

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

UNIDADE DE DESÍGNIOS E CRIME CONTINUADO: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

UNITARY PLAN AND CONTINUED CRIME: CRITICAL ANALYSIS ACCORDING TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Alexis Couto de Brito¹

Jenifer Moraes²

RESUMO

O presente trabalho procura investigar a legitimidade da adoção da teoria objetivo-subjetiva como fundamento do crime continuado no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar da doutrina majoritariamente reconhecer a adoção da teoria objetiva e a redação do artigo 71 descartar a exigência a uma unidade de desígnios, os tribunais brasileiros insistem em condicionar a aplicação do artigo 71 à comprovação desse requisito. Diante disso, o objetivo do trabalho é investigar as causas que levaram ao atual contexto decisório sobre a questão e a sua conformidade com a principiologia penal e o Estado Social e Democrático de Direito instituído pós 1988. A metodologia utilizada é dedutiva, através do cotejamento das decisões judiciais com a principiologia constitucional brasileira, e bibliográfica, a partir da revisão da literatura nacional e estrangeira sobre o assunto, com o objetivo de promover uma articulação lógica entre a dogmática e o respaldo jurisprudencial sobre o tema. O trabalho demonstra que a adoção da teoria objetivo-subjetiva viola diretamente o Princípio Constitucional da Legalidade e deve ser considerada ilegítima. Isso porque o entendimento paradigmático que sustenta sua adoção carece absolutamente de substância em uma lógica principiológica contemporânea e representa uma interpretação *in malam partem*, o que é vedado em sede penal. O trabalho evidencia a importância da revisão de precedentes jurisprudenciais consolidados, sobretudo em temas correlacionados à *ultima ratio* do Ordenamento Jurídico.

¹ Pós Doutor pela Universidade de Salamanca, Pós Doutor pela Universidade de Coimbra, Doutor pela Universidade de São Paulo - USP, Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP, Advogado. Av. Paulista, 2202. Cj. 111, CEP 01310300, (11)963986377, LATTES: <http://lattes.cnpq.br/9424442556070110>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3197-6690>.

² Mestre em Direito Penal pela PUC/SP, Pós-graduada em Direito Penal e Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/ IBCCRIM, Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora da Universidade Nove de Julho, pesquisadora e advogada. Rua José Teodoro Vieira, 66, CEP 05128020, (11)985449507, LATTES: <http://lattes.cnpq.br/7297015076673099>, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9931-3458>.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

PALAVRAS-CHAVE: Concurso de crimes; Crime Continuado; Legalidade; Unidade de desígnio.

ABSTRACT

This paper seeks to investigate the legitimacy of adopting the objective-subjective theory as a foundation for continued crime in the Brazilian legal system. Although the doctrine mostly recognizes the adoption of the objective theory and the article 71 discards the requirement for a unity of purpose, Brazilian courts insist on making the application of article 71 conditional on the proof of this requirement. Therefore, the objective of the work is to investigate the causes that led to the current decision-making context on the issue and its conformity with the criminal principle and the Social and Democratic State of Law instituted after 1988. The methodology used is deductive, by comparing court decisions with the Brazilian constitutional principles, and bibliographical, from the review of national and foreign literature on the subject, with the aim of promoting a logical articulation between dogmatics and jurisprudence on the subject. The work demonstrates that the adoption of the objective-subjective theory directly violates the Constitutional Principle of Legality and should be considered illegitimate. This is because the paradigmatic understanding that supports its adoption absolutely lacks substance in a contemporary principiological logic and represents an interpretation in *malam partem*, which is prohibited in criminal matters. The work highlights the importance of reviewing consolidated jurisprudential precedents, especially on issues related to the *ultima ratio* of the Legal System.

KEYWORDS: Multiple crimes; Continued crime; Legality; Unitary plan.

INTRODUÇÃO

A prática delitiva é um fenômeno substancialmente complexo. Não raramente ao agente se pode imputar diversos tipos ao perpetrar uma única conduta ou subdividir a empreitada criminosa em diversos atos. Com o propósito de dar uma resposta sistematicamente coerente em tais situações, o Direito Penal continental prevê institutos específicos, sendo que o crime continuado foi uma construção edificada para alcançar tais objetivos.

O Crime continuado é uma construção jurídica e, portanto, uma figura eminentemente normativa, criada com finalidades político-criminais sob a influência de determinantes *favor rei*. A ideia central do instituto é atribuir uma

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

pena mais leve do que a resultante do concurso material para um agente que cometeu diversas espécies delitivas. Como muitos dos elementos que compõem a dogmática penal contemporânea, o crime continuado não é um instituto exclusivo do ordenamento jurídico-penal brasileiro, sendo que a sua criação e seus componentes constitutivos remontam à antiguidade.

Especificamente ao que concerne ao Direito Penal Brasileiro, o instituto é fruto das mais diversas controvérsias, seja em relação aos componentes que o integram, seja em relação a sua natureza jurídica ou até mesmo à sua viabilidade.

