

Mate quatro e pague três: a violação da Constituição na aplicação do crime continuado aos delitos dolosos contra a vida

Décio Viégas de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Continuidade delitiva e os crimes dolosos contra a vida. 3. Aplicação do crime continuado em outros crimes. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que o emprego do instituto jurídico do crime continuado para o cálculo da pena a ser aplicada no caso de concurso de crimes dolosos contra a vida cria no ordenamento jurídico uma situação de proteção deficiente do direito fundamental à vida, o que desencadeia na não recepção constitucional dessa hipótese de aplicação da norma legal.

Abstract

This article seeks to demonstrate that the use of the legal institute of continued crime to calculate the penalty to be applied in the case of intentional crimes against life creates in the legal system a situation of deficient protection of the fundamental right to life, resulting in the constitutional non-reception of this hypothesis of application of the legal norm.

Palavras-chave: Crime continuado. Proteção deficiente. Direito à vida. Crimes dolosos contra a vida. Direito constitucional. Direito processual penal.

Keywords: *Continued crime. Deficient protection. Right to life. Intentional crimes against life. Constitutional law. Criminal procedural law.*

1. Introdução

O crime continuado vem previsto no nosso código penal como uma das formas de aplicação de pena quando da ocorrência do chamado concurso de crimes, ou seja, quando um agente ou um grupo de agentes cometem dois ou mais crimes mediante a prática de uma ou várias ações.

Segundo a doutrina especializada, nosso Código Penal adotou a teoria da ficção jurídica do crime continuado, que “sustenta que a unidade que existe no crime continuado é resultante de uma criação legal para a imposição de uma pena quando, em verdade, existem vários crimes”.¹

* Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

¹ JÚNIOR, Ney Fayet. *Do Crime Continuado*. Porto Alegre: 4ª ed., Livraria do Advogado, 2013, p. 114.

Dessa forma, para fim de aplicação de pena, optou o legislador por tratar a situação descrita no art. 71 do Código Penal, que trata da prática de vários atos típicos, como se fosse somente um delito.²

O *caput* do artigo prevê os seguintes requisitos para a configuração da chamada continuidade delitiva: (1) dois ou mais crimes de mesma espécie praticados mediante mais de uma ação ou omissão; e (2) condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes que permitam se concluir que os crimes subsequentes foram cometidos como continuação do primeiro.

Nesse caso, estipula o código que será aplicada a pena de somente um dos crimes, a mais grave, ou qualquer delas caso todas iguais, com a incidência da fração de aumento de um sexto a dois terços.

Por fim, prevê-se no parágrafo único do art. 71 a faculdade de o juiz aplicar o aumento da pena até o triplo, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, caso estejam reunidas certas condições: (1) tratar-se de crime doloso; (2) praticado contra vítimas diferentes; (3) com violência ou grave ameaça à pessoa

A redação original do Código Penal de 1940 trazia a previsão do crime continuado no §2º de seu artigo 51, com praticamente a mesma redação do atual *caput* do art. 71 do mesmo diploma, ou seja, não havia menção à hipótese especial de aumento de pena hoje prevista no parágrafo único do artigo 71.

Antes da introdução da referida hipótese, que se deu com a reforma do código de 1984, muito se discutia na doutrina e na jurisprudência se a continuidade delitiva era aplicável ou não aos casos de crimes dolosos contra a vida.

A posição firmada pela maioria da jurisprudência nacional durante muito tempo era no sentido de que a aplicação do crime continuado deveria se dar de forma distinta a depender de se os delitos considerados ofendiam bens jurídicos de caráter impessoal (como o patrimônio, por exemplo) ou bens jurídicos de caráter personalíssimo (como, vida, liberdade, integridade física etc.).

Para o primeiro grupo de crimes, se exigia que os ataques, em cada caso, ofendessem o mesmo bem jurídico, não se exigindo identidade de sujeito passivo. Na segunda hipótese, todavia, além de se exigir que os crimes incidissem sobre o mesmo bem jurídico, era necessário também que o lesado fosse a mesma pessoa.³⁻⁴⁻⁵

Logo, seguindo essa linha de entendimento, entendia-se, por exemplo, que, tendo sido praticados vários abusos sexuais contra a mesma pessoa, o instituto poderia incidir, o que não ocorreria caso os referidos abusos fossem praticados contra pessoas diversas.

