

clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente (art. 5.º).

- 5) O paciente tem direito ao melhor tratamento do sistema de saúde, de acordo com as suas necessidades, garantindo-se-lhe, entre outras coisas, livre acesso aos meios de comunicação disponíveis (art. 2.º, parágrafo único).

Como se vê, o fim precípuo da lei é proteger o portador de transtorno mental de todo e qualquer abuso estatal e emprestar-lhe o melhor tratamento possível, para além de todos os rótulos, preferencialmente fora do ambiente manicomial, carcerário, asilar.

Finalmente, é de ver que medida de segurança é pena com outro nome, razão pela qual seus pressupostos não de ser os mesmos (tipicidade, ilicitude e culpabilidade). Justamente por isso, é dado ao inimputável autor de crime alegar toda e qualquer excludente de culpabilidade, inclusive, a exemplo de coação moral irresistível, embriaguez involuntária completa, erro de proibição inevitável etc.⁽⁴⁾

Já não faz sentido algum, por conseguinte, dizer-se, como ainda faz a doutrina, que a pena pressupõe culpabilidade e as medidas de segurança, periculosidade.

Afinal, quão mais débil for o imputado/inimputado, maiores hão de ser as garantias penais e processuais penais.

Notas

- (1) Assim, JACOBINA, Paulo. Direito penal da loucura: medidas de segurança e reforma psiquiátrica. *Boletim dos Procuradores da República*, n. 70, ano VI, maio, 2006. O autor também defende a inconstitucionalidade das medidas de segurança.
- (2) No sentido do texto, CAETANO, Haroldo. *Execução penal*. Porto Alegre: Magister Ed., 2006. p. 295.
- (3) No sentido do texto, JACOBINA, Paulo. Op. et loc. cit.
- (4) QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

Paulo Queiroz

Membro do Ministério Público Federal.

Subjetivizações judiciais do crime continuado: poder punitivo autoritário

Christiano Fragoso

Tradicionalmente, as obras gerais, ao tratarem do crime continuado, mencionam duas teorias que buscam determinar os elementos desse instituto: a *teoria objetiva* ou *puramente objetiva* (que só requer elementos *objetivos*, tais como mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) e a *teoria objetivo-subjetiva* ou *subjetivo-objetiva* ou *mista* (que exige, além dos elementos objetivos, um *elemento subjetivo* relacionado à unidade de resolução criminosa do agente, cuja composição e denominação são, de resto, bastante controvertidas).⁽¹⁾

Remontando, pelo menos, à época de **Feuerbach** e de **Mittermaier**, ainda no século XIX, a discussão quanto à teoria mais adequada à regulação do crime continuado não perdeu atualidade e importância prática. É claro que a teoria objetivo-subjetiva, ao exigir, para a aplicação da regra penal do crime continuado, um elemento subjetivo, permite a imposição de maior poder punitivo, eis que, nas hipóteses em que, eventualmente, estiverem presentes apenas os elementos objetivos, aplicar-se-á a regra penal do concurso material.

É indubitável que nosso Código Penal adotou a teoria objetiva; a leitura do *caput* do art. 71 do CP não deixa margem a dúvidas, eis que não há menção alguma a qualquer elemento subjetivo. Ademais, o item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984 proclama-o claramente: “O critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”. Outros dois aspectos indicam essa adoção: (i) no concurso formal, “se a ação ou omissão é dolosa e os crimes resultam de desígnios autônomos” (art. 70, *in fine*, do CP), aplica-se a regra penal do concurso material: considerada essa norma, é eloquente o silêncio na regulação do crime continuado; e (ii) foi precisamente – como frisam **Zaffaroni** e **Batista**⁽²⁾ – para não se afastar da teoria objetiva, que, na Parte Geral de 1984, se criou, no crime continuado, uma regra própria para ofensas similares a bens personalíssimos (art. 71, par. ún.).

