminosa não caracteriza a continuidade delitiva.

Há que ressaltar as diferentes posições existentes até mesmo no Superior Tribunal de Justiça, que em julgados demonstra uma forma de computar a unificação de penas para 02, 03, 04, 05 crimes ou mais, bem como a origem do instituto que se deu pelo cometimento do “terceiro furto” levando em conta a benignidade evitando reprimendas cruéis e exageradas, ou seja, considerar a pluralidade de crimes da mesma espécie como habitualidade, sendo que para

caracterização da continuidade delitiva, bem como a unificação de penas, necessário é a existência da pluralidade de condutas consumadas, o que demonstra a tênue linha que separa o indeferimento e deferimento dos pedidos.

Assim vejamos:

Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 966.124 - PR (2007/0152202-0) RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. O recurso foi interposto contra acórdão assim ementado: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBOS QUALIFICADOS PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS - SENTENÇA CONDENATÓRIA - PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA – NÃO CONFIGURAÇÃO - PEÇA QUE ATENDE O DISPOSTO NO ART. 41 DO CPP - NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO - INOCORRÊNCIA - DECISÃO QUE ENFRENTOU TODAS AS TESES APRESENTADAS PELA DEFESA – RECURSOS PRETENDENDO A ABSOLVIÇÃO DOS RÉUS SOB A ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS - DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS ALIADOS ÀS DEMAIS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS QUE CONDUZEM A CERTEZA DA CONDENAÇÃO – APELOS DESPROVIDOS, COM MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO PARA A REGRA DO ART. 71, PARÁGRAFO ÚNICO DO CP COM A CONSEQÜENTE REDUÇÃO DA CARGA PENAL APLICADA AOS RÉUS. (...)

Segundo pacífico magistério jurisprudencial, no crime continuado deve o magistrado proceder ao aumento da pena de acordo com o critério objetivo da quantidade de crimes e a avaliação das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal.

Com efeito, a continuidade delitiva, segundo posição majoritária da doutrina e da jurisprudência, é uma ficção jurídica, de sorte que, não obstante a pluralidade de crimes, considera-se a existência de um só, conforme o preenchimento dos requisitos objetivos (delitos da mesma espécie, condições de tempo, lugar e modo de execução semelhantes) e subjetivos (unidade de desígnios). Afirmado pelo Tribunal a quo a existência desses elementos entre as ações perpetradas pelos agentes, deve incidir a regra do art. 71 do CPB. Alterar esse entendimento para concluir em sentido contrário certamente demandaria dilação probatória incompatível com a via eleita, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

Nos crimes patrimoniais, a palavra das vítimas, corroborada por outros elementos de convicção contidos nos autos, assume relevante valor probatório a ensejar uma condenação. 4. "... no caso de aplicação do parág. único do art. 71 do CP, para que não haja dupla valoração das circunstâncias judiciais (art. 59, CP) ali repetidas, ...o critério para bem aferir o aumento ou diminuição pela continuidade delitiva pode ser o mesmo já adotado pelos tribunais para o crime continuado comum, ou seja, o número de infrações cometidas, observada, naturalmente, a escala de apenação mais grave, conforme disposto no próprio parágrafo, como sugere o magistrado paulista FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO, que propõe, então, a seguinte tabela: duas infrações, aumento de 1/3; três, a metade; quatro, 2/3; cinco, o dobro; seis, o dobro mais 1/3; sete, o dobro mais 1/2; oito, o dobro mais 2/3. A partir de nove infrações, inclusive, o triplo (Da Aplicação da Pena em Crime Continuado ante a Reforma de 1984, in RT 615/249-256". (extinto TAPR - Ap. Crim. nº 129.268-6 - 3ª Câm. Crim. - Rel. Juiz Leonardo Lustosa - Ac. 5370 - j. 06.04.99 - DJ 5387). (fls. 2.175/2.176).

Podemos ainda encontrar sua ocorrência, embora não pacífica nos crimes de estupro, conforme segue:

Estupro. Continuação. Inocorrência. Fato único, embora tenha o acusado mantido mais de uma relação sexual com a vítima na ocasião. Pena reduzida (...). Sendo um só ato delituoso praticado, ainda que o acusado tenha mantido mais de uma relação sexual com a vítima ao estuprá-la, não há fato em continuação.” (RT 545/345)

“Só se admite o reconhecimento do crime continuado no delito previsto o artigo 213 do CP quando praticado contra uma única e mesma vítima. Sendo duas as ofendidas, há concurso material” (STF – RT 586/426)

“Copulando reiteradamente com menor de 14 anos de idade, comete o acusado, pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução, estupro em caráter continuado.” (RT 489/342)

O eminente Des. Gama Malcher seguindo a esteira da Teoria adotada pelo Código Penal, assim decidiu: Estupros. Continuação. Se o agente, nas mesmas circunstâncias de tempo, meio de execução, por duas vezes, pratica estupro contra duas mulheres diferentes, embora pouco distantes os locais dos crimes, não se deve afastar o reconhecimento de crimes em continuação, reduzindo-se as penas”. (Apel. Criminal nº2002.050.01856, 3ª Câmara Criminal).

