

O CRIME CONTINUADO NO CÓDIGO PENAL MILITAR NA VISÃO DO STF E DO STM

CONTINUOUS CRIME IN THE MILITARY
PENAL CODE IN THE VIEW OF STF AND STM

Anderson Batista de Souza

Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá

Especialista em Direito Militar

Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Lisboa

RESUMO: O presente estudo trata do instituto penal da continuidade delitiva com a finalidade de esclarecer as diferenças conceituais na aplicação da pena prevista no Código Penal comum e no Código Penal militar. Neste sentido, descreve-se a divergência de posições da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, buscando estabelecer a justiça na dosimetria da pena.

PALAVRAS-CHAVES: Crime continuado. Código Penal comum. Código Penal militar. Jurisprudência. STF. STM.

ABSTRACT: The present study is concerned with the continuity of criminal offence, a penal law principle. It aims to clarify conceptual differences between the application of punishment in common penal code and military penal code. Therefore, it describes

the deviation of positions among Brazilian supreme federal court and superior military court in order to establish justice in the dosimetry of penalties.

KEYWORDS: Continuity of criminal offending. Common Brazilian penal code. Brazilian military penal code. Jurisprudence. STF. STM.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Notícia histórica – 3. Natureza jurídica do crime continuado – 4. Sistemas de graduação de pena – 5. Código Penal comum – 5.1. Conceito de crime continuado – 5.2. Sistema de graduação de pena – 6. Código Penal militar – 6.1. Conceito de crime continuado – 6.2. Sistemas de graduação de pena – 7. Jurisprudência do STM e STF – 8. Conclusão – 9. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O crime continuado apresenta regra de aplicação de pena distinta no Código Penal comum e no Código Penal militar, o que causa confronto de jurisprudência no âmbito do STF e do STM.

A problemática central é saber qual regra de aplicação de pena a ser aplicada nos crimes militares, diante da divergência jurisprudencial.

A razão na escolha do tema justifica-se pela necessidade de aplicação prática do entendimento pesquisado na rotina forense dos operadores do direito, no conhecimento da existência de tratamento diferenciado de aplicação da pena para o crime continuado previsto no Código Penal militar e da previsível discussão do tema no âmbito do STF, diante da nova composição plenária formada nos últimos anos do que poderá resultar alterações de entendimento.

A pesquisa trará como objetivos a conceituação do crime continuado na legislação penal comum e castrense, além de definir as formas reconhecidas pela

doutrina nacional na aplicação da pena, para ao final concluir sobre a análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores.

2

NOTÍCIA HISTÓRICA

A origem histórica do instituto aqui estudado remonta ao período medievo; foi uma tentativa de se diminuir o peso da pena de morte, imposta ao criminoso que houvesse reincidido no furto pela terceira vez.

Ramagem Badaró¹ elenca as legislações medievais que puniam vigorosamente o terceiro furto. Assim acontecia nas leis de Carlos I, de Anjou, de 1269, que no capítulo sobre o furto determinava a pena da forca ao réu de três furtos consecutivos; o Estatuto de Sassari, de 1316, que cominava a sanção da morte na forca ao delinquente que houvesse cometido três furtos no total de 20 libras; a Lei do Cardeal Ruffo, de 1724, para a cidade de Bolonha, que condenava à morte o ladrão que tivesse furtado a soma de 20 escudos, nos três furtos.

Desde então, existe uma tendência em considerar a possibilidade de utilização do concurso de crimes como meio de se evitar o rigor do sistema da cumulação das penas e como solução, o conceito de crime continuado, como ficção para os efeitos da atenuação das penas.

¹BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006. p. 354.

3 NATUREZA JURÍDICA DO CRIME CONTINUADO

Os doutrinadores penais encaram de modo diverso a natureza do crime continuado, e como consequência surgem teorias como a teoria da unidade real, a teoria da ficção jurídica e a teoria mista.

Sobre as diversas teorias o professor Luiz Regis Prado² nos ensina:

São três as teorias que examinam a natureza jurídica do crime continuado, a saber:

a) Teoria da unidade real: os vários comportamentos delitivos constituem, em verdade, um único crime. São elos de uma mesma corrente, de modo que a unidade de intenção manifesta-se em unidade de lesão. A pluralidade de condutas não conduz à pluralidade de crimes.

b) Teoria da ficção jurídica: inicialmente sustentada por Carrara, declara ser a continuidade delitiva mera criação legal (*fictio jûris*), já que existem diversos delitos. Se o crime continuado fosse efetivamente um único crime, não haveria qualquer razão para a exasperação da pena.

c) Teoria da unidade jurídica ou mista: trata-se de corrente eclética, pela qual o crime continuado não é unidade real, tampouco ficção jurídica. A continuidade é uma figura própria – realidade jurídica – dirigida a fins específicos. Não há unidade ou pluralidade de crimes, mas sim um terceiro crime – o crime de concurso – legalmente unificado pela unidade do aspecto subjetivo.