Podemos apontar como maior obstáculo atual a tratativa da jurisprudência dos tribunais superiores sobre o tema, que reproduz um entendimento quase uníssono no tocante aos requisitos de verificação do crime continuado, mas sempre à revelia da redação legal e da exposição de motivos atual que repete a redação de 1940. A despeito da legislação dispor taxativamente sobre a objetividade dos elementos que compõem dita figura, é comum a negativa dos pedidos de reconhecimento da continuidade pela ausência de um elemento subjetivo adicional, consubstanciado na unidade de desígnio do agente. A “imposição” de dito requisito decorre da jurisprudência da década de 70, e continua sendo reproduzida até os dias de hoje de forma automática e equivocada.

Face a tal cenário, a proposta do presente artigo é reavivar o debate dogmático quanto a legitimidade da adoção da teoria objetivo-subjetiva como fundamento do Crime Continuado. Em outras palavras, procuramos investigar a legitimidade da exigência de um vínculo subjetivo para o reconhecimento da continuidade, adotado à revelia da redação legal, de sua interpretação originária e de quase toda a boa doutrina.

1. PANORAMA GERAL DO CRIME CONTINUADO NO DIREITO BRASILEIRO

Fundamentalmente, existem 3 principais teorias que se propendem a determinar o conteúdo do crime continuado. A chamada teoria puramente subjetiva, que destaca como elemento caracterizador a unidade de desígnio para o cometimento

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

dos delitos; a teoria objetiva, que, em oposição, exige a apuração do conjunto das condições objetivas que definem a continuidade delitiva (condições de tempo, lugar, maneira de execução dentre outras) e, por fim, a teoria objetivo-subjetiva, que basicamente unifica ambos os pontos de vista, somando a unidade de desígnio a uma homogeneidade de *modus operandi*. Todas precedem a inserção do crime continuado em nossa legislação e, das três, podemos identificar que a teoria objetiva claramente foi adotada pela literalidade do artigo 71 do Código Penal. Eis o teor do artigo:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se a penal de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Gramaticalmente, percebe-se que não há qualquer tipo de abertura interpretativa para se exigir um elemento subjetivo ou “unidade de desígnio” do agente atuante. Diferentemente de outras questões controversas em sede de Direito Penal, a redação do artigo 71 é praticamente transparente no que tange aos requisitos exigidos para sua incidência. A própria exposição de motivos da parte geral de 1984, inclusive, enfatiza a vertente interpretativa eleita pelos legisladores:

59. O critério da **teoria puramente objetiva** não se 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 continuado 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, destinado penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade (**grifamos**).

Como já explicava Hungria em seu tempo, a discussão sobre adoção da teoria objetivo-subjetiva já teria sido superada na seara legislativa. No processo de aprovação da proposta para o Código Penal de 1940, Costa e Silva refutou a positivação da teoria objetivo-subjetiva e optou por aceitar a proposta da comissão, elaborando o teor da redação contida no artigo 51 §2º, na qual descartasse a exigência de uma unidade de desígnio. Vale dizer, inclusive, que a atual redação do artigo 71 é uma fiel reprodução da versão de 1940.

À época, apesar de Alcântara Machado ter impugnado a sugestão oferecida pela comissão – e ter indagado, inclusive, no que consistiram as “mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes” – prevaleceu o entendimento pela adoção da teoria objetiva, tendo a comissão esclarecido em sua tréplica que tais condições seriam nada mais do que todas as demais circunstâncias pelas quais é possível a aferição de um consequencialismo entre as práticas delitivas.

Dentre as principais críticas levantadas por aqueles juristas – e que ainda permanecem atuais – podemos destacar a inconsistência da teoria objetivo-subjetiva em explicar no que consistiria o elemento subjetivo exteriorizado quando da realização da conduta³, sobretudo porque a doutrina estaria se perdendo para diferenciar o que caracteriza vontade do que caracterizaria discernimento. Para muitos, o dolo unitário se manifestaria como nada mais do que o reflexo das condições objetivas já exteriorizadas pelo agente⁴, razão pela qual se mostraria como absolutamente inútil ao esclarecimento do instituto.

Para outros, sob uma lógica absolutamente inversa do que a adotada pelo panorama jurisprudencial atual, o instituto do crime continuado passaria a ser uma

³ Hungria, Nélon. Comentários ao Código Penal. 4. ed., 958. v. 1, p. 386.

⁴ Hungria, Nélon. Comentários ao Código Penal. 4. ed., 958. v. 1, p. 330.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

benesse ao indivíduo que tem um *plus* de dolo, isto é, a uma pessoa a quem se exigiria uma reprovação maior, vez que teria planejado a empreitada delitiva desde antes de iniciar a execução:

A incongruência da teoria objetivo-subjetiva já era acusada por Von Bar (ob.cit.,pág.596): "Não tem certamente direito a benigno tratamento, por isso que revela maior intensidade de dolo aquele que, segundo um único plano (resolução) ou um plano delineado de antemão em seus detalhes, pratica vários crimes da mesma espécie; mas ao contrário, não deixa de ter esse direito aquele que, dada uma ocasião essencialmente idêntica à em que já uma vez praticou o crime e sem que nesse meio tempo um sério motivo o dissuadesse do mau caminho, cede novamente à tentação."⁵