Nesse sentido, explica Nelson Fayet Jr. que:

A exigência de identidade de sujeito passivo quando se tratasse de lesão a bens jurídicos de caráter pessoal decorria do entendimento de que

² COSTA, Álvaro Mayrink da. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: 1ª ed., GZ Editora, 2015, p. 849.

³ STF - RE: 86823 SP, Relator: XAVIER DE ALBUQUERQUE, Data de Julgamento: 03/04/1979, Primeira Turma, Data de Publicação: 19/04/1979.

⁴ STF - RE: 91413 SP, Relator: DJACI FALCÃO, Data de Julgamento: 18/09/1979, Segunda Turma, Data de Publicação: 15/10/1979.

⁵ STF - RE: 91563 SP, Relator: RAFAEL MAYER, Data de Julgamento: 05/02/1980, Primeira Turma, Data de Publicação: 29/02/1980.

todo bem jurídico que não pode ser atingido, da mesma forma, mais de uma vez (aqueles indivisíveis), estaria fora de alcance das regras do delito continuado, porque esse instituto pressupõe, conceitualmente, a repetição de ações contra o mesmo bem jurídico (assim, não seriam suscetíveis de continuação, por exemplo, o homicídio consumado e a [hoje atípica ação de] sedução consumada).⁶

Em decorrência disso, o Supremo Tribunal Federal, embora admitisse a aplicação da continuidade delitiva para crimes patrimoniais, como por exemplo o crime de roubo, editou a Súmula 605, que previa sua inadmissibilidade nos crimes contra a vida.

Posteriormente, com a reforma do Código Penal de 1984, que trouxe no parágrafo único do artigo 71 a previsão expressa do cabimento do crime continuado para os crimes dolosos, praticado contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa, entendeu o STF que restou superada sua jurisprudência, tendo a corte aceitado desde então a possibilidade de aplicação da figura do crime continuado para os casos de crimes que visem proteger bens personalíssimos e que tenham sujeitos passivos distintos, o que inclui os delitos dolosos contra a vida.⁷⁻⁸⁻⁹

Com a devida vênia, ousamos discordar do entendimento adotado pela STF, pois, embora entendamos que o art. 71 do Código Penal e seu parágrafo único foram recepcionados pela CRFB/88, a regra legal carece de ser submetida a um processo de filtragem constitucional que lhe dê uma interpretação conforme a Constituição reconhecendo a contrariedade à norma constitucional na sua aplicação para os casos de crimes dolosos contra a vida.

2. Continuidade delitiva e os crimes dolosos contra a vida

Em 23 de outubro de 2007, cinco jovens entre 14 e 21 anos foram mortos a tiros por dois traficantes em um mirante no bairro de Vossoroça, na cidade de Votorantim, interior de São Paulo. Segundo apurado nas investigações, um grupo de oito adolescentes estava no local quando foram surpreendidos pelos autores dos delitos, que os mandaram deitarem-se no chão e atiraram contra os mesmos. Três dos jovens sobreviveram.

A motivação do crime, segundo narrado pelo Ministério Público de São Paulo, foi o fato de que a constante presença do grupo no local estaria atrapalhando o movimento do tráfico de drogas.¹⁰

Em outro episódio, este mais conhecido, ocorrido na noite de 29 de agosto de 1993, 21 pessoas inocentes foram mortas por policiais militares na favela de Vigário Geral,

⁶ JÚNIOR, Ney Fayet, *op cit.*, p. 238.

⁷ STF - HC: 77786 RJ, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 27/10/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 02-02-2001 PP-00074 EMENT VOL-02017-02 PP-00418.

⁸ STF - HC: 89786 RJ, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 27/03/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-032 DIVULG 06-06-2007 PUBLIC 08-06-2007 DJ 08-06-2007 PP-00047 EMENT VOL-02279-03 PP-00569.

