

Marcelo Leonardo: Continuidade delitiva pode ser aplicada a Marcos Valério

03/12/2012

I — Possibilidade de reconhecimento de crime continuado em relação às cinco condenações por crimes contra a administração pública (três corrupções ativas e dois peculatos). Crimes da mesma espécie que ofendem ao mesmo bem jurídico e previstos no mesmo título da Parte Especial do Código Penal.

Os eminentes senhores ministros do STF, em julgamentos recentes, têm dado sua contribuição para a jurisprudência quanto ao conceito de *crime continuado*, como se pode extrair dos seguintes precedentes:

RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. *A configuração da continuidade delitiva exige a prática de um ou mais crimes da mesma espécie em condições de tempo, lugar e modo de execução do delito indicativas de serem, as condutas subsequentes, continuação da primeira. (HC 106173 / PR — PARANÁ, DJe-150 PUBLIC 01-08-2012, Relatora Min. **Rosa Weber**, Julgamento: 19/06/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF)*

*O artigo 71 do Código Penal arrola os requisitos necessários à caracterização do crime continuado, a saber: (i) mais de uma ação ou omissão; (ii) prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; (iii) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes; e (iv) os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. (HC 107636 / RS — RIO GRANDE DO SUL, Publicação, DJe-058 PUBLIC 21-03-2012, Relator Min. **Luiz Fux**, Julgamento: 06/03/2012 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF)*

*Entendimento firmado pelas duas Turmas desta Suprema Corte, no sentido de que “não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro” (HC 109971 / RS — RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **Ricardo Lewandowski**, Julgamento: 18/10/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJe-025 PUBLIC 06-02-2012)*

*Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro. (HC 107276 / RS — RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **Dias Toffoli**)*

, Julgamento: 13/09/2011, Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: DJe-193 ,PUBLIC 07-10-2011)

*A continuidade delitiva é, na sistemática penal brasileira, uma criação puramente jurídica. Espécie de presunção, a implicar verdadeiro benefício àqueles que, nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar de execução, praticam crimes da mesma espécie. Isso porque, nada obstante a quantidade de condutas cometidas pelo agente, a lei presume a existência de um crime único. (HC 98647 / RS — RIO GRANDE DO SUL, Relator: Min. **Carlos Britto**, Julgamento: 13/10/2009, Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: DJe-218, PUBLIC 20-11-2009)*

*O Direito Penal brasileiro encampou a teoria da ficção jurídica para justificar a natureza do crime continuado (art. 71, do Código Penal). Por força de uma ficção criada por lei, justificada em virtude de razões de política criminal, a norma legal permite a atenuação da pena criminal, ao considerar que as várias ações praticadas pelo sujeito ativo são reunidas e consideradas fictamente como delito único. (HC 91370 / SP — SÃO PAULO, Relatora: Min. **Ellen Gracie**, Julgamento: 20/05/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJe-112 PUBLIC 20-06-2008)*

*Para configurar o crime continuado, na linha adotada pelo Direito Penal brasileiro, é imperioso que o agente: a) pratique mais de uma ação ou omissão; b) que as referidas ações ou omissões sejam previstas como crime; c) que os crimes sejam da mesma espécie; d) que as condições do crime (tempo, lugar, modo de execução e outras similares) indiquem que as ações ou omissões subsequentes efetivamente constituem o prosseguimento da primeira. 2. É assente na doutrina e na jurisprudência que não basta que haja similitude entre as condições objetivas (tempo, lugar, modo de execução e outras similares). É necessário que entre essas condições haja uma ligação, um liame, de tal modo a evidenciar-se, de plano, terem sido os crimes subsequentes continuação do primeiro. (RHC 93144 / SP — SÃO PAULO, Relator: Min. **Menezes Direito**, Julgamento: 18/03/2008 Órgão Julgador: Primeira Turma, STF, Publicação: DJe-083 PUBLIC 09-05-2008).*