Não obstante, apesar do antigo artigo 50, §2º do texto original de 1940 e do atual artigo 71 da parte geral de 1984 expressamente preconizarem a opção teórica dos autores do código pela adoção da teoria puramente objetiva e de a confirmarem claramente na exposição de motivos, a jurisprudência firmou entendimento absolutamente contrário à literalidade do mandamento legal. Atualmente, sobretudo no bojo dos Tribunais Superiores, é pacífica a ideia de que o código penal teria adotado a teoria objetivo-subjetiva, seja porque consideram-na uma teoria mais apropriada, seja porque apenas reproduzem as ideias ilustradas em acórdãos paradigma:

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. CONTINUIDADE DELITIVA. TEORIA MISTA. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A revisão da dosimetria da pena não é possível se para tanto for necessário o reexame de fatos e provas, inviável por meio de habeas corpus, ausente qualquer ilegalidade aferível de plano quanto ao particular. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 2. A unidade de desígnios é requisito para a caracterização da continuidade delitiva, uma vez que foi

⁵ Hungria, Nélon. Comentários ao Código Penal. 4. ed., 958. v. 1, p. 332/333.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

adotada por este Tribunal a teoria mista (objetivo-subjetiva). Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido. (RHC 150666 ED-AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 28/06/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-167 DIVULG 31-07-2019 PUBLIC 01-08-2019)

Mas como a jurisprudência, diante de tanta clareza legal e doutrinária, passou a afirmar a doção da teoria objetivo-subjetiva? Esta é a proposta do presente trabalho e para que seja satisfeita, devemos observar o evento que desencadeou a ruptura existente entre a posição legislativa sobre o instituto (teoria objetiva) e a leitura que exige a comprovação de uma “unidade de desígnio” para o reconhecimento da continuidade.

2. ACÓRDÃOS PARADIGMA E A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Ao que se tem notícia, a primeira decisão do Supremo Tribunal Federal que fez menção ao liame subjetivo como requisito prévio à aferição da continuidade foi um **voto vencido** do Ministro Cunha Peixoto declarado nos autos do Recurso Extraordinário nº 87.769, em 1978. Tratava-se de um caso em que o agente teria cometido múltiplos roubos, entre dezembro de 1972 e janeiro de 1973 e, em razão disso, requeria o reconhecimento do crime continuado com base no artigo 51§2º do Código Penal de 1940.

Dos outros ministros, nenhum teceu considerações sobre a teoria objetivo-subjetiva. O voto vista, proferido pelo Ministro Décio Miranda, reconheceu a aplicabilidade do instituto, ancorado, sobretudo, pelo pequeno lapso temporal havido entre os crimes analisados. O terceiro ministro, Soares Muñoz, também reconheceu a continuidade delitiva e não fez qualquer alusão a um vínculo subjetivo. O quarto, Ministro Moreira Alves, não reconheceu a continuidade, mas admitiu ter o Código Penal Brasileiro adotado a teoria objetiva germânica⁶,

⁶ “Assim, senhor Presidente, acompanho o eminente Relator, primeiro porque sustento a tese de que o Código Penal Brasileiro segue a teoria objetiva germânica, que não admite crime continuado em casos que tais; segundo porque, ainda que assim não entendesse, no caso específico, verifico que não há circunstâncias objetivas que caracterizam que os crimes em causa não formam uma cadeia

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

excluindo, portanto, a exigência de liame subjetivo e o quinto, ministro Cordeiro Guerra, fundamentou sua decisão na necessidade de se "desestimular a criminalidade" e afastou a hipótese de crime continuado manifestando seu desdém a todas as teorias supramencionadas⁷. O restante dos votos não estabeleceu filiação a nenhuma das vertentes e o resultado final do julgamento foi desfavorável ao reconhecimento da continuidade.

No caso, o voto vencido incumbiu ao relator, Ministro Cunha Peixoto, que indeferiu o reconhecimento da continuidade delitiva, sob o argumento que a teoria adotada pelo Código Penal não seria apropriada, porquanto a aferição da continuidade não poderia afastar de todo o elemento subjetivo do agente:

Embora o Código Penal Brasileiro tenha, no tocante ao crime continuado, adotado a teoria alemã, de tendência objetiva, prescindindo, pois, da unidade de desígnio, não é possível ao juiz afastar de todo o elemento subjetivo do agente.

Em suma: o Ministro vencido expôs seu "desejo" legislativo em seu voto. Gostaria que a teoria adotada fosse a objetivo-subjetiva, mas consciente de que a redação legal não o atendia.

Após a publicação desta decisão e, como visto, apesar de dois dos Ministros Julgadores terem rejeitado a exigência da unidade de desígnio e todos os outros sequer a suscitarem, o voto do Ministro Relator Cunha Peixoto passou a ser considerado como paradigma para decisões posteriores. A partir daí, o entendimento da Corte Suprema foi considerado como alterado sem qualquer discussão minimamente aprofundada sobre a matéria, tendo a "unidade de

tal que os subsequentes se considerem como continuados pelos consequentes" STF. Rext. 87.769, Relator(a): Cunha Peixoto, julgado em 09/03/1978.