⁹ STF - HC: 93367 RJ, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 11/03/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-04 PP-00986.

¹⁰ MARTINS, Júlia. Chacina de Votorantim: famílias de jovens falam sobre crime que chocou a cidade e 15 anos de luto. *G1*, 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sorocaba-jundiari/noticia/2022/10/21/chacina-de-votorantim-familias-de-jovens-falam-sobre-crime-que-chocou-a-cidade-e-15-anos-de-luto.html>>. Acesso em: 28 de agosto de 2024.

na Zona Norte do Rio de Janeiro, naquela que ficou conhecida como a chacina de Vigário Geral. Segundo apurado, os crimes foram praticados por vingança, após a morte de quatro policiais militares por traficantes locais.

Entre as absurdas execuções que se sucederam nesse cenário de barbárie e carnificina, narra o jornalista William Helal Filho que:

(...) a pior cena de toda essa noite revoltante foi deixada na casa de uma família de evangélicos em frente ao Bar do Caroço, onde oito pessoas, todas elas inocentes, foram mortas pelos policiais com sede de vingança. Eles invadiram a residência e chacinaram o vigia Gilberto Cardoso dos Santos, sua mulher, Jane, e seus cinco filhos: Luciano, Lucinéia, Lucia, Luciene e Lucinete, com idades de 15 a 33 anos, além de uma nora do casal, a jovem Rúbia, de 18 anos. Segundo investigações, os PMs decidiram matar a família por “queima de arquivo”, após um deles entrar na casa sem capuz na cabeça.¹¹

Em um terceiro caso, que transcorreu na madrugada de 28 de agosto de 2023, em Mata de São João, município pertencente à região metropolitana de Salvador, quatro criminosos armados entraram em uma casa de família com 11 pessoas com a intenção de matar um homem que seria ex-namorado da atual namorada de um deles. Na ação criminosa executaram 10 pessoas que estavam na casa e mais duas vizinhas que acolheram uma das vítimas fatais. Somente um bebê foi poupado, tendo o mesmo sobrevivido após ter sido retirado por seu pai da casa onde ocorreu o crime, que havia sido incendiada pelos criminosos com a criança dentro.¹²⁻¹³

Os três casos, além de terem em comum o fato de serem chacinas que causaram perplexidade e profunda revolta na sociedade, também compartilham uma outra característica que, a nosso ver, descredibiliza totalmente o sistema de justiça penal brasileiro: surpreendentemente, nos termos do Código Penal, os autores dos referidos delitos fazem jus a uma benesse legal, a de ter somente a pena de um homicídio a eles aplicada, mesmo tendo ceifado diversas vidas e atentado contra tantas outras.¹⁴

Com a devida vênia, mesmo levando-se em conta que haverá a incidência dos percentuais de aumento de pena previstos no *caput* e no parágrafo único do art. 71 do Código Penal, não há como deixar de se constatar que permitir que crimes como esses sejam tratados como um único crime para fins de aplicação de pena importa em clara violação

¹¹ FILHO, William Helal. Fotos mostram crueldade da chacina de Vigário Geral, onde 21 moradores foram mortos por PMs, há 25 anos. *O Globo*, 2018. Disponível em: < <https://blogs.oglobo.globo.com/blog-do-acervo/post/vigario-geral.html> >. Acesso em: 29 de agosto de 2024.

¹² Quem são as vítimas da chacina na Bahia e como ocorreu a ação criminosa. *G1*, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2023/08/29/quem-sao-as-vitimas-da-chacina-na-bahia-e-como-ocorreu-a-acao-criminosa.ghtml>. Acesso em 28 de agosto de 2024.

¹³ Morre 10ª vítima de chacina na Bahia. *G1*, 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2023/09/11/chacina-bahia.ghtml>. Acesso em 28 de agosto de 2024.