O Código Penal comum e o militar adotam a teoria da ficção jurídica para efeitos de aplicação da pena, pois não trata o crime continuado como um único ou como um terceiro delito, mas declara ser a continuidade delitiva mera criação legal (*fictio juris*), sendo assim, acolhe o sistema de exasperação da pena ao crime continuado, que é, formalmente, a reunião de vários delitos praticados nas mesmas condições.

Outra importante teorização é observada na doutrina e leva em conta a existência ou não do elemento subjetivo para sua conceituação.

² PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral, arts.1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p. 493.

Segundo Damásio Evangelista de Jesus³ há duas teorias:

- a) Teoria objetivo-subjetiva: o crime continuado exige, para a sua identificação, além de determinados elementos de ordem objetiva, outro de índole subjetiva, que é expresso de modos diferentes: unidade de dolo, unidade de resolução, unidade de desígnio;
- b) Teoria puramente objetiva: dispensa a unidade de ideação e deduz o conceito de condutas continuadas dos elementos exteriores da homogeneidade.

Parte da doutrina exige, de acordo com a teoria objetivo-subjetiva, além dos requisitos de caráter real, uma unidade de desígnios, ou seja, “cada delito se coloca como realização sucessiva, num programa inicial, antecedente”. Adotando-se tal teoria, segundo Júlio Fabbrini Mirabete⁴:

Existiria crime continuado apenas nos delitos que mantivessem uma unidade real, como, por exemplo, na hipótese do empregado que subtrai em várias oportunidades peças componentes de um aparelho que será montado depois de obtidos todos os elementos, ou no caso do cobrador que se vai apropriando de pequenas quantias das cobranças etc.

Para outra parte da doutrina, adotou-se a teoria objetiva pura (ou realístico-objetiva), que entende ser o crime continuado uma realidade objetiva, através da apreciação dos elementos exteriores, despido da unidade de desígnio.

A divergência é encontrada em doutrina respeitada. Vale destacar o ensinamento de Hans Welzel⁵ ao afirmar:

O delito continuado vem em duas formas: ou como uma unidade de ação - que consiste em atos sucessivos de um dolo total - ou como uma unidade de ação de vida punível (como “culpabilidade na condução da vida”), que se baseia sobre o uso múltiplo da mesma oportunidade ou a mesma situação permanente. A primeira é um conjunto de atividade prolongada no tempo. Exemplo: alguém transporta em várias noites, de acordo com um plano, o seu fornecimento de carvão para o inverno, para um tanque fora do porão. A segunda maneira mencionada não é uma unidade de ação, por falta de um dolo unitário, mas a execução de decisões repetidas de crime, que são reunidas pela igualdade da situação externa em uma unidade de conduta punível de condução da vida. Exemplo: o cônjuge de um ausente

³ JESUS, D. E. *Direito Penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 595.

⁴ MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 343.

⁵ WELZEL, H. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956, p.35.

pelos acontecimentos de guerra, sucumbe repetidamente à tentação de cometer adultério com o irmão de seu marido, que vive na mesma casa. (tradução nossa)⁶

Sobre o tema e adotando a teoria objetivo-subjetiva, Eugenio Raúl Zaffaroni, considera que o crime continuado tratado na legislação brasileira não passa de uma fórmula de abrandamento da regra da cumulação aritmética e o denomina de concurso material atenuado ou falso crime continuado, ao passo que Hans Welzel o denominou de uma unidade de condução da vida punível.

Segundo seu entendimento⁷:

O art.71 do CP contém uma fórmula de abrandamento da regra da cumulação aritmética do art.69, que recebe o nome de “crime continuado”, mas que, onticamente, não é um verdadeiro crime continuado, pelo total predomínio de critérios objetivos. A ideia de “continuidade” no artigo indicado será apenas artificial, se como crime continuado se quer entender uma ação ou conduta única, quando o critério legal exige “mais de uma ação ou omissão”. Este não é, realmente, o conceito de crime continuado mais generalizado da doutrina alemã, mas uma criação diferente, razão pela qual tratamos do verdadeiro crime continuado entre as hipóteses de unidade de conduta, e, aqui, estamos estudando um caso de concurso material atenuado que, por ter recebido da tradição o nome de “crime continuado”, entendemos de bom alvitre chamá-lo de “falso crime continuado”.

⁶ El delito continuado se presenta en dos formas características: o como una unidad de acción - que consiste en la concreción sucesiva de un dolo total - o como una unidad de conducción de vida punible (como “culpabilidad de conducción de vida”), que se basa sobre el aprovechamiento múltiple de la misma oportunidad o de la misma situación permanente. La primera es un conjunto de actividad prolongado en el tiempo. Ejemplo: alguien trasporta en varias noches, conforme a un plan, su provisión de carbón para el invierno, de un depósito ajeno a su sótano. La segunda forma referida no constituye una unidad de acción, por falta de un dolo unitario, sino la ejecución de repetidas decisiones de delito, que son resumidas por la igualdad de la situación exterior de motivación en una unidad interior de la conducción punible de vida. Ejemplo: la cónyuge de un hombre ausente por los acontecimientos de la guerra, sucumbe repetidas veces a la tentación de cometer adulterio con el hermano de su esposo que vive en la misma casa.