⁷ "Para mim, pouco se me dá a teoria objetiva ou subjetiva; para mim, é inaceitável que esse homem seja estimulado ao crime, ele e todos os outros que se especializam no uso da metralhadora, na chamada "campana" na porta do edifício, no levantamento dos supermercados, dos bancos, etc.". STF. Rext. 87.769, Relator(a): Cunha Peixoto, julgado em 09/03/1978.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

desígnios" adquirido um caráter de requisito implícito ao reconhecimento do crime continuado⁸.

Passados 11 anos desta decisão, a discussão voltou à tona em 1989, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 507. No voto do Ministro Relator Assis Toledo foram mencionados novos argumentos para fundamentar a exigência da unidade de desígnios ou "dolo total", não se abstendo o Acórdão de ancorar-se no julgamento do Recurso Extraordinário "paradigma", qual seja, o Resp. nº 87.769, acima analisado.

Além da menção ao "entendimento" do STF, o voto do Relator teceu fundamentação dirigida a legitimar a exigência do requisito subjetivo, trazendo, como aporte, ensinamentos da doutrina alemã e italiana. Segundo dispôs, a unidade do desígnio do direito italiano (partidário da teoria subjetiva) encontraria certo paralelismo na práxis do direito alemão, berço da teoria objetiva, uma vez que a jurisprudência deste país estaria exigindo a presença de um "dolo total" a enaltecer o resultado do fato perpetrado pelo agente.⁹

Ao ilustrar seu voto, o ministro equalizou a instrumentalização do instituto pela nossa legislação com a abordagem feita por legislações estrangeiras aduzindo que "a lei no Brasil, como em outros países, não nos oferece critério

⁸ A exemplo: Ementa - Direito Penal e Processual Penal. Unificação de penas: crime continuado. Criminalidade habitual. Art. 71 do Código Penal. "Habeas Corpus". Havendo os acórdãos demonstrado que o paciente não preencheu os requisitos relativos as condições de lugar e a unidade de desígnios, sendo, ademais, um delinquente habitual, acertadamente concluíram pelo indeferimento da unificação de penas, fundada na continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal). "H.C." contra esses julgados, indeferido (HC 72024, Relator(a): Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, julgado em 28/03/1995, DJ 26-05-1995 PP-15157 EMENT VOL-01788-02 PP-00339)

⁹ "Na Alemanha, por exemplo, berço da denominada teoria objetiva, os tribunais têm exigido a presença de um "dolo total" (gesamtvorsatz) que enlace o resultado total do fato em seus aspectos essenciais, no que concerne a lugar, tempo, pessoa da vítima e modo de execução, de sorte que os atos isolados representem a realização sucessiva do conjunto desejado. (Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Auflage, 1988, pág. 649). Por outro lado, os atos isolados que lesem bens jurídicos personalíssimos (höchstpersönliche Rechtsgüter) não configuram o crime continuado, segundo essa jurisprudência, quando cada ato se dirija contra diferentes titulares desses bens (homicídio, atentados sexuais, etc)." STJ. Recurso Especial nº 507. Relator (a) Ministro Assis Toledo. Julgado em 20/11/1989.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

infalível para a identificação da unidade ou continuidade delitiva, na presença de ações múltiplas”.

Partindo dessa premissa, construiu um raciocínio para validar a inserção de critérios subjetivos à revelia da nossa redação legal. A lógica da admissão de um elemento subjetivo no bojo do, agora já artigo 71 do Código Penal, decorreria basicamente da flexibilização das balizas interpretativas efetuadas pela jurisprudência alemã que, até então, também dispensava qualquer elemento intencional por parte do agente atuante:

A teoria puramente objetiva, de certos autores de épocas passadas, cede lugar hoje a uma teoria mista que conjuga elementos objetivos e subjetivos para caracterização mais restrita do crime continuado.”, justificando a amplitude interpretativa utilizada para exigir o liame subjetivo pelo uso de um assim chamado “princípio fundamental da justa retribuição.”¹⁰

Em um completo desprezo ao texto legal, à exposição de motivos e à massiva doutrina, e ignorando o princípio-regra da legalidade decorrente da entrada em vigor da Constituição ou, até mesmo, à total diferença entre as previsões alienígenas e o nosso próprio ordenamento, o Acórdão foi acolhido por unanimidade pelos outros ministros, o que propiciou a pacificação do entendimento sobre a adoção da teoria objetivo-subjetiva na atual redação do artigo 71 do Código Penal.