Todavia, o que se observa é a consolidação de correntes jurisprudenciais no STF e no STJ, que criam requisitos subjetivos à adoção da regra penal do crime continuado. Ou seja, a jurisprudência tem promovido duas amplas *subjetivizações* da teoria do crime continuado, exigindo, para além dos requisitos objetivos, requisitos subjetivos para permitir a aplicação da regra do art. 71 do CP ou do art. 71, par. ún., do CP (conforme o caso), em vez da regra do concurso material: (i) a exigência de um elemento subjetivo (ora chamado de *unidade de desígnio*, ora chamado de *dolo de conjunto*); e (ii) em segundo

lugar, a exigência de que *não* se trate de criminoso habitual ou profissional.⁽³⁾ No sistema penal brasileiro, essas subjetivações – que instauram novos requisitos – são inteiramente ilegais, inconstitucionais, ilegítimas e, portanto, ao impedirem a aplicação da regra penal do crime continuado, levam a um exercício absolutamente autoritário de poder punitivo.

A exigência de *unidade de desígnios* (item i, *supra*) viola *claramente* o princípio da legalidade (art. 5.º, XXXIX, da CF), que, como se sabe, também se aplica aos preceitos da Parte Geral; ora, se a nossa lei não exige um elemento subjetivo para a aplicação da regra penal do crime continuado, exige-lo – com base em uma teoria não adotada por nossa lei – representa inserir, na lei, palavras que lá não existem, o que, por resultar em pena maior, é perfeitamente inconstitucional. Mesmo na hipótese do art. 71, par. ún., do CP, que menciona requisitos subjetivos, não há menção a dolo de conjunto.

O ativismo judicial, tão em moda hoje em dia, não pode levar a que – especialmente com o fim de ampliar poder punitivo – se adote uma teoria que a lei *expressamente* rechaça. O Poder Judiciário devia, na matéria, ser mais deferente para com o Poder Legislativo (que não se omitiu, mas tomou a decisão política!) e, afinal, para com a Constituição Federal (que consagra o princípio da legalidade). Não é razoável que se permita que, a pretexto de uma interpretação teleológica e/ou histórica de um instituto penal, juristas ou juízes, para ampliar poder punitivo, violem uma disposição legal claríssima. Permitir isso viola a segurança jurídica. Se não se concorda com a lei penal, que se a altere, mas não é admissível que ela seja simplesmente posta de lado.

A exigência jurisprudencial de que o réu *não* seja um criminoso habitual ou profissional (item ii, *supra*), embora menos discutida pela doutrina penal do que a primeira exigência, padece de vícios quicá piores. O fortalecimento dessa exigência jurisprudencial subjetivizante se liga inextricavelmente, em nosso sistema penal, à discussão quanto à possibilidade da adoção da regra do crime continuado em hipóteses de ofensas similares a bens personalíssimos.

À época da vigência da Parte Geral de 1940, era altamente controvertida a possibilidade de continuidade delitiva, quando se tratasse de crimes que atingissem bens personalíssimos. No apagar das luzes da PG de 1940, e já editada a Lei 7.209, de 11.07.1984 (que criou a então nova parte geral, cujo par. ún. do art. 71 contemplava essa possibilidade), o STF editaria uma Súmula (n. 605), que estabelecia: “*Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida*” (adotada na sessão plenária de 17.10.1984, ainda considerando a Parte Geral de 1940).

Na vã tentativa de encerrar o antigo debate quanto à possibilidade de aplicar-se a regra penal do crime continuado a delitos que contêm ofensas similares a bens personalíssimos, o art. 71, par. ún., do CP, estabeleceu que o juiz, “considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias”, poderia aplicar uma regra penal mais grave de crime continuado (aumento até o triplo, em vez de aumento de um sexto a dois terços, previsto no art. 71, caput, do CP), afastando-se a regra penal do concurso material. O debate, todavia, não se encerrou; apenas deslocaram-se os termos em que ele ocorre, recriando-se velhos e perigosos problemas.

Embora houvesse, à época, alguns acórdãos de tribunais de 2.º grau e até um antigo pronunciamento isolado do STF,⁽⁴⁾ o fortalecimento dessa tendência jurisprudencial subjetivizante se deu precisamente a partir dos primeiros anos de vigência da Parte Geral de 1984. Esse fortalecimento se calca em outro trecho do item 59 da Exposição de Motivos da PG de 1984, que, claramente se referindo ao par. ún. do art. 71 do CP, opõe-se à extensão da regra penal do crime continuado à “*criminalidade profissional, organizada e violenta*”, asseverando que “*estender-lhe o conceito de crime continuado importa beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais*”.