¹⁴ Cabe esclarecer que nos casos de São Paulo e do Rio de Janeiro o crime continuado foi aplicado nos cálculos de pena dos réus que vieram a ser condenados, todavia, no caso da Bahia os suspeitos morreram em confronto com a polícia, motivo pelo qual o caso não chegou a ser julgado. Apesar disso, optamos por incluir a chacina ocorrida em Salvador dentre os três exemplos trazidos por entendermos que as particularidades do caso se adequam às circunstâncias descritas no artigo 71 do Código Penal.

ao preceito fundamental constitucional que trata da inviolabilidade do direito à vida¹⁵, que tem como um de seus aspectos a vedação à proteção deficiente, gerando a obrigação do estado de dar a esse bem jurídico personalíssimo, que é o mais fundamental de todos, uma proteção minimamente adequada e suficiente.

Como bem explica Ingo Sarlet, o princípio da proporcionalidade, ao ser utilizado como critério de filtragem constitucional do direito penal, deve ser analisado sob duas facetas, as da proibição do excesso e da insuficiência na proteção dos bens jurídicos fundamentais.¹⁶

Enquanto o aspecto da proibição do excesso atua como agente limitador da intervenção do estado, constituindo verdadeiro direito de defesa contra medidas restritivas de direitos fundamentais que possam vigor em determinada sociedade, o dever de proteção refere-se às obrigações positivas impostas pela Constituição, como bem explica o Ministro Gilmar Mendes:

Quanto à proibição de proteção insuficiente, a doutrina vem apontando para uma espécie de garantismo positivo, ao contrário do garantismo negativo (que se consubstancia na proteção contra os excessos do Estado) já consagrado pelo princípio da proporcionalidade. A proibição de proteção insuficiente adquire importância na aplicação dos direitos fundamentais de proteção, ou seja, na perspectiva do dever de proteção, que se consubstancia naqueles casos em que o Estado não pode abrir mão da proteção do direito penal para garantir a proteção de um direito fundamental. Nesse sentido, ensina o Professor Lênio Streck: Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador.¹⁷

Nesse sentido, o princípio da vedação à proteção deficiente visa impedir que o Estado seja omisso em assegurar a proteção de um direito fundamental ou tenha uma atuação

¹⁵ Art. 5º, *caput*, da CRFB - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...).

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid. Nº 10, p. 333 a 334, 2006.

¹⁷ STF - RE: 418376 MS, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 23-03-2007 PP-00072 EMENT VOL-02269-04 PP-00648

insuficiente para garantir eficazmente essa proteção¹⁸, o que, na esfera penal, entre outros aspectos, se traduz na necessidade de que a reprimenda penal ser aplicada aos crimes previstos em lei seja minimamente adequada e proporcional à conduta praticada, de forma a que sejam alcançados os fins da pena de prevenção e reprovação.

Em busca desses objetivos, portanto, cabe ao legislador, através da criação dos tipos penais, expressar a política criminal a ser adotada pelo estado, que, por óbvio, deve ter por intuito a não ocorrência da delinquência e a mitigação de seus efeitos.

A penalização de certas condutas e a premiação de outras, portanto, expõe os comportamentos que o estado visa incentivar ou desestimular em determinada sociedade. Logo, a norma do art. 121 do Código Penal, por exemplo, visa evitar a prática de homicídios, já a do art. 15 (referente à desistência voluntária e arrependimento eficaz), busca que aquele que começou a cometer um delito desista antes de sua consumação ou evite que o resultado se produza.

É justamente seguindo essa linha de raciocínio que podemos verificar a problemática da aplicação do art. 71 aos crimes dolosos contra a vida. Ao tratar como um só crime diversos homicídios, o legislador passa a mensagem de desvalor da vida, mesmo que haja a incidência das causas de aumento.

Tomemos como exemplo o caso acima mencionado ocorrido em Votorantim, no interior de São Paulo. Lá, cinco pessoas foram mortas e três foram vítimas de tentativas de homicídio. Todavia, o réu viu reconhecido em sede de apelação o direito a responder por somente um homicídio em continuidade delitiva, com a incidência da majorante do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.¹⁹

Mesmo aplicando-se a causa de aumento no triplo, ou seja, em seu grau máximo, a punição aplicada será equivalente no máximo à soma das penas das práticas de três homicídios. Na prática, a lei deixa claro que essas duas outras vidas que se perderam e as outras três que sofreram o risco de serem ceifadas serão simplesmente indiferentes penais no cálculo.