3. (DES)CONSTRUINDO CONCEITOS: A ILEGITIMIDADE DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ATUAL

¹⁰ “Assim, para a continuidade delitiva, torna-se indispensável, a meu ver, que os vários atos criminosos apresentem-se enlaçados, os subseqüentes ligados ao primeiro (Artigo 71 do CP), ou porque fazem parte da execução do mesmo projeto criminoso, ou porque resultam de ensejo, ainda que fortuito, proporcionado pela execução deste projeto (aproveitando da mesma situação). Isso, é claro, uma vez verificados os requisitos objetivos do artigo 71. Fora disso, penso que não se deva acolher a continuidade delitiva, fruto, como se sabe, de exigências práticas de política criminal. As conveniências ou maiores comodidades de ordem processual não deveriam pesar para afastar as exigências substanciais de direito material, no tocante ao princípio fundamental da justa retribuição. E o eventual excesso de pena, causado pela aplicação do concurso material, encontra solução pela obrigatória aplicação da norma geral limitativa do artigo 75 do CP.”

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Ao nosso entender, a narrativa acima ilustra a ilegitimidade em se exigir um requisito subjetivo para o reconhecimento do crime continuado, ao menos, sob duas justificativas: em primeiro lugar, como elucidado no início da exposição, a interpretação literal do artigo 71 do Código Penal veda absolutamente a aferição de tal elemento e, ao fazê-lo, viola-se frontalmente o princípio-regra constitucional da legalidade, cânone instituído pela Constituição Federal de 1988. Em segundo lugar, as justificativas utilizadas pelo pretório excelso, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça são absolutamente inadequadas para justificar a inserção desse critério adicional – e, conseqüentemente, afastar a violação à legalidade – fundamentalmente pela dissonância havida entre a nossa previsão legal e as construções extraterrestres, o que será melhor desenvolvido a seguir.

3.1 Violação ao princípio da legalidade

No tocante à legalidade, inicialmente destacamos a total incompatibilidade principiológica e contextual entre o panorama histórico datado de 1978 e o atual. À época da primeira decisão proferida pelo STF sobre o tema, o País sofria intensa restrição no tocante aos direitos individuais, até mesmo porque o Ato institucional número 5 estava em pleno vigor. Apesar da legislação à época, isto é, o Código Penal de 1940, também adotar a teoria objetiva para fins de aplicação do então artigo 51, naquele período histórico, não haveria qualquer impedimento constitucional para que a seara da legalidade fosse ultrapassada. Inclusive, não haveria momento mais propício para tanto. A alegação de “combate à criminalidade” era o fundamento mais suscitado e as garantias constitucionais basilares eram, por via de regra, flexibilizadas em prol de um suposto “bem comum”.

O disposto, inclusive, prova-se pela perfunctória leitura dos fundamentos contidos nos votos do Recurso Extraordinário nº 87.769. Por diversas vezes, nos deparamos com expressões como “não se tem mais segurança de andar na rua” ou “a frouxidão da repressão é que gera um estímulo à criminalidade” como fundamentos à uma extensão da interpretação da lei penal em malefício do réu.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Por outro lado, nenhuma vez fez-se alusão ao Princípio da legalidade. Obviamente, tais assertivas refletem o modo de pensar e o contexto histórico da época. Ocorre que tais enunciados não encontram mais guarida no nosso atual ordenamento jurídico, cujas garantias constitucionais individuais devem servir de obstáculo à interpretação da lei penal e da busca de qualquer fim político-criminal.

Atualmente, o princípio da legalidade, considerado cânone do Direito Penal, encontra sua previsão legal tanto no corpo constitucional (Art. 5º, II da CF) quanto no Código Penal (Art. 1º CP). Justamente pela sua importância em proporcionar um conhecimento prévio do que é objeto de tutela do Direito Penal, e, conseqüentemente, legitimar segurança jurídica, é que o respectivo princípio orienta a vedação da *analogia in malam partem*, sob qualquer circunstância. Basicamente, podemos apontar 2 funções principais exercidas pelo Princípio Constitucional da Legalidade: a primeira, de limitação ao poder estatal, e a segunda, de manutenção de segurança jurídica, primordial em qualquer sistema legal que se diga contemporâneo.

Apesar do artigo 71 do CP não se caracterizar como um preceito proibitivo e, por natureza, definir-se como uma construção normativa, trata-se de um dispositivo em que são determinados requisitos taxativos para a obtenção de um direito. Sendo assim, qualquer limite à obtenção deste direito deve ser apenas e tão somente incluído pelo legislador, que é quem detém o poder constitucionalmente outorgado de estabelecer penas e flexibilizações a estas mesmas penas. A desconsideração da vontade do legislador sobre o argumento de que "a sociedade clama por justiça" ou qualquer expressão correlata, nada mais é do que uma inadmissível violação da legalidade, uma vez que se está impondo limites não previstos e ou, mais precisamente, está a se impor uma pena mais grave do que a prevista em lei. O mesmo pode ser dito da manutenção de entendimento conflituante com a principiologia constitucional ou a construção de entendimento jurisprudencial sem qualquer tipo de respaldo dogmático.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Isso porque cabe à Dogmática exercer um papel fundamental para garantir o respeito ao princípio da legalidade, sobretudo como ferramenta de preparação e complemento da lei positiva¹¹, eis que nela detém seu limite e fundamento de constituição, tendo por objetivo nada mais do que complementá-la¹². Diante disso, primordialmente, é que nenhum tipo de conclusão tido pela via jurisprudencial deve desconsiderar os paradigmas e marcos interpretativos provenientes da doutrina e da lei, sobretudo porque a Ciência Penal, tal como é sistematicamente disposta, sofre uma complementação autopoietica e, ademais, procura dar conteúdo à legislação, onde encontra seu linde.