Já no tocante aos crimes de Atentado violento ao pudor, observa-se as seguintes decisões:

“Quanto aos crimes de atentado violento ao pudor praticados contra vítimas diferentes, a continuidade delitiva pode ser reconhecida, eis que os delitos da mesma espécie, praticados em condições que permitam considerá-los em continuação, não impedindo tal reconhecimento o fato de terem sido praticados contra vítimas diferentes, ante a norma contida no parágrafo único do Código Penal” (RT 729/617)

“Para os crimes de atentado violento ao pudor, praticados em seqüência, sendo duas as vítimas. Justificável o reconhecimento da continuidade delitiva” (RT 724/631). No mesmo sentido, TJSP: RT 504/309, 626/272, RJTJESP 135/442

Observamos os mais variados entendimentos quanto ao crime de estupro e atentado violento ao pudor, há quem entende a continuidade delitiva quando se trata de crimes cometidos por vítimas diferentes e em outros entendimentos pelos crimes cometidos com a mesma vítima.

Interessante tais aspectos, pois demonstra a liberdade do julgador em aplicar ou não o instituto de acordo com sua convicção e entendimento sobre o tema, não havendo uma posição consolidada sobre a aplicação do instituto, seja em sede de crime continuado propriamente dito, quer seja para unificação de penas,

que conforme já esclarecido, os fundamentos do primeiro servem para fundamento da aplicação do segundo.

Embora, sustento na pesquisa em tela que para efeitos de unificação de penas, os critérios objetivos devem sobrepor os critérios subjetivos para fins da configuração do instituto como incidente de execução penal que objetiva realizar uma política criminal.

#### **05-CONEXÃO DAS AÇÕES E UNIFICAÇÃO DE PENAS EM 1ª. INSTÂNCIA.**

A conexão das ações resulta do fato de ser o crime continuado em concurso especial, em que há uma relação de consumação que obriga a unificação da ação cognitiva.

Diz a lei processual penal (artigo 82) que, se a reunião dos processos não se der antes de proferidas as sentenças, somente depois de julgados definitivamente os casos é que a reunião se fará, para o efeito de unificação das penas. Com isto se reafirma que, até mesmo pelo principio de economia processual, a unificação dos processos seria preferível.<sup>46</sup>

Não sendo possível, por qualquer motivo, a reunião das ações, a unificação das penas deverá ser requerida no juízo de execuções criminais, em primeira instância, depois de terem sido a ele enviadas todas as cartas de guia, relativas as diversas execuções. Para o perfeito esclarecimento da matéria o magistrado ordenará a requisição dos processos originários, apensando-os ao pedido, e mandará ouvir o Ministério Público, decidindo então a respeito.

#### **06- UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO INCIDENTE DE EXECUÇÃO PENAL E NATUREZA JURÍDICA DA SENTENÇA**

Sendo reconhecida a conexidade das ações penais, conforme expõe Frederico Marques, a “indivisibilidade de processo e julgamento”, nenhuma dificuldade advirá e o crime continuado será apreciado na sentença, conferindo-se-lhe o tratamento ditado pela lei.

---

<sup>46</sup> Op. Cit., pag. 13.

Porém, se algum crime da série delituosa ficar afastado, tornando-se objeto de outra ação penal, e a defesa estiver ciente disso, deverá provocar a unificação dos processos, de acordo com as formulas processuais adequadas.

Assim, se não forem atendidos os pedidos de unificação das ações penais, ou se em alguma delas já existir sentença definitiva, a reunião dos processos somente poderá ser feita, para os fins de unificação das penas se reconhecer, então, que as infrações eram mesmo continuadas.

Será competente para resolvê-lo o juiz das execuções penais. Se todas as cartas de guia ainda não lhe tiverem sido remetidas, deverá requisitá-las, bem como aos processos originários, dos diversos juízos das condenações, a fim de com eles ilustrar a decisão.

Ainda poderá ser o Juiz prevalente que, tendo as ações penais corrido em diversas jurisdições, houver proferido a primeira sentença condenatória, se as cartas de guia não tiverem sido remetidas ao juízo das execuções criminais.