Ou seja, voltando-se à noção de que a legislação penal traduz a política criminal de uma sociedade, e, portanto, os comportamentos que visa estimular ou inibir, é negável reconhecer que a previsão do artigo passa a mensagem ao pretense delinquente de que “*se matou três, mate logo mais quatro, cinco, seis ou quanto mais quiser, pois a partir daqui nada mais influirá no cálculo de sua pena*”. A norma indiretamente incentiva a prática de mais crimes ao não prever uma punição proporcional a todos os delitos praticados.

Dessa forma, o estabelecimento de um teto de pena permite que, em casos de assassinatos em massa, a violação do direito mais fundamental de todos fique completamente impune, o que viola frontalmente o postulado constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à vida.

A questão fica ainda mais grave quando se verifica que a aplicação da causa de aumento do parágrafo único é apresentada como uma mera faculdade do juiz, ou seja, mesmo no caso da prática de crimes dolosos contra a vida com diversas vítimas pode o juiz optar por se limitar a aplicar somente a causa de aumento de pena do *caput*.

¹⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 339

¹⁹ JÚNIOR, Wilson Gonçalves. Autor de chacina tem pena reduzida em 90 anos. *Jornal Cruzeiro*, 2014. Disponível em: < <https://www2.jornalcruzeiro.com.br/materia/545827/autor-de-chacina-tem-pena-reduzida-em-90-anos>>. Acesso em: 30 de agosto de 2024.

Além disso, analisando-se o princípio da proporcionalidade em termos comparativos, constata-se também uma grave quebra de isonomia, pois a pena de quem comete quatro ou mais assassinatos em continuidade delitiva será sempre proporcionalmente menor do que aquela aplicada àqueles que cometem somente um homicídio.

Nessa toada, não podemos deixar de concordar com a fala do promotor de Justiça Wellington dos Santos Veloso, responsável pela acusação no caso de Votorantim, no sentido de que é "(...) *como se fosse uma liquidação do comércio: compre dez e pague um. O crime continuado é como se promovesse uma liquidação de vida(...).*"²⁰.

E, considerando-se que o direito à vida é simplesmente o mais importante de todos os direitos²¹, atuando como verdadeiro marco civilizatório em qualquer sociedade, importante, portanto, que se reconheça que qualquer interpretação normativa que preveja uma proteção deficiente do mesmo é flagrantemente incompatível com a Constituição, como é o caso da aplicação da continuidade delitiva aos crimes dolosos contra a vida.

3. Aplicação do crime continuado em outros crimes

O crime continuado, segundo maior parte da doutrina, teria sido idealizado pelos práticos italianos da idade média, que buscavam mitigar o rigor na penalização do cometimento de certos crimes, principalmente o de furto, que era punido com pena de morte caso praticado três vezes.²²⁻²³

Com o tempo, todavia, as hipóteses de aplicação do crime continuado foram sendo estendidas para outros crimes em algumas legislações mundiais, como a brasileira. Sua aplicação aos crimes dolosos contra a vida, no entanto, embora aceita por alguns ordenamentos, é rechaçada nas legislações de outros.

Os regramentos de países como o Portugal²⁴, Peru²⁵ e Cuba²⁶, por exemplo, proíbem sua aplicação no caso de crimes que violem bens personalíssimos, exceto para casos em que as diferentes ações afetarem a mesma vítima, quando então o instituto seria aplicável.

²⁰ *op. cit.*

²¹ STF - RE: 179485 AM, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 06/12/1994, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJ 10-11-1995 PP-38326 EMENT VOL-01808-06 PP-01097.

²² COSTA, Álvaro Mayrink, *op. cit.*, p. 846.

²³ JÚNIOR, Ney Fayet, *op. cit.*, p. 47 a 48.

²⁴ Artigo 30 do Código Penal Português - "(...) 2 - Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma atuação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

3 - O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais."