*Para reconhecimento da continuidade delitiva, é necessário que o agente cometa dois ou mais crimes da mesma espécie. Sendo o caso, a desclassificação de concurso material para crime continuado não caracteriza constrangimento ilegal. Trata-se de situação mais favorável, pois a pena aplicada é a de um só dos crimes, exasperada de um sexto a dois terços. No concurso material as penas são aplicadas cumulativamente. (HC 77264 / SP — SÃO PAULO, Relator: Min. **Nelson Jobim**, Julgamento: 29/09/1998 Órgão Julgador: Segunda Turma, STF, Publicação: DJ 04-08-2000 PP-00004).*

No caso da AP 470, o STF reconheceu a existência de liame entre os vários crimes da mesma espécie, praticados nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, afirmando que as condutas caracterizadoras de corrupção ativa e peculato foram praticadas para desviar recursos públicos e privados para a compra de apoio parlamentar no Congresso Nacional, na formação da base aliada do Governo Federal, sendo estas condutas praticadas por uma quadrilha de que fazia parte o denunciado Marcos Valério entre 2003 e 2004.

Assim, ao invés de manter-se, na dosimetria das penas, as condenações distintas por *cinco crimes da mesma espécie* (três corrupções ativas e dois peculatos), impõe-se a adoção da pena mais grave fixada para um deles, com o acréscimo máximo (dois terços) pela continuidade delitiva.

Por isso, aliás, o ministro Marco Aurélio, expressamente, já votou na AP 470 no sentido de reconhecer a continuidade delitiva em relação a dois núcleos. Primeiro, em relação aos fatos envolvendo a Câmara dos Deputados, entendeu que os crimes de corrupção ativa e peculato deveriam ser tratados como crime continuado, para fins de fixação da pena. Em segundo lugar, quanto aos fatos envolvendo o Banco do Brasil, afirmou que os crimes de corrupção ativa do diretor, de peculato e de corrupção ativa de deputados da base aliada estavam vinculados por liame que autorizava, também, o reconhecimento do crime continuado, propondo, assim, fixação de pena segundo a regra do artigo 71 do Código Penal.

A doutrina nacional, na interpretação do artigo 71 do Código Penal, é forte no sentido de admitir que constituem “*crimes da mesma espécie*” os crimes que “*ofendem o mesmo bem jurídico*” e estão tratados, por isso, no “*mesmo título da Parte Especial do CP*”, como são os crimes contra a administração pública, de que são exemplos a corrupção ativa (art. 333) e o peculato (art.312).

A tese sustentada por procurador da República em artigo publicado nesta revista **Consultor Jurídico** ([clique aqui para ler](#)) ofende o próprio artigo 71 do CP, que fala em aplicação da pena mais grave se diversas as previstas, o que não pode haver para o mesmo tipo penal, por óbvio.

*“O Código não diz o que são “crimes da mesma espécie”, mas é fora de dúvida que o legislador não quis referir-se a crimes idênticos, porque, como tais, a nosso ver, só podem ser entendidos os que têm a mesma descrição legal, para o que teriam que ser objeto do mesmo tipo. Assim, só haveria continuidade delitiva entre homicídio e homicídio, furto e furto, etc.” (...) “O conceito de “crimes da mesma espécie” é bastante controvertido, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Há os que sustentam a posição acima exposta, segundo a qual crimes da mesma espécie seriam os previstos no mesmo tipo penal. Trata-se, como acima dito, de um conceito mais restritivo. Outros argumentam que o próprio texto, ao admitir crimes a que são cominadas “penas diversas”, não estaria cingindo-se a crimes previstos no mesmo tipo penal, pois, aos previstos no mesmo tipo, as penas cominadas seriam as mesmas”. (...) “Podem ocorrer de **crimes não previstos no mesmo tipo legal, mas praticados contra o mesmo bem jurídico, pela mesma pessoa**, e que se assemelham pelas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e maneira de execução, os quais deveriam ser havidos como da mesma espécie, para aplicação da regra do crime continuado”. (...) “**Nelson Hungria**, na introdução de seus Comentários da Parte Especial, alude à classificação dos crimes em espécie, ao referir-se a critérios de distribuição da matéria. De fato, segundo a sistemática adotada, os crimes estão dispostos por onze Títulos, cada qual contendo descrições de condutas que lesam ou expõem a perigo o bem jurídico que, naquele Título, é objeto de proteção. Seriam, então, da mesma espécie todos os crimes contra a pessoa previstos no Título I; todos os crimes contra o Patrimônio previstos no Título II e assim, sucessivamente, sendo que, enfim, **da mesma espécie seriam todos os crimes definidos dentro do mesmo Título, praticados contra o mesmo bem jurídico** e nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes”. (**Jair Leonardo***