O juiz do processo, nas comarcas em que apenas funciona um magistrado, será competente, desde que todas as ações penais se tenham desenvolvido na sua comarca.

Assim, poderemos chamar de incidente de execução penal, quando a unificação se dê por este juízo, o que em regra acontece na prática.

Vale dizer que, cumpre à defesa, indicar pormenorizadamente as Varas ou os Juízos por onde se processaram os feitos, cujas condenações sejam objeto de unificação.

Requerida a unificação das penas, com as indicações necessárias para possibilitar a requisição dos processos, ordenará o magistrado, após o apensamento das ações penais definitivamente julgadas, vista ao Ministério público. Após a manifestação deste órgão, decidirá a respeito da unificação, conforme anteriormente exposto.

Esta decisão não é um simples despacho. Trata-se de uma sentença, cuja natureza não tem sido definida com uniformidade. Entendem alguns, com Frederico Marques, que se trata de uma decisão interlocutória mista, também denominada decisão interlocutória, com força definitiva :

“Agora, focalizaremos, ligeiramente, tão só as terminativas e as decisões interlocutórias mistas. Estas últimas são decisões, como atrás já se expôs, que tem força de definitiva, porquanto são pronunciamentos finais sobre

questões que influem na decisão da lide penal, ou a ela se ligam complementarmente. Tais são, a sentença de unificação de penas, a que concede ou nega o livramento condicional, a que concede ou nega o sursis, a que nega a extinção da punibilidade, a que mantém ou substitui medida de segurança, e assim por diante.”<sup>47</sup>

Dúvida não há, de que se trata de decisão simplesmente interlocutória com força de definitiva, e não definitiva, pois não resolve questão pertinente ao mérito e tem a peculiaridade de dispor a respeito das decisões proferidas por juízes do mesmo grau de jurisdição.

Nem seria possível sustentar tratar-se de decisão definitiva, porque, na verdade, não decorre dela a formação de coisa julgada, mas somente a preclusão. Sentença que é, emanada de juiz no uso dos poderes conferidos pela jurisdição, apresenta a peculiaridade de eventualmente vir a sofrer reforma pelo próprio relator, em certas hipóteses, o que igualmente acontece com as decisões relativas a concessão do sursis, e também do livramento condicional.

A distinção entre preclusão e coisa julgada material é feita por Frederico Marques de modo sucinto e brilhante:

“Pelos seus efeitos e por seu objeto é que se distinguem a preclusão e a coisa julgada material: aquela exaure seus efeitos no processo e não incide sobre o mérito da causa, de forma direta e imediata; já a coisa julgada material projeta-se fora do processo e tem por objeto os efeitos da decisão proferida sobre o mérito do litígio.”<sup>48</sup>

Portanto, pode o juiz alterar a decisão proferida a respeito da unificação das penas, se um fato novo vier a motivar um reexame da matéria. É claro que não poderá o magistrado alterar a decisão, fora do caso permitido em lei e referente ao recurso em sentido estrito, se não houver modificação do fato. Mas se, por exemplo, depois de proferida a sentença de unificação, que afastou uma infração por entendê-la distanciamento de tempo, acontece de se descobrir um outro crime, na mesma série, e que possibilita soldar aquela infração afastada, aproximando-a mais, em virtude da nova interpolação, pode o juiz reformular a sua decisão sem ferir a coisa julgada.

Como incidente de execução que é, a unificação de penas é decidida por sentença revestida de caráter de revocabilidade.

<sup>47</sup> MARQUES— Frederico. Elementos, cit., vol.3, pág.31. Op. Cit. pág. 24

<sup>48</sup> MARQUES. Frederico. Op.cit. pág. 24

Espínola Filho concorda em que a unificação das penas é incidente de execução, dizendo:

“Além do livramento condicional, da suspensão condicional da condenação, outros incidentes de monta se focalizam como a unificação das penas, a conversão da multa em prisão ou detenção, a extinção da punibilidade por causas posteriores à condenação, etc.”<sup>49</sup>

Assim, exercendo a função precípua de administrar a execução da pena, o juiz não altera as sentenças proferidas nas diversas ações penais, antes respeitadas, pois é baseado nelas que investiga a ocorrência da continuação, zelando pela justa retribuição penal ao réu, decorrente dos títulos penais executórios.

A revocabilidade da sentença que decide sobre a unificação de penas, respeitada somente a preclusão, é postulado que não fere o princípio da *res judicata*, relativamente à próxima, relativamente à própria decisão, pois esta é conceituada como uma sentença interlocutória, com força de definitiva, e não faz coisa julgada material.

Pede o sentenciado, à luz de fatos novos, requerer ao próprio juiz prolator da decisão o reexame da matéria.