²⁵ Artigo 49 do Código Penal Peruano - "(...) *Cuando varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal, serán considerados como un sólo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al más grave. Si con dichas violaciones, el agente hubiera perjudicado a una pluralidad de personas, la pena será aumentada en un tercio de la máxima prevista para el delito más grave. La aplicación de las anteriores disposiciones quedará excluida cuando resulten afectados bienes jurídicos de naturaleza eminentemente personal pertenecientes a sujetos distintos.*"

²⁶ Artigo 9.1. do Código Penal Cubano - "(...) *Se consideran un solo delito: a) Los distintos actos delictivos cuando uno de ellos sea medio necesario e imprescindible para cometer otro; y b) las distintas violaciones penales que surjan de un mismo acto. 2. En estos casos, la sanción imponible es la correspondiente al delito más grave. Artículo 10.1. Se consideran un solo delito de carácter continuado las diversas conductas delictivas cometidas por una misma persona que ataquen el mismo bien jurídico, guarden similitud en la ejecución y tengan una adecuada proximidad en el tiempo, en este caso, se aumenta el límite mínimo de la sanción imponible en una cuarta parte y el máximo en la mitad, tomando en cuenta lo previsto en el apartado 4 del Artículo 34 de este Código. 2. Cuando diferentes*

A legislação espanhola, por sua vez, veda a aplicação da continuidade delitiva para os crimes que afetem bens personalíssimos, salvo crimes contra a honra e crimes sexuais²⁷, enquanto a legislação hondurenha limita sua aplicação a casos de crimes que violem bens jurídicos patrimoniais.²⁸

Não são raros, portanto, os ordenamentos que, de diferentes formas, preveem na lei a impossibilidade de se aplicar o crime continuado para o cálculo da pena de crimes dolosos contra a vida. Isso, a nosso ver, decorre justamente do entendimento de que o instituto é inadequado para a penalização desse tipo de crime, dada sua origem voltada à punição de crimes patrimoniais, delitos para os quais é perfeitamente razoável a aplicação da pena de um único crime de forma majorada, até para que se alcance uma proporcionalidade desta frente aos demais crimes do ordenamento.

Nesse sentido, pode-se pensar, à guisa de exemplo, no caso daquele que pratica por diversas vezes furtos de pequena monta em estabelecimentos comerciais. A depender das circunstâncias, as somas das penas de todos esses furtos pela sistemática do cúmulo material poderia levar o réu a sofrer uma punição maior do que aquela que é aplicada a quem pratica um crime muito mais grave, como um homicídio ou um estupro, o que não seria razoável.

Verifica-se, portanto, que há uma inegável lógica na aplicação do crime continuado para crimes patrimoniais, tendo em vista que corrige uma possível falha de proporcionalidade das penas do sistema penal em casos concretos.

Por esse motivo, há um certo consenso doutrinário e legislativo nos países que preveem em suas legislações a possibilidade da continuidade delitiva quanto ao seu cabimento para crimes patrimoniais. Isso decorre justamente do fato de que foi para essa categoria de crimes que o instituto foi criado, sendo também onde faz mais sentido sua aplicação.

Ocorre que o mesmo raciocínio não se mostra verdadeiro quando se aplica o instituto para crimes de maior gravidade. Não é rara a utilização por outros países dos critérios que eram

conductas delictivas afectan derechos inherentes a la persona misma, también tienen el carácter de continuadas y constituyen un solo delito, siempre que atenten contra la misma víctima. (...)

²⁷ Artigo 74 do Código Penal Espanhol – “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.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.”

²⁸ Artigo 37 do Código Penal Hondurenho – “(...) Cuando se cometa un mismo delito contra la propiedad dos o más veces, bien sea en un solo momento o en momentos diversos, mediante acciones u omisiones ejecutadas en cumplimiento de un plan preconcebido o aprovechando idénticas o similares circunstancias, dichos delitos se considerarán como un (sic) solo continuado.

En tal situación se aplicará al agente la pena más grave, aumentada en dos tercios. En caso de duda, se tendrá por más grave la pena que tenga señalado el máximo más alto.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplicará si le resulta más favorable al reo la imposición de todas las penas aplicables a los delitos concurrentes.