Após o advento e disseminação da importância da perspectiva funcionalista como ferramenta de aproximação entre o Direito e a sociedade, inclusive, mostra-se desarrazoada a aplicação de qualquer instituto desassociado da política criminal estabelecida legislativamente. No caso, como já salientado, as exposições de motivos de 1940 e 1984 são expressas no sentido de apontar a teoria objetiva como a opção predeterminada pelo legislador e, ainda que não se queira reconhecer a linha funcionalista, lembramos que os autores citados no acórdão 87.769 são reconhecidamente causalistas. A título de curiosidade histórica, dentre os participantes da elaboração do texto de 1940, apenas Roberto Lira dissidiu dos demais, e sua sugestão restou derrotada pela de Néelson Hungria, partidário da teoria objetiva.

Vale apontar, inclusive, que a intensa fundamentação exarada no acórdão 87.769, reproduzida até os dias atuais, resume-se à diferenciação entre o crime continuado e o criminoso habitual, ou seja, a pessoa que leva o crime como projeto de vida. É evidente que a intenção do legislador nunca poderia ter sido a aplicação de pena inferior a pessoa cuja conduta social é mais repreensível, o que torna ainda mais claro que a diferenciação entre estas duas espécies independe do elemento subjetivo.

¹¹ Mir Puig, Santiago. El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994, p. 13.

¹² Mir Puig, Santiago. El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho, 1994, p. 22.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

3.2 Ilegitimidade do paralelo com a doutrina estrangeira

Em complemento ao desenvolvido no item acima, a interpretação reproduzida pela jurisprudência atual também dissemina uma mácula inadmissível à legalidade. O principal argumento erigido pelo acórdão do Superior Tribunal de Justiça para fundamentar a adoção da teoria objetivo-subjetiva consiste em um paralelo com a legislação estrangeira, mais principalmente com a alemã, que, via jurisprudência, admitiu uma significativa mudança de entendimento sobre a constituição do instituto. Por conseguinte, a reflexão sobre a legitimidade do raciocínio adotado pelos nossos tribunais exige um estudo analítico da previsão alienígena do crime continuado para que, a partir daí, possamos realizar uma comparação sistêmica entre a nossa realidade e o contexto internacional.

Mas o ponto fulcral da impropriedade dos argumentos citados pelo Superior Tribunal de Justiça é a inexistência de previsão legal do crime continuado na legislação alemã.

Imediatamente notamos a impropriedade dos fundamentos que alicerçam a adoção da teoria objetivo-subjetiva, seja no momento da decisão, seja nos dias de hoje. O voto do Ministro relator Assis Toledo utiliza como principal argumento a exigência da unidade de desígnios da doutrina alemã, construção sem nenhum amparo legal. A legislação alemã nunca possuiu qualquer previsão legal do delito de ação continuada (*fortgesetzten Handlung*)¹³ e a jurisprudência renunciou definitivamente a seu uso em uma sentença do BGH em 1994 (BHTSt 40, 138-168)¹⁴. O instituto derivava absolutamente de uma construção doutrinária e jurisprudencial, uma figura que as vezes se fundamentava no direito substantivo e as vezes no direito processual para que se evitasse o julgamento de fatos individuais que devessem ser julgados em um mesmo processo, quando houvesse semelhança entre eles, evitando a litispendência e privilegiando a coisa julgada

¹³ Roxin, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II. 2003, p. 873.

¹⁴ Roxin, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil Band II. 2003, p. 872.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

quando o tribunal não tivesse incluído na condenação alguns poucos casos que fossem partes de um todo¹⁵.

Ao contrário do caso brasileiro no qual o crime continuado tem sua redação em lei e não exige nenhum elemento subjetivo, a ausência de previsão legal permitiu uma total flexibilidade na criação e modificação de seus elementos constituintes, motivo pelo qual parte da doutrina e da jurisprudência passou a exigir um elemento adicional, consubstanciado no assim chamado “dolo total” (*Gesamtvorsatz*) como imperativo ao reconhecimento da continuidade delitiva.

Mesmo na doutrina alemã sempre houve divergência sobre o que seria o elemento subjetivo exigido por alguns autores. Muitos defendem que o crime continuado representa uma unidade de ação e não, como dispõe a nossa previsão legal, uma gama de ações que perfaz vários delitos.

Provavelmente a força da tese da subjetividade e do “dolo geral” se deve a Welzel, por óbvias razões de vincular seu sistema ao dolo e à vontade do agente. Em sua concepção, o delito continuado pode se apresentar de duas formas distintas: como uma unidade de ação consistente em uma realização sucessiva de um “dolo total”; ou como uma unidade de condução punível de vida (*Einheit strafbarer Lebensführung*), neste segundo caso, como uma culpabilidade de condução da vida (*Lebensführungsschuld*). E em sua concepção, somente no primeiro caso – realização de um dolo total – poder-se-ia falar em crime continuado nos moldes do que em sua época reconhecia o BGH¹⁶.