Quanto a coisa julgada existem duas possibilidades a serem analisadas: 1) os crimes foram cometidos antes da condenação e descobertos depois; 2) os crimes foram cometidos depois da condenação.

No exame da primeira hipótese vamos esclarecer, desde logo, que as infrações descobertas depois da condenação não haviam sido objeto de ação penal, pois se isso ocorresse tratar-se-ia de simples providência executória, de acordo com o que ficou dito no item anterior, cabendo ao juiz prevalente, ou ao juiz das execuções, integrá-las na anterior decisão de unificação, ou unificá-las com a primeira sentença proferida. Assim, de fatos descobertos, após a condenação transitada em julgado, e que pelos seus elementos objetivos se demonstra integrarem a série continuada.

Portanto, descobertos fatos de série continuada, que deveriam ter sido objeto da mesma sentença condenatória, mesmo que esta tenha transitado em

---

<sup>49</sup> ESPÍNOLA FILHO, Eduardo – Código de Processo Penal brasileiro – Anotado – Ed. Freitas Batos – 2. Ed. – Rio e São Paulo, 1945 – vol. VII – pag. 27.

julgado, é possível incluí-los na mesma decisão, consumindo-os na condenação já decretada, sem que tal importe em violação de coisa julgada.

E a jurisprudência já admitiu que os delitos poderiam ter sido praticados até depois de iniciada a ação penal, quanto a uma das infrações, conforme a ementa de decisão prolatada pelo tribunal de Justiça de São Paulo: “Não constitui óbice intransponível para o reconhecimento a continuação criminosa a circunstância de ter sido praticado o segundo crime quando já iniciada a ação penal por crime idêntico ao anterior.”<sup>50</sup>

Manifestando a opinião de Pillitu, o qual concorda com a eventual prolação de uma segunda sentença, relativamente aos fatos descobertos depois de uma primeira decisão, , no conteúdo desta:

“Isto demonstra que, no sentido da pesquisa, uma sentença, que estenda a continuação a outros crimes em série de continuidade com o precedente julgado, não viola o artigo 90 do CPP, mas conduz à aplicação de uma única pena por meio de um julgado, que absorve em si precedente, ou que com este é conexo, deixando íntegro o princípio *non bis in idem*.”<sup>51</sup>

Frederico Marques cuidou do assunto e ditou as seguintes considerações:

“O crime continuado é um crime uno por efeito fictio juris e com o objetivo apenas de tornar menos rigorosa a aplicação da sanção penal. Se nisso consiste o crime continuado, a sentença condenatória passada em julgado não é obstáculo para a acusação relativa a outros fatos componentes da própria “continuação de crimes”, se descobertos após a sentença(...)”<sup>52</sup>

E a segunda hipótese, que trata-se de crimes cometidos depois da condenação: Pillitu, em inteligente exposição, acredita que mesmo os crimes praticados depois de uma sentença condenatória transitada em julgado podem ser unificados com a primeira série. Entende o referido autor que “ a sentença nem sempre é adequada para interromper o desígnio criminoso”, advindo daí a possibilidade de continuação, mesmo depois do trânsito em julgado da primeira sentença condenatória..

Obviamente que reconhece que muitas são as dificuldades práticas que decorrem desse entendimento, especialmente porque o réu pode se sentir animado

<sup>50</sup> RT, vol. 313/109ª sentença transitada em julgado é o Marco final

<sup>51</sup> PILLITU apud PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969

<sup>52</sup> Op. Cit., pag. 39..

a prosseguir na prática dos crimes, assegurada a impunidade dos posteriores, pois deverão ser integradas na primeira condenação já proferida.

Em posição contrária a Pillitu, defende Cesar Hernandez que nos casos dos novos crimes, não poderão ser considerados em continuação com os já julgados, porque a sentença interrompe o nexos psicológico e torna exigível um novo propósito criminoso.

Tais razões não seriam suficientes para os que, dispensam o propósito criminoso único para conceituar a continuação delituosa. Parece mais aceitável dizer que a impossibilidade da integração dos crimes praticados depois da sentença transitada em julgado se deve respeitáveis motivos de ordem ético-jurídica, entre os quais avulta o que impede de se conceder ao réu, por antecipação um aval para a prática de crimes.

A sentença transitada em julgado é o marco final, objetivo, da série de crimes em continuação. As infrações praticadas depois desse momento, é claro, poderão constituir uma nova série continuada, mas independente e estranha à primeira.