⁷ ZAFFARONI, E. R. PIERANGELI, J. H. *Manual de direito brasileiro*. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p.625.

A Exposição de Motivos do Código Penal Comum (Lei 7.209/1984, item 59) acentuou que “o critério da teoria puramente objetiva não revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva”. Muito embora o STJ tenha entendimento contrário⁸.

4 SISTEMAS DE GRADUAÇÃO DE PENA

As legislações estrangeiras têm variado na aplicação da pena, quando do concurso de crimes, o que resultou na conformação dos seguintes sistemas de graduação da pena:

- a) **cúmulo material**: soma das penas aplicadas isoladamente para cada um dos crimes;
- b) **absorção**: a pena aplicada ao delito mais grave absorve a pena do delito menos grave;
- c) **cúmulo jurídico**: na aplicação do cúmulo material estabelece-se um limite total ou individual em cada um dos crimes ou na aplicação da regra de absorção aplica-se a pena mais grave com agravamento.

⁸ O STJ vem consolidando o entendimento que para a caracterização da continuidade delitiva é imprescindível o preenchimento de requisitos de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – e de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos (Teoria Mista ou Objetivo-subjetiva). Precedentes: RHC 43601/DF, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJe 18/06/2014; HC 292875/AL, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014; HC 262842/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/05/2014, DJe 16/05/2014; HC 207908/SP, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Quinta Turma, julgado em 13/05/2014, DJe 19/05/2014; AgRg nos EDcl no REsp 1110836/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 11/02/2014, DJe 26/02/2014; AgRg no HC 217753/ES, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 18/12/2013.

Estes são os ensinamentos de Ramagem Badaró⁹:

Apreciando-se o conteúdo do sistema do cúmulo material absoluto, vê-se a determinação de que todas as penas serão cumpridas ao mesmo tempo ou de modo sucessivo. Enquanto o sistema da absorção faz com que as penas mais brandas sejam absorvidas pelas mais gravosas. Mas, o sistema do cúmulo jurídico tendo por ponto de fixação o cúmulo material, vige como um pêndulo; ora se inclina para um, ora para o outro estabelecendo, para o cumprimento das sanções incriminadas, um máximo relativo ao total das penas, ou com referência a cada pena, isoladamente apreciada. Pelo que, o cúmulo jurídico, baseando-se no princípio da absorção da pena menos grave, impõe uma única sanção, agravada, mas em pena incidente a um só dos crimes em concurso.

5 CÓDIGO PENAL COMUM

5.1 Conceito de crime continuado

O crime continuado encontra previsão no Código Penal comum¹⁰ nos seguintes termos:

Art.71. 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-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

São requisitos para configuração do crime continuado:

- a) a pluralidade de condutas;
- b) os crimes da mesma espécie, previstos no mesmo tipo penal¹¹;

⁹ BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006, p. 625.

¹⁰ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 1940.

¹¹ Segundo entendimento prevalente no STJ, para a caracterização da continuidade delitiva,

- c) o nexo de continuidade delitiva que dependente da apuração conjunta de circunstâncias objetivas, tais como, tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes¹²;
- d) a unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Vale registrar a previsão no art. 71, parágrafo único, do Código Penal comum, relativo ao crime continuado específico ou qualificado, nos seguintes termos:

Art. 71. [...]

Parágrafo único – Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

O crime continuado específico, além dos requisitos descritos acima, exige outras três condições: crimes dolosos, pluralidade de vítimas e emprego de violência ou grave ameaça à pessoa.

são considerados crimes da mesma espécie aqueles previstos no mesmo tipo penal. Precedentes: HC 240630/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgado em 04/02/2014, DJE 17/02/2014; HC 162672/MG, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 28/05/2013, DJE 06/06/2013; HC 224395/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15/12/2011, DJE 03/02/2012; HC 144771/MS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/11/2011, DJE 06/02/2012.

¹² Neste requisito o STJ pontifica que a continuidade delitiva, em regra, não pode ser reconhecida quando se tratarem de delitos praticados em período superior a 30 (trinta) dias. Precedentes: AgRg no AREsp 468460/MG, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 08/05/2014, DJE 28/05/2014; HC 239397/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 15/04/2014; RHC 038675/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 25/03/2014, DJE 02/04/2014.

5.2 Sistema de graduação de pena

Há duas formas de aplicação de pena prevista no art.71 e parágrafo único do Código Penal comum, conforme se tratar de crime continuado simples ou qualificado.

Para o crime continuado simples há duas regras: se as penas são idênticas, aplica-se uma só, com o aumento de um sexto a dois terços; e, se as penas são diferentes, aplica-se a mais grave, aumentada de um sexto a dois terços. Nesta espécie, segundo o STJ¹³, o aumento se faz em razão do número de infrações praticadas e de acordo