Mas é na doutrina de Jescheck – que aparentemente faz coro à doutrina que prega o fim do instituto¹⁷ – que o Ministro Assis Toledo vai buscar seu fundamento. Cita expressamente o “dolo total”, e deixa claro que são os tribunais que o exigem. Contudo, Assis Toledo encerra sua citação arbitrariamente sem a conclusão de

¹⁵ Jakobs, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1993, p. 901.

¹⁶ Welzel, Hans. Das Deutsche Strafrecht. P. 198.

¹⁷ Jescheck, Hans-Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Ed., p. 715. No original: “Es ist deshalb kein Wunder, dass sich die Stimmen für die Preisgabe der fortgesetzten Handlung gemehrt haben”.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

Jescheck em sua obra. O Ministro cita que o dolo total deve enlaçar “o resultado total do fato em seus aspectos essenciais, no que concerne a lugar, tempo, pessoa da vítima e modo de execução, de sorte que os atos isolados representem a realização sucessiva do conjunto desejado”. Mas para embasar sua própria predileção pela subjetividade, estrategicamente não cita que o autor alemão reconhece que um dolo global muito raramente poderá ser constatado na realidade, e por isso os tribunais são forçados a fundamentações artificiais para que o crime continuado possa ter alguma importância prática¹⁸.

De fato, autores posteriores reconhecem que o “dolo total” não passa de um argumento retórico. Jakobs afirma claramente que o elemento subjetivo nomeado de “dolo total” ou “dolo de continuidade” (*Fortsetzungsvorsatzes*) é vazio de conteúdo e poderia ser preenchido à vontade do intérprete¹⁹, e – ainda que seja contrário ao instituto – reconhece que a razão está com a parte da doutrina que o exclui da análise do crime continuado, pois assim se consegue aplicar a figura com maior perfeição e atingir sua finalidade, que nada mais é do que evitar uma pena que puna isoladamente condutas estereotipadas que nada mais são do que repetições de uma mesma série²⁰.

Ao encerrar seu voto faltou precisão técnica – ou interesse – ao Ministro quando literalmente afirma: “como vimos, a teoria puramente objetiva, acolhida pelo acórdão, não é hoje aceita na própria terra de origem com tal amplitude, ou sem limitações, conforme se infere das lições de Jescheck, na obra citada”. Na verdade, como acabamos de ver, por ser um instituto ausente de previsão legal, sempre se pode aplicá-lo de forma objetiva ou subjetiva, ao sabor do aplicador e tal insegurança chegou a um ponto tão crítico que o instituto foi abandonado pelo sistema formalmente.

Cumprindo ainda destacar que o Ministro utiliza com a mesma finalidade a doutrina italiana, e curiosamente citando expressamente que o texto legal prevê o aspecto

¹⁸ Jescheck, Hans-Heinrich. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Ed., p. 716.

¹⁹ Jakobs, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1993, p. 903.

²⁰ Jakobs, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1993, p. 905.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

subjetivo²¹. É no mínimo curioso que faça essa expressa referência já que reconhece que os dispositivos legais são diferentes, e sua conclusão deveria ser exatamente em sentido contrário: se a lei italiana o exige, deve estar presente; se a lei brasileira não o exige, não pode se querer que esteja presente. Interpretação como a feita pelo Ministro é a aplicação de analogia *in malam partem*, que como se sabe, é inadmissível em matéria penal.

No tocante às similaridades, é de se notar que a legislação espanhola possui uma previsão similar à constante do artigo 71 do nosso Código Penal, havendo, entretanto, algumas peculiaridades que diferenciam as espécies lá previstas daquela que nos pertence. Em primeiro lugar, no que diz respeito a terminologia adotada sobre o concurso de crimes, temos em ambos os países uma divisão entre “concurso real”, que seria equivalente à nossa ideia de concurso material, e “concurso ideal” que corresponderia ao que entendemos por concurso formal.

Apesar de ambas as legislações convergirem no tocante a este aspecto, o “Delito Continuado”, assim chamado por ambos os ordenamentos, é constituído de forma distinta em cada um deles. A legislação espanhola, por exemplo, não possuía qualquer tipo de determinação legal para impor o reconhecimento de um delito continuado até 1983. O instituto era integralmente fruto de uma construção jurisprudencial, sendo que sua positivação ocorreu apenas após esta data, através de uma alteração legislativa específica sendo que a doutrina e jurisprudência reconhecia aspectos objetivos e subjetivos²². Contudo, também na Espanha, parte da doutrina defendia que o critério para o crime continuado deveria ser o objetivo:

A configuração mais coerente do crime continuado é a que se apoia em dados objetivos. Dentre estes cabe destacar como essenciais a identidade do bem jurídico lesionado ou colocado

²¹ Nas palavras do Ministro: “Na Itália, como se sabe, por expressa disposição legal do Código Penal, art. 81, exige-se que as várias ações caracterizem a execução de um mesmo intento criminoso”.