Na prática observamos a seguinte jurisprudência, a título de exemplificação:

REsp 1050214 / PE RECURSO ESPECIAL 2008/0086019-3. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA T6 - SEXTA TURMA DJe 22/02/2012. Ementa

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA. CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE RELATIVA A OUTROS FATOS DA MESMA CADEIA CAUSAL, PORÉM NÃO ABRANGIDOS NA PRIMEIRA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. UNIFICAÇÃO A SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES COM OBSERVÂNCIA DO ART. 71 DO CP. RECURSO ESPECIAL A QUE SE DÁ PROVIMENTO.

1. O reconhecimento da ficção jurídica da continuidade delitiva não enseja a absolvição, em processo posterior, por fatos relativos à mesma cadeia causal, porém não abrangidos na primeira sentença.
2. Havendo nova condenação, já tendo sido reconhecida a continuidade delitiva, cabe ao juízo das execuções proceder à unificação das penas, observando, para tanto, a regra do artigo 71, caput, do Código Penal.
3. Recurso especial a que se dá provimento.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior e Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS) votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Acerca da consolidação referente ao tema, para o que tornou-se pacificado, encontramos a Súmula 715 do STF, que aborda a questão da pena unificada e os benefícios a serem concedidos em execução penal, assim temos:

A PENA UNIFICADA PARA ATENDER AO LIMITE DE TRINTA ANOS DE CUMPRIMENTO, DETERMINADO PELO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL, NÃO É CONSIDERADA PARA A CONCESSÃO DE OUTROS BENEFÍCIOS, COMO O LIVRAMENTO CONDICIONAL OU REGIME MAIS FAVORÁVEL DE EXECUÇÃO.

Entretanto, muitas são as questões a serem harmonizadas e pacificadas referente a questão da unificação de penas, levando em conta sua origem, sua aplicabilidade e conveniência de acordo com a realidade.

## **07-. UNIFICAÇÃO DE PENAS EM 2ª. INSTÂNCIA**

A) Recurso em sentido Estrito: Abordando a questão Frederico Marques analisou o problema tal qual surgiu no Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Muito se discutiu, no Tribunal de São Paulo, se a unificação de penas é da competência da segunda instância, através de revisão, ou da primeira instância acabando vencedora a última corrente.” Expondo sua opinião: “Cremos que ante a letra dos textos legais, não pode haver dúvidas nem vacilação: a competência é do juiz de primeira instância, de jurisdição prevalente, tanto que prevê o Código recurso específico contra decisão sobre unificação de penas (artigo 581, n. XVII). Além disso, ao artigo 674, parágrafo único, menciona expressamente que, na hipótese do artigo 82 última parte, a carta de guia será ordenada pelo juiz competente para a soma ou unificação de penas.”<sup>53</sup>

Hoje é pacífico na jurisprudência que afirma a competência do juiz de primeiro grau para conhecer originariamente do pedido de unificação das penas, quando as condenações tenham sido objeto de sentenças proferidas por juízes de primeira instância e de varas diferentes, ainda que tenham sido confirmadas ou reformadas pela segunda instância, em grau de recurso.

---

<sup>53</sup> MARQUES. Frederico. Op. Cit pág. 24

Assim, não se observa na unificação de penas assim realizada pelo juiz de primeira instância, qualquer ofensa à coisa julgada e nem mesmo desrespeito à hierarquia jurisdicional. E, de fato, não há, a menos que as decisões tenham sido proferidas pela instância superior no julgamento de processos da sua competência originária. Neste caso, é crucial que a revisão e todos os incidentes referentes a execução da pena devem ser apreciadas pelo Tribunal que prolatou as decisões concorrentes.

Além desta hipótese, a segunda instância pode examinar as questões de unificação de penas em grau de recurso, ou através do chamado recurso em sentido estrito ou através de revisão criminal conforme já anteriormente citado.

O artigo 581, inciso XVII, do Código de Processo Penal<sup>54</sup> prevê expressamente a recorribilidade da decisão que decidir sobre a unificação das penas, concedendo-a ou negando-a.

A interposição do recurso será feita no prazo de cinco dias, conforme estabelece o artigo 586 do CPP<sup>55</sup> e o seu processamento obedecerá as mesmas formalidades estabelecidas para esse tipo de recurso, não cabendo maior digressão a respeito nos limites desta exposição.

B) Revisão Criminal- Se a decisão proferida a respeito da unificação de penas for contrária aos interessado, e este não interpuser o recurso no prazo legal ou se o recurso interposto tempestivamente for desprovido pela segunda instância, a matéria poderá ser novamente submetida à apreciação do tribunal, mediante recurso de revisão criminal.

