

Delito Continuado e Concurso de Agentes

Flávio Augusto Maretti Sgrilli Siqueira

Doutorando em Direito Penal e Política Criminal - Universidad de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais - Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal - Universidade Estadual de Londrina; Professor de Direito e Processo Penal - Faculdades Integradas Libertas; Defensor Público.

RESUMO

Tema pouco explorado pela doutrina nacional é aquele referente ao delito continuado e à possibilidade de seu reconhecimento diante do concurso de agentes sob o prisma da dosimetria da pena, notadamente, quanto à chance de reprovação penal insuficiente ou emprego de analogia *in malam partem* na aplicação elevada da pena. O artigo objetiva auxiliar para dirimir outras questões problemáticas dentro da continuidade delitiva.

I.) INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade realizar uma breve análise sobre o delito continuado, mas, em especial, sobre a possibilidade ou não de aplicação do artigo 71 do Código Penal na hipótese de concurso de agentes.

Em havendo a caracterização dos requisitos do preceito legal acima citado, a indagação surge quando nos delitos ocorre a variação de agentes, tanto de pessoas quanto de grau de sua conduta dentro do esquadro

do artigo 29 do Código Penal que em um delito é coautor, noutro é partícipe ou instigador e, por fim, é autor mediato.

II.) PANORAMA GERAL SOBRE O DELITO CONTINUADO

O delito continuado é uma modalidade de concurso de delitos prevista no Código Penal ao lado do concurso material e formal que encontra-se no artigo 71 do Código Penal, que pode ser conceituado como “um complexo de delitos da mesma espécie, unidos pela lei”¹.

Na realidade, o delito continuado, que se subdivide em próprio e impróprio, é uma ficção jurídica², posto que ocorrem diversas condutas com resultados diversos (pluralidade de delitos), que, a rigor, seria caso de concurso material ou formal, mas por motivos de política-criminal encampados na lei é considerado ocorrido um único delito com uma majoração na pena em consonância com a quantidade de infrações penais levadas a efeito.

Considera-se um delito cometido em continuidade ao outro por deter as mesmas circunstâncias de modo de execução, de tempo, lugar e contra uma identidade comum de bem jurídico afetado.

O modo de execução significa que as condutas devem ter sido levadas a efeito com semelhantes mecanismos ou métodos de aperfeiçoamento do delito, ou seja, lançar mão do mesmo meio de realização do delito (*modus operandi*).

As circunstâncias de lugar revelam que o delito deve ter sido cometido em áreas próximas, preferencialmente dentro do mesmo bairro ou município, contudo, a doutrina e jurisprudência vêm admitindo a ocorrência de delitos em regiões metropolitanas como hábeis a, em tese, configurar o delito continuado³.

¹ SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad. 1994, p. 34.

² São três as principais teorias que analisam a natureza jurídica do delito continuado, a saber, a teoria realista ou da unidade real, pela qual diversas condutas delitivas constituem um delito; teoria da ficção jurídica, onde a continuidade delitiva é uma mera criação legal, posto que, na realidade, ocorreram diversos delitos e somente uma ficção legal justificaria a consideração de essas condutas serem um delito com exasperação de pena e teoria da unidade jurídica ou mista, onde a continuidade é um terceiro delito - delito de concurso - que por força de lei é unido pelo elemento subjetivo (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. 12ª Ed. São Paulo: RT. 2013, p. 593).

³ Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. p. 594; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niterói: Impetus. 2008, p. 259.

Em relação às circunstâncias de tempo, a lei penal, para que considere um delito como continuidade dos outros, demanda que eles sejam cometidos com um espaçamento curto entre uma conduta e outra. O Código Penal não apresenta nenhum marco limítrofe, sendo que há um certo consenso sobre o sopesamento de as condutas ocorrerem em um espaço de 30 (trinta) dias. Contudo, não é algo rígido⁴, podendo variar de acordo com o delito para mais ou menos⁵.

Para a configuração do delito continuado, exige-se o cometimento de delitos da mesma espécie, e sobre isso há uma polêmica, posto que há quem considere infrações da mesma espécie somente a repetição do mesmo tipo penal na forma simples ou qualificada, consumado ou tentado⁶, enquanto alguns vislumbram-no como delitos com identidade objetiva e subjetiva⁷ e outros agregam ao requisito anterior a identidade de bens jurídicos-penais afetados⁸, que podem ser ou não do mesmo titular⁹.

O entendimento adequado aqui, a nosso sentir, seria aquele que considera a identidade objetiva e subjetiva do delito aliada ao bem jurídico de semelhante lesão em um liame de união entre os fatos, para que se evite a reiteração criminosa¹⁰.