Lo prescrito en la última parte del segundo párrafo de este Artículo y en el párrafo anterior, será aplicable a lo estatuido en el artículo 36. (...)”

adotados pelo STF à época da edição da sua Súmula 605, como a divisibilidade ou natureza (de bens personalíssimos ou não) do bem jurídico atingido para definir se a continuidade delitiva será aplicável ou não a determinados tipos de delitos.

Em decorrência disso os crimes relacionados à proteção da vida, que é um bem jurídico personalíssimo de natureza indivisível, tendem, por lógica, a serem excluídos das hipóteses de cabimento da continuidade delitiva nesses outros ordenamentos.

Embora não seja o objeto do presente estudo realizar uma análise crítica mais aprofundada acerca da incidência do crime continuado sobre os demais tipos penais, tendo em vista que a violação à Constituição é no nosso entendimento mais evidente quando da análise da aplicação do instituto para crimes dolosos contra a vida, não se pode perder de vista que a linha de raciocínio aqui apresentada pode e deve nos levar também a questionamentos quanto à compatibilidade constitucional da aplicação da continuidade delitiva para outros crimes de alta gravidade, como os delitos contra a dignidade sexual.

4. Conclusão

As duas facetas da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos fundamentais, referentes à proibição do excesso e da insuficiência, demonstram, como explica Douglas Fischer, que a própria noção de garantismo penal deve ser analisada também sob esses dois prismas.

Logo, os ideais garantistas tanto se prestam para afastar os excessos do Estado quanto servem para impor a este um dever de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o que, na seara penal, entre outras medidas, se expressa através de obrigação de punir de forma adequada condutas que violem esses bens jurídicos, através de uma noção de garantismo penal positivo.²⁹

A nosso ver nenhum dos fundamentos teórico-dogmáticas apresentadas pela doutrina como justificadoras da existência do instituto da constitucionalidade delitiva³⁰ servem para afastar a conclusão de que uma norma que permite que crimes de homicídios venham a ser considerados praticamente indiferentes penais para fins de aplicação de pena viola um dever de proteção à vida que é imposto ao estado no *caput* do art. 5º da Constituição.

A necessidade de que haja uma política criminal voltada à mitigação dos efeitos deletérios do longo encarceramento não serve para elidir esse entendimento, afinal de contas, há diversas outras previsões legais que cumprem essa finalidade, como a regra que estabelece um tempo máximo de 40 anos de cumprimento de penas privativas de liberdade, a progressão de regime e os benefícios previstos na lei de execução penal.

Nunca se pode perder de vista que o autor do crime de homicídio demonstra disposição para impor à vítima uma pena perpétua, vindo a lhe privar não só de sua vida, mas também de seu futuro, planos e sonhos, impondo a amigos e familiares uma perda irreparável.

²⁹ FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. N° 28, abr./2009. Disponível em <[https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html](https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em: 05 de setembro de 2024.

³⁰ Álvaro Mayrink da Costa (2015, p. 850) nos explica que são três as correntes justificadoras do instituto da continuidade delitiva: a) teoria da benignidade; b) teoria da utilidade processual; c) teoria da mitigação da culpabilidade.

Logo, uma previsão legal que beneficia autores de massacres desconsiderando parte das vidas perdidas em decorrência de seus crimes no cálculo da pena a ser aplicada não só caracteriza um desrespeito a um direito fundamental, mas é também uma forma de violência estatal perpetrada contra as vítimas diretas e indiretas desse tipo de crime, algo inaceitável em um estado democrático de direito.

Referências bibliográficas

- BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 6ª ed., Saraiva, 2011.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: 1ª ed., GZ Editora, 2015.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves, *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. 10ª ed. Juspodium, 2018.
- FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não organatismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. *Revista de Doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. Nº 28, abr./2009.
- JÚNIOR, Ney Fayet. *Do Crime Continuado*. Porto Alegre: 4ª ed., Livraria do Advogado, 2013.
- LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Madrid. Nº 10, 2006.