Em meados de 1994, essa argumentação se expressa no acórdão da 1.ª Turma no HC 70.794/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello, que se referia a crimes de roubo, e no qual se afirma: a “*perseverantia sceleris do criminoso habitual, a simples reiteração no crime, constitui índice seguro de que o agente o adotou como meio de vida. Basta isso para afastar a ideia de continuação nas ações delitivas*”, até porque seria “*eloquente atestação do elevado grau de temibilidade social dos que investem, até mesmo com perversidade, contra a vida, a integridade corporal e o patrimônio de vítimas inocentes*”. Desde então, esta corrente jurisprudencial tornou-se amplamente dominante em nossos tribunais, sendo aplicada inclusive a casos de receptação e adulteração de sinal identificador de veículo,⁽⁵⁾ de furto qualificado,⁽⁶⁾ de estelionato⁽⁷⁾ e até de apropriação indébita.⁽⁸⁾

A primeira observação a essa segunda corrente jurisprudencial subjetivizante é de estarecedora obviedade: a extensão a delitos que evidentemente não são “*cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*” (e, portanto, não se enquadram no par. ún. do art. 71 do CP) é inapelavelmente ilegal e inconstitucional, por violação comezinha ao princípio da legalidade. Mas esta é apenas a faceta mais grosseira do autoritarismo punitivo dessa tendência jurisprudencial.

Mesmo quanto aos “*crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa*”, a legitimidade dessa corrente jurisprudencial subjetivizante é apenas aparente. O assim chamado “*criminoso habitual ou profissional*” seria, de fato, alguém que poderia ser considerado portador de maus antecedentes, de má conduta social ou de personalidade perversa, o que realmente está no âmbito das expressões contidas no par. ún. do art. 71 do CP. Ocorre que – para além de essas categorias provirem de nefastas correntes do positivismo criminológico – nosso CP não detém uma definição do que seja *criminoso habitual* ou *criminoso profissional*, diferentemente do que ocorre com o CP italiano.

Na Itália, considera-se *criminoso habitual* aquele que, tendo sido condenado a pena de reclusão superior a cinco anos (por três delitos não culposos e de mesma índole, cometidos dentro de um período de dez anos), comete, em contexto diverso dos delitos anteriores e dentro de dez anos depois do último dos delitos, um outro delito, não culposos e de mesma índole (art. 102 do CP italiano); ou, em casos especialmente graves *pode* ser considerado criminoso habitual aquele que, condenado por dois delitos não culposos e de mesma índole, comete um outro delito não culposos e de mesma índole (art. 103 do CP italiano). *Criminoso profissional* é o criminoso habitual que se mantém, ainda que em parte, dos proventos do crime (art. 105 do CP italiano).

É inadmissível que, para impor pena, sejam invocados conceitos que nossa lei não reconhece, nem define. E mais: por vezes, afirma-se “*delinquência habitual*”, impeditiva da regra do crime continuado, sem que haja uma única condenação anterior (cf. p.ex., STF, HC 69.059/SP, Min. Néri da Silveira, ou HC 114.606/DF, Min. Cármen Lúcia); isto é ainda mais preocupante, eis que sequer na jurisprudência se tem parâmetro seguro do que seja criminoso habitual ou profissional.

A legitimidade do poder punitivo exige fundamentação em um discurso jurídico-penal coerente e racional. O primeiro ponto que indicia a ilegitimidade está no fato de que essa exigência de não habitualidade e não profissionalismo não se filia a nenhuma das teorias jurídico-penais (teoria objetiva, objetivo-subjetiva ou subjetiva) da regra penal do crime continuado: criou-se uma nova teoria mista; isso evidencia preocupante descompasso entre o poder punitivo e a doutrina penal.