Vale esclarecer que a Revisão diretamente ao segundo grau, é cabível ainda nos casos em que o crime continuado deve ser observado na mesma ação penal, e que não tenha o Juízo ou a defesa atentado para esta aplicação durante a instrução criminal e na sentença de primeiro grau. Nesta hipótese não se discute o objeto julgado da aplicação da pena, a decisão contida na sentença não se altera, modificando-se tão somente a graduação das penas, adequá-lo à execução, graduando as sanções de acordo com as regras sobre o concurso de crimes.

O fundamento para o ingresso da revisão está no artigo 621 do CPP<sup>56</sup> e tem como pressuposto tratar-se de processos findos, e que, a respeito da unificação

---

<sup>54</sup> Op. Cit. pag. 34

<sup>55</sup> Op. Cit. Pag. 34

<sup>56</sup> Op. Cit. pag. 34

das penas, já exista sentença definitiva, ou decisão do tribunal julgando definitivamente o recurso eventualmente interposto da decisão de primeira instância.

## **08- APLICAÇÃO DA UNIFICAÇÃO DE PENAS COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL.**

Originariamente a aplicação do instituto iniciou-se com a aplicação nos crimes de furtos, atualmente observa sua aplicação nos crimes de roubo, nos crimes sexuais, crimes contra a vida e tráfico de entorpecentes, jamais podendo deixar de observá-los pelo critério originário da benignidade.

Verifica-se que não há um consenso quanto a aplicação do instituto, pois existem as mais variadas decisões acerca do tema, dependendo do julgador há que considerar uma decisão mais benéfica ou não. Portanto, está nas mãos do Magistrado aplicar o instituto conforme seu entendimento e sua consciência, bem como do conhecimento que possui acerca da figura que tem como critério absoluto a benignidade e o abrandamento da punição do condenado.

Nos casos de tráfico trazidos como exemplo nesta pesquisa, em um entendimento foi irrelevante, para os fins de continuidade delitiva, se um dos delitos foi cometido isoladamente e o outro foi praticado em parceria, ainda adotando o critério puramente objetivo, já para o outro magistrado, levou em consideração os critérios subjetivos e objetivos, a questão da habitualidade e ainda o concurso de pessoas.

Em casos de roubo, a mesma consciência se demonstra, embora seja o instituto originado para atender a este crime, dependendo do julgador, ele levará em conta se os crimes foram cometidos em vítimas diversas ou mesma vítima várias vezes, ainda levando em consideração o critério subjetivo-objetivo ou somente objetivo.

Desta forma, na visão de Claus Roxin, onde tomo por base a referida pesquisa, cito:

“Não se podem desconhecer os perigos de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas: elas estão no fato de que o juiz passe a confiar no automatismo dos conceitos teóricos, não atentando, portanto, às peculiaridades do caso concreto. O essencial é sempre a solução do

problema; exigências sistemáticas, por serem menos importantes, devem recuar para segundo plano.”<sup>57</sup>

No entendimento de Liszt tomado como um óbvio axioma, fundamenta a oposição entre direito penal e política criminal: o direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação do sistema. A política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito jurídico. Aos seus cultores resta somente o apelo ao legislador e o espaço quase livre do direito que era a execução penal, na qual o referido autor tentou influir de modo socialmente reformador.

Através da Política criminal procura-se solucionar as situações de conflito de modo mais socialmente correto e flexível que não podem ser solucionados adequadamente com “automatismo de conceitos teóricos”. Isto não é nada de novo, pois a realidade se impõe em qualquer exame pouco cuidadoso dos fatos da vida. Assim surge uma dupla medida, que faz com que possa ser dogmaticamente correto o que é político-criminalmente errado e vice-versa, significando uma desvalorização do sistema. Os interesses político-criminais ficam mal servidos com um tal proceder.

Enquanto os fundamentos da valoração provierem do sentimento jurídico de orientações isoladas, sem encontrar apoio na lei, permanecerão eles turvos, casuais e sem poder de convencimento científico. Neste contexto encontra apoio na jurisprudência, embora quanto a categoria analisada não se observa um consenso tendo como conseqüência sentenças que contradizem entre si de maneira grosseira.

De todo exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e a previsibilidade, as interações harmônicas e as conseqüências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão forma-positivista de proveniência lisztiana.

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e o Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado

---

<sup>57</sup> ROXIN, Claus. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004

planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito.

Isto se mostra nítido nos dias atuais, na reforma do sistema de sanções e da execução penal: ressocialização não significa usar de penas indeterminadas ou colocar condenados à disposição do tratamento forçado estatal.

A mudança e uma provável reforma só fará justiça ao encargo constitucional se fortalecer, através da introdução dos modernos métodos terapêuticos-sociais, a posição jurídica do aprisionado se der uma estrutura jurídica à figura pouco explicável da relação especial de poder.