²² Mir Puig, Santiago. Derecho Penal – Parte General. 9. ed., 2011, p. 653.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

em perigo e a identidade ou, ao menos, a homogeneidade do preceito penal violado.²³

E também lá, como aqui, a jurisprudência aparentemente corrompeu o instituto, conforme noticia Muñoz Conde:

Originalmente, o crime continuado foi um instituto que surgiu com o objetivo de beneficiar o réu, ao excluir suas diversas ações delitivas das regras de concurso material, valorando-as como uma só, ou ao menos, como um só delito. Porém, a jurisprudência recorreu também à figura do crime continuado quando existiam dificuldades para provar as diversas ações isoladas, e por outras razões processuais que nem sempre beneficiavam o réu.²⁴

Atualmente, a previsão espanhola do instituto exige expressamente a presença de um “plano pré-concebido”, isto é, uma unidade de desígnio do agente, o que oficialmente valida a adoção da teoria subjetiva e razão pela qual a jurisprudência daquele país têm total legitimidade para demandar sua presença²⁵.

Assim, o fenômeno que ocorre no Brasil configura a reprodução de um entendimento absolutamente inconstitucional, que viola preceitos basilares do Ordenamento Jurídico, o que desorienta a limitação do poder punitivo que, por sua vez, é fundamento de existência do Direito Penal. O crime continuado previsto no Brasil é expressamente previsto em lei, muito diverso do crime continuado oriundo do sistema alemão que foi fruto de uma construção doutrinária e jurisprudencial resultante da lacuna legislativa, e do sistema italiano que possui previsão expressa sobre a presença de elemento subjetivo. O que causa espanto é que Francisco de Assis Toledo participou da comissão de elaboração da parte geral de 1984, na qual

²³ Cobo del Rosal, Manuel; Vives Antón, Tomás S. Derecho Penal. Parte General. 5. ed., 1999, p. 782.

²⁴ Muñoz Conde, Francisco; García Arán, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2. ed., 1996, p. 487.

²⁵ Artículo 74. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de **un plan preconcebido** o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado (**destacamos**).

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

em sua exposição de motivos declara expressamente que o critério adotado pelo nosso código seria o objetivo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas considerações acima desenvolvidas, podemos concluir que adoção da teoria objetivo-subjetiva, tal como feito por grande parte da jurisprudência, viola diretamente o Princípio Constitucional da Legalidade e deve ser considerada ilegítima.

O entendimento paradigmático utilizado como alicerce atualmente carece absolutamente de substância em uma lógica principiológica contemporânea, de modo que sua reprodução representa uma macula na própria segurança jurídica, já que referida perspectiva legitima a interpretação *in malam partem* concebida pela via jurisprudencial.

Muito embora nossa codificação apresente similaridades com outros ordenamentos de raiz continental, o paralelismo situacional deve ser feito com parcimônia e respeitando às particularidades de cada país, o que, conforme demonstrado, escapa ao entendimento exarado pelo acórdão referênciada.

A previsão do crime continuado no ordenamento jurídico brasileiro decorre expressamente do texto de lei que, por sua vez, elenca taxativamente os requisitos exigíveis ao reconhecimento do instituto, todos de cunho objetivo. A manobra conceitual até hoje reproduzida por nossa jurisprudência representa uma equiparação ilegítima da norma contida no artigo 71 do Código Penal com previsões alienígenas que não possuem as características que permitiriam referida equiparação.

Diferentemente do que ocorre em nosso ordenamento, o crime continuado não encontra representatividade na legislação alemã, e, sendo uma construção elaborada pela doutrina, comporta alterações substanciais em seu conteúdo, sejam elas perpetradas pela própria doutrina, sejam elas decorrentes da via

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

jurisprudencial. Daí porque, naquela localidade, a teoria adotada para interpretação do instituto pode variar entre a objetiva e a objetiva-subjetiva, que exige a unidade de desígnios do agente atuante.

Ao utilizar a concepção de crime continuado trazida pelo ordenamento jurídico alemão ou italiano para legitimar a exigência de um requisito não previsto em lei para se reconhecer o instituto, os tribunais superiores, à época, violaram flagrantemente o princípio constitucional da legalidade, violação essa que, conseqüentemente, deslegitima a reprodução desse entendimento aos dias atuais. A imediata alteração desse resquício ditatorial em nossa jurisprudência mostra-se como absolutamente inevitável, sob pena de se permitir a corrupção da separação dos poderes e, junto a ela, dissolver-se a função limitativa do poder punitivo, objetivo prioritário do direito penal contemporâneo.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás S. Derecho Penal. Parte General. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958. v. 1.

JAKOBS, Günther. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlim: De Gruyter, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlim Duncker e Humblot, 1996.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 9. ed. Montevideo: B. de F., 2011.

MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado social y democrático de derecho. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer. Unidade de desígnios e crime continuado: considerações críticas à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

ROXIN, Claus. Strafrecht. Allgemeiner Teil II. Besondere Erscheinungsformen der Straftat. Munique: C .H. Beck, 2003.

WELZEL, Hans. Das Deutsche Strafrecht. 7. ed. Berlin: De Gruyter, 1960.