Fica claro, ademais, que o excedente de pena (i.e., a diferença entre a aplicação da regra do concurso material, em vez da do crime continuado), fundado na habitualidade ou no profissionalismo criminal, se calca em aspectos de periculosidade do agente (e não de culpabilidade). Isso, aliás, é confessado em outro trecho do item 59 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984.⁽⁹⁾ Essa parcela de pena vem fazer as vezes da extinta medida de segurança para “*os reincidentes em crime doloso*”, prevista no art. 78, IV, do CP de 1940; e até com maior amplitude, eis que não se exige reincidência. Assim, é inapelavelmente pena com base em periculosidade. Salvo se se admitir que a culpabilidade seria um conceito complexo, integrado pela adição da culpabilidade pelo fato e da culpabilidade pela condução de vida (*Lebensführungsschuld*), sustentada por Mezger em sua tenebrosa atividade de apoio ao sistema penal nazista,⁽¹⁰⁾ não há possibilidade de legitimação dessa parcela de pena com base na fórmula de que a pena é medida da culpabilidade.

São absolutamente criticáveis essas tendências jurisprudenciais subjetivizantes do crime continuado, permitindo poder punitivo à margem da lei e da Constituição. O que se tem é, na prática e por transversa estratégia, uma repriminção da medida de segurança para imputáveis. É chegada a hora de uma reação contra essas tendências extralegis de subjetivação do crime continuado, sob pena de, por este flanco aberto, haver um lamentável *débâcle* do Estado Democrático de Direito.

Notas

- (1) Cf., por todos, MEZGER, E., *Tratado de derecho penal*. Trad. R. Muñoz, B. Aires: Hammurabi, 2010. v. 2, p. 296. Em outras obras gerais (BITENCOURT, C. R. *Tratado de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 568 e ss.) e em monografias (FAYET JUNIOR, N. *Do crime continuado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 214; BÉZE, Patrícia M. Gliocche, *Concurso formal e crime continuado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123; PIMENTEL, Manoel P., *Do crime continuado*, 2.ª ed., São Paulo: RT, 1969, p. 93), costuma-se aventar uma terceira teoria: a *teoria subjetiva*, que caracterizar-se-ia por desconsiderar os elementos objetivos, centrando-se unicamente no elemento subjetivo. Todavia, esta teoria subjetiva tem, hoje, valor puramente histórico, “*haja vista ser inconcebível reconhecer-se a continuidade delitosa sem a presença de elementos de cunho objetivo*” (FONSECA NETO, A., *O crime continuado*, Rio de Janeiro: L. Juris., 2004, p. 47).
- (2) *Direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. v. 1, p. 483.
- (3) A subjetivação de um instituto jurídico-penal se dá não apenas pela exigência de certos elementos subjetivos (motivos, intenções etc.), mas também por exigências de características do próprio agente (que deverá ter certa personalidade, grau de periculosidade, atitude interna etc.) (VOGEL, Joachim *Einflüsse des Nationalsozialismus auf das Strafrecht*. Berlin: BWV, 2004. p. 17).
- (4) O crime continuado “*é uma forma especial de concurso material, mas não deve estimular a habitualidade*” (STF, RHC 46.880/GB, 2.ª T., Min. Themístocles Cavalcanti, j. 19.05.1969).
- (5) STJ, 6.ª T., HC 142.131/MA, Min. Og Fernandes, j. 25.05.2010, *DJe* 21.06.2010.
- (6) STJ, 6.ª T., HC 269.268/SP, Min. Marilza Maynard, j. 07.11.2013, *Dje* 20.11.2013.
- (7) STJ, 6.ª T., HC 158.336/SP, Min. Assusete Magalhães, j. 02.05.2013, *DJe* 20.05.2013; STJ, 5.ª T., Min. Jorge Mussi, j. 19.05.2011, *Dje* 31.05.2011; STJ, 5.ª T., HC 33.891/RJ, Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 23.03.2004, *Dje* 26.04.2004.
- (8) STJ, 6.ª T., HC 79.260/SP, Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 18.05.2010, *Dje* 07.06.2010.
- (9) Veja-se o trecho pertinente: “*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 liberação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade*”.
- (10) *Deutsches Strafrecht. Ein Grundriss*. 2. ed. Berlin: Junker & Dünhaupt, 1941. p. 82.

Christiano Fragoso

Professor adjunto de Direito Penal da UERJ.
Conselheiro da OAB/RJ.
Advogado criminal.