4 Guilherme de Souza Nucci, com acerto, destaca a possibilidade de se reconhecer o delito continuado ainda que as infrações penais ocorram com um decurso maior de tempo entre uma e outra, desde que se verifique um ritmo preciso entre os delitos (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 9ª Ed. São Paulo: RT. 2013, p. 534). No mesmo sentido: SZNICK, Valdir. **Delito continuado...** p. 72.

5 Sustenta a doutrina que em alguns delitos há um menor espaçamento de tempo, como no homicídio, e noutros maior abertura desse critério como no furto (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 149).

6 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal** - curso completo. São Paulo: Saraiva. 1999, p.182. Patricia Bezé frisa que: "A questão é problemática, porque o legislador - no concurso material e no concurso formal - utilizou a expressão 'crimes idênticos' e, no crime continuado, fez referência a 'crimes de mesma espécie'. Logo, tais expressões têm o mesmo significado? Sendo sinônimos, teria o legislador tratado do mesmo caso com fórmulas diferentes? Como, de hábito, a lei não contém expressões inúteis, é possível entender que crimes idênticos são aqueles que pertencem ao mesmo tipo, e crimes da mesma espécie admitem as formas qualificadas, privilegiadas, simples, consumadas e tentadas" (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 144). A nosso ver, a fundamentação da autora serve muito mais para justificar a corrente que sustenta ser o mesmo bem jurídico atacado, desde que subsistam os demais requisitos do artigo 71, do Código Penal.

7 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª Ed. São Paulo: RT. 1969, p. 145.

8 PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I... p. 595; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 791; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado...**, p. 257.

9 BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 2. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, p. 302.

10 Patricia Mothé Glioche Bezé aponta: "O fundamento da exasperação da pena não visa com certeza, beneficiar o agente que, reiteradamente, pratica crimes parecidos entre si, como o estelionatário que vive da prática de 'golpes'. Fundamentando-se no critério da menor periculosidade, da benignidade ou da utilidade prática, a razão de ser do instituto do crime continuado não se coaduna com a aplicação do benefício da exasperação de pena para aquele agente mais perigoso, que faz do crime profissão e deliberadamente à margem da lei. A habitualidade é, portanto, diferente da continuação. A culpabilidade na habitualidade é mais intensa do que na continuação, não podendo, portanto, ter tratamento idêntico" (BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 155).

O delito continuado impróprio exige, além dos requisitos acima assinalados, que os delitos sejam dolosos, que haja emprego de violência ou grave ameaça e que os bens jurídicos sejam personalíssimos. No caso o julgador se aterá as circunstâncias do artigo 71, parágrafo único para aumentar a pena ou triplicá-la.

III.) A PROBLEMÁTICA DO DELITO CONTINUADO E DO CONCURSO DE AGENTES

Vencidas essas considerações preambulares, chegamos ao epicentro do trabalho, qual seja, a possibilidade ou não de variantes de concurso de agentes nos delitos perpetrados gerarem o concurso de delitos dos artigos 69 ou 70, do Código Penal ou se aplicaremos a regra do delito continuado.

Inicialmente, há dois posicionamentos sobre a possibilidade ou não de reconhecer o delito continuado dentro do concurso de agentes: a variabilidade de agentes ou os graus de sua conduta.

O primeiro posicionamento é contrário ao delito continuado, o que é assente perante penalistas italianos segundo os quais é necessário “que o agente participe de todos os delitos”¹¹. Anota essa linha de pensamento que se no concurso de delitos dentro do delito continuado há diferenciação entre a participação de um e outro (por exemplo, um sujeito comete oito furtos e em três dele conta com ajuda de terceiro), teremos quebra do ideário de justiça, beneficiando um agente em detrimento do outro¹², posto que um responderá pelo delito continuado e outro, pelo concurso material de infrações penais.

Em adendo, há quem sustente que, em ocorrendo variação no *modus operandi* empregado, quebra-se a necessidade legal de semelhante modo de execução da infração penal.

Patrícia Mothé Gliocche Bezé ilustra que: “O agente deve, na continuidade delitiva, se aproveitar das mesmas oportunidades e da mesma situação”¹³, pugnando pela impossibilidade de continuidade delitiva entre furto mediante fraude e furto qualificado mediante arrombamento. Avança, ao fim, para sustentar que, se em alguns delitos houver concur-

11 SZNICK, Valdir. **Delito continuado...** p. 104

12 SZNICK, Valdir. **Delito continuado...** p. 104.

13 BÉZE, Patricia Mothé Gliocche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 151.

so de agentes e noutros não, emprego de arma ou não, teremos diferente forma de execução, impossibilitando o reconhecimento do artigo 71 do Código Penal¹⁴.