Vale ainda citar que o direito da medida da pena, que só no pós-guerra alcançou o status de disciplina autônoma, desenvolve-se não no sentido da discricionariedade de uma valoração individual pelo juiz, pelo menos não deveria, que muito pelo contrário, esforça-se por alcançar uma ordem sistemática e uma controlabilidade racional dos critérios de medida da pena político-criminalmente motivados.

A unidade sistemática entre o Direito Penal e política criminal é somente o cumprimento de uma tarefa que é colocado a todas as esferas de nossa ordem jurídica, que até agora, observa-se que não foram feitas tentativas globais neste sentido na dogmática da parte geral, cujo modelo da doutrina e jurisprudência encontramos com diversas variações nos diferentes autores, que parece muito mais um conglomerado de vários estilos de época, sem que haja um enfrentamento da questão em evoluir com as mudanças da sociedade e sem comprometimento histórico com uma atuação efetiva com base na realidade em que vivemos.

Desta forma tais aplicadores do direito isolam a dogmática, por um lado, das decisões valorativas político-criminais e por outro lado, da realidade social, ao invés de abrir-lhe os caminhos até elas.

Para Zafaroni, política, em seu sentido lato, pode ser entendida como a ciência ou a arte de governar. Por seu turno, política criminal compreende a política relacionada ao fenômeno criminal, sendo considerada a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal.<sup>58</sup>

Assim, três são as vertentes que definem a política criminal e que se apresentam atualmente, sendo a Nova Defesa Social que prega proteção as vítimas

---

<sup>58</sup> ZAFFARONI. Op.cit. pág 11

e aos marginalizados; a segunda vertente é o Movimento da lei e da ordem que pela tolerância zero visa reprimir a violência com repreensão severa e a terceira corrente que sustenta a Nova Criminologia, a qual parte da idéia de sociedade de classes, entendendo que o sistema punitivo está organizado ideologicamente, ou seja, com o objetivo de proteger os conceitos e interesses que são próprios da classe dominante.

Os instrumentos de controle social, por isso, estão dispostos opressivamente, de modo a manter dóceis os prestadores de força de trabalho, em benefício daqueles que detém os meios de produção.

O Direito Penal é, assim, elitista e seletivo, fazendo cair fragorosamente seu peso sobre as classes sociais mais débeis, evitando atuar sobre aquelas que detém o poder de fazer as leis. O sistema destina-se a conservar a estrutura vertical de dominação e poder, que existe na sociedade, a um tempo desigual e provocadora de desigualdade.

Ante ao panorama vislumbrado tanto da teoria como da prática, a problemática se resolve pela consciência, conhecimento e principalmente da experiência do Juiz, que é o único no meio jurídico que pode fazer a justiça, devendo se desconstruir de pensamentos colonialistas e conservadores acerca das reprimendas que hoje não conseguem satisfazer as necessidades sociais.

Sabemos que uma pena longa e extremada num sistema onde não oferece uma devida ressocialização é uma irresponsabilidade do aplicador do direito, pois deve atentar à realidade da situação carcerária, onde o sentenciado muitas vezes é vítima de um Estado “Leviatã” que o exclui dos privilégios oportunizados a classe elitizada.

Todo o contexto da pesquisa nos remete a eterna luta de classes, quanto aos pobres que vivem a esta margem não sobra sequer a dignidade de pessoa humana e no centro comandando a elite que conserva o poder, mantendo a idéia de que o criminoso deve ser exterminado e combatido as “duras penas”.

A Política criminal então surge para promover uma função da pena, dando ao condenado uma chance de permanecer o mínimo possível no cárcere que retira sua esperança de uma vida digna, que o anula e o exclui ainda mais da convivência social, pois se torna impossível recuperar o apenado depois de um longo cumprimento de pena, que submetido a humilhação, a tortura da fome, do frio, de roupas que lhe machucam o corpo, o resultado é mais revolta e quando em

liberdade voltam ao mundo do crime muitas vezes de forma a alimentar a vingança de quem lhes tirou a esperança e a dignidade que lhe restava como ser humano.

## **09- CONCLUSÃO**

A origem do Instituto do crime continuado se deve ao critério de benignidade dos práticos medievais italianos, a fim de amenizar a pena de morte cominado ao autor do terceiro furto.

Vale dizer que o conceito de crime continuado abrange um reconhecimento da menor gravidade penal das condutas concorrentes, deduzida da culpabilidade diminuída do agente e não o concebendo como um simples favor rei.

O crime continuado é uma ficção jurídica expressa em lei com a finalidade de coibir o excesso de punição decorrente do sistema de acumulação material de penas, com isso adequando a letra da lei na aplicação do instituto visando uma política criminal.