Lopes, Professor de Direito Penal da UFMG, co-autor da Reforma Penal de 1984, in “Curso de Direito Penal”, Editora RT, São Paulo, 4ª edição, 2005, pág. 223/225).(grifos nossos)

“Consideram-se da mesma espécie não somente aqueles ilícitos previstos na mesma norma incriminadora, mas, também, **os que ofendem o mesmo bem jurídico** e apresentam, pelos fatos que os constituem e pelos motivos determinantes, caracteres fundamentais comuns (Cf. HELENO FRAGOSO, Lições, § 359)” (...) “Segundo precedentes adequados a um conceito ampliado, crimes da mesma espécie “não são os descritos na mesma disposição de lei, mas o que têm unidade preceptiva, isto é, **os que atacam ou expõem a perigo de dano o mesmo bem jurídico, ou a bens diversos de um mesmo sujeito passivo**” (René Ariel Dotti, Professor de Direito Penal da UFPR, co-autor da Reforma Penal de 1984, in “Curso de Direito Penal”, Editora RT, São Paulo, 4ª edição, 2012, pág. 645) (grifos nossos)

“Crimes da mesma espécie – Deverão ser entendidos não só aqueles previstos no mesmo dispositivo, como o conjunto de preceitos concernentes à lesão do mesmo bem jurídico (...) **Crimes da mesma espécie não são os descritos na mesma disposição de lei**, mas os que têm unidade de regra preceptiva, isto é, **os que atacam ou expõem a perigo de dano o mesmo interesse jurídico** (RT, 494/393)” (Paulo José da Costa Jr., Professor de Direito Penal da USP, in “Curso de Direito Penal”, Editora Saraiva, São Paulo, 9ª edição, 2008, pág. 219/220).

Guilherme de Souza Nucci observa que sobre o conceito de “crimes da mesma espécie” para caracterização de crime continuado há duas correntes doutrinárias, sendo que a segunda afirma que “**são crimes da mesma espécie os que protegem o mesmo bem jurídico, embora previstos em tipos diferentes**. É a lição de Basileu, Fragoso, Delmanto e Paulo José da Costa Jr.”(in “Código Penal Comentado”, Editora RT, São Paulo, 6ª edição, 2006, pág. 401) (grifos nossos).

Luiz Regis Prado observa que “O Código Penal brasileiro adota a teoria da ficção jurídica para efeitos de aplicação da pena. Por medida de política criminal, é aceita essa teoria – embora haja pluralidade de crimes, a lei presume a existência de crime único. Essa presunção, entretanto, só tem relevância na aplicação da pena” (...) “Crimes da mesma espécie: **por crimes da mesma espécie entendem-se aqueles que, embora não necessariamente descritos pelo mesmo tipo legal, ofendem o mesmo bem jurídico**” (in “Comentários ao Código Penal”, Editora RT, São Paulo, 2ª edição, 2003, pág. 354/355) (grifos nossos).

No mesmo sentido a lição de **César Roberto Bitencourt** para quem “**são da mesma espécie os crimes que lesam o mesmo bem jurídico, embora tipificados em dispositivos diferentes**” (in “Código Penal Comentado”, Editora Saraiva, São Paulo, 2002, pág. 248).

Isto posto, a defesa de Marcos Valério pede e espera seja reconhecida a *continuidade delitiva*, para aplicação da regra do artigo 71 do CP, em relação às condenações pelos cinco crimes contra administração pública, a saber, três corrupções ativas e dois peculatos, substituindo-se a fixação de penas para cinco tipos penais da mesma espécie, por uma única fixação de pena mais grave com o aumento máximo de dois terços.



Isto não vai gerar impunidade, uma vez que, mesmo se acolhido este pedido, restará uma condenação altíssima para este acusado.

O professor doutor Juarez Tavares, titular de Direito Penal da UERJ, em brilhante parecer sustenta a possibilidade de acolhimento do pedido.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2012-dez-03/marcelo-leonardo-continuidade-delitiva-aplicada-marcos-valerio/>