Valdir Sznick aponta que somente na coautoria reconhece-se o delito continuado: “É o caso do agente que, para cada infração, usa um cúmplice diferente; tal fato não quebra a unidade de desígnio do agente, desde que os demais requisitos se achem satisfeitos”¹⁵.

O fundamento atinente à necessidade de identidade de comparsas em todos os delitos não merece guarida no Direito Penal brasileiro, porque a lei penal silencia-se quanto a esse requisito. Logo, a sua admissão permitiria a *analogia in malam partem*, vedada na dogmática penal nacional.

Guilherme de Souza Nucci, ao contrário da primeira corrente, sustenta que a variação de comparsas não impede o reconhecimento do delito continuado e que a variação entre autoria e participação é igualmente irrelevante em função de o Código Penal ter adotado a teoria monista no concurso de agentes, com todos respondendo pelo mesmo crime¹⁶.

Manoel Pedro Pimentel, em fórmula simples, assinala que “Basta que os crimes sejam da mesma natureza, satisfeitos os demais requisitos, para que se reconheça a continuação em relação aos agentes que tenham participado de dois ou mais delitos da série”¹⁷ e, do mesmo modo, não vislumbra impossibilidade da continuidade delitiva quando o agente praticar o delito sozinho e quando agir com outras pessoas.

A alteração da quantidade de sujeitos ativos envolvidos, ou seja, em algumas infrações penais há mais ou menos envolvidos atuando com funções diferentes ou em alguns casos a atuação solitária de um agente não gera uma modificação profunda nas circunstâncias de execução porque todos responderão pela mesma figura delitiva, desde que se infra que os delitos ocorreram com um liame de conectividade entre eles havendo modificações sutis no *iter criminis*.

O problema incide no instante da quantificação da dosimetria da pena, posto que se em uns ele foi autor e noutros foi partícipe, como

14 BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado...** p. 151.

15 SZNICK, Valdir. **Delito continuado...** p. 104. A expressão cúmplice foi empregada equivocadamente, uma vez que a doutrina distingue a cumplicidade e o cúmplice como modalidade de participação mediante instigação ou induzimento conquanto o partícipe fornecesse auxílio material ao desenvolvimento da empreitada delitiva (PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I... p. 576; GRECO, Rogério. **Código Penal comentado...** p. 131.

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral... p. 535.

17 PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado...** p. 168.

dosar adequadamente o artigo 29, § 1º ou 2º, do Código Penal se ele em algumas infrações penais atuou como autor, levando em consideração que estamos diante de delito único por ficção jurídica?

Considerando que a CRFB traz por elemento central os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, em não havendo delito continuado, ficaria significativamente simplificada a dosimetria da pena por realizar para cada delito o critério trifásico, aplicando ao fim as regras dos artigos 69 ou 70 do Código Penal.

Dependendo da linha eleita teremos uma punição exagerada ou excessivamente branda, em descompasso com a realidade.

Se a lei penal considerasse o delito continuado como delito único, teríamos a impossibilidade de considerar as variantes do concurso de agentes para fins de aplicação da agravante do artigo 62, I, do Código Penal, porque se em um caso ele foi autor, noutro partícipe ou cúmplice, ele o fez em uma ação típica e não em todas.

Pela outra mão, teremos a dificuldade na incidência da minorante da participação de menor importância ou participação em delito menos gravoso, caso tais hipóteses ocorressem em uma ou mais ações típicas, mas não em todas, porque a dosimetria da pena é levada a efeito como se fosse delito único, sem as peculiaridades de cada uma das ações delitivas.

IV.) CONCLUSÕES

Assim sendo, há razões que fundamentam a adoção do delito continuado em diversos modos de execução e ou variação de agentes dentro do *iter criminis* e ou de sua atuação dentro das possibilidades do concurso de pessoas.

Contudo, há um problema de ordem fática na dosimetria da pena, porque corre-se o risco de termos um indevido abrandamento no cálculo da reprimenda ou um agravamento com risco de analogia *in malam partem*, decorrentes das variações de comportamento no delito.

Firmamos posicionamento no sentido de admitir o delito continuado no concurso de agentes na situação em que não há variação nos papéis desenvolvidos no curso das infrações penais pelo risco na dosimetria da pena. ❖

V.) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**, t. 2. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, v. I. 19ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

GRECO, Rogério. **Código Penal comentado**. Niteroi: Impetus. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**, parte geral. 9ª Ed. São Paulo: RT. 2013.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª Ed. São Paulo: RT. 1969.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**, v. I. 12ª Ed. São Paulo: RT. 2013.

SZNICK, Valdir. **Delito continuado**. São Paulo: Max Limonad. 1994.