Importante ainda mencionar, que o conceito e demais características do crime continuado, servem como fundamento para aplicação da unificação de penas em sede de execução penal, que abordamos na presente pesquisa como incidente de execução.

Importante salientar que cabe ao juiz criminal, no caso concreto, dizer se houve ou não o crime continuado, respeitando os limites objetivos da concorrência dos crimes de mesma espécie e pela semelhança das condutas delituosas, de modo que não deva beneficiar o delinqüente perigoso com tendência a habitualidade e não castigar severamente aquele que tenha persistido na prática dos crimes pelas circunstâncias e situações exteriores. Talvez esta questão seja o ponto controverso da pesquisa, o liame entre delinqüente habitual e o crime habitual, que muitas vezes leva a confusão no momento da decisão do julgador.

A reiteração da pratica pode gerar um hábito no agente, que continuará delinqüindo habitualmente, porém esta habitualidade não pode ser confundida com a habitualidade de direito, essencial para o crime continuado, pois há necessidade da repetição da conduta delituosa para configurar a continuidade delitiva, assim afastando a idéia de crime habitual o qual não se encaixa com a idéia de crime continuado, ainda há que se atentar a distinção entre continuação delituosa e delinqüência habitual.

Embora tenha sido evidenciado a existência das idéias adotadas quanto ao critério objetivo ou subjetivo-objetivo na aplicação do crime continuado como fundamento para unificação de penas, este deve se nortear pelos critérios de necessidade, de oportunidade e de utilidade de tal reconhecimento, tendo como objetivo o benefício ao réu, atendendo assim, a almejada e necessária política-criminal, equilibrando os interesses e a proteção do sentenciado frente ao poder punitivo estatal.

Considerando a ressocialização, o julgador deve ter a consciência que penas extremamente longas e desnecessárias levam cada vez mais longe a concretização de devolver o condenado de forma útil e sadia à sociedade e a seu seio familiar.

Necessário se faz sintetizar a dogmática teórica do direito penal com a realidade prática do caso concreto, pois inimaginável se torna uma evolução do comportamento social dos marginalizados e uma harmonização à aplicação e efetividade de uma política criminal que atenda a verdadeira origem de unificação de penas sob a égide da benignidade, com o juiz se libertando de conceitos inaplicáveis e ultrapassados perante a realidade que nos deparamos atualmente no sistema carcerário, sob pena de fazer “letra morta” deste instituto de forte sentimento de proteção ao apenado frente as lutas de poder e de classes ainda existentes.

## 10- REFFERÊNCIAS

ARAUJO, João Vieira. Ensaio de Direito penal. 1884

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 44ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI. Rene A., Revisão do Crime Continuado, Ver. Faculdade de Direito, Paraná, Curitiba, 1969, pág. 175

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo– Unificação e sua Execução Processual. Código de Processo Penal brasileiro – Anotado – Ed. Freitas Bastos – 2. Ed. – Rio e São Paulo, 1945 – vol. VII – pag. 27.

HUNGRIA, Nelson. O crime continuado em face do novo Código Penal, in Arquivo Judiciário. 1942. Vol. LXVI. Página 51.

LEBRE, Marcelo. Direito Penal & Execução Penal. Defensoria Pública do Paraná. Editora Aprovare. 2ª. Edição. Curitiba. 2012

MEZGER, Edmundo – Tratado de Derecho Penal – Trad. Esp. - Ed. Ver. Der. Privado – Madri, 1955 – pág.357.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 5. ed. rev. at. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1014

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do Crime Continuado. 2. Edição. RT. São Paulo. 1969.

RAGNO, Giuseppe – Ireati permanenti – Dott. A. Giufrre ED. – Milão, 1960 – vol. 1, pag. 350.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico penal; tradução Luis Greco – Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. A função da pena na visão de Claus Roxin. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SZNICK, Valdir. Delito Continuado. São Paulo: Editora Lejus: São Paulo, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Vol. I. 9ª. Ed. Editora Revista dos Tribunais. 2011

Artigo publicado Eliane Alfradique – Juíza/RJ – Mestre em Direito Público.

BRASIL. Presidência da República. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 10 out. 2011

Unificação e soma de penas. TrabalhosFeitos.com. Retirado 06, 2013, de <http://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/Unifica%C3%A7%C3%A3o-e-Soma-De-Penas/1006850.html>

[www.jusbrasil.com.br/.../alinea-a-do-inciso-iii-do-artigo-66-da-lei-n-721...](http://www.jusbrasil.com.br/.../alinea-a-do-inciso-iii-do-artigo-66-da-lei-n-721...)

Alínea "a" do Inciso III do Artigo 66 da Lei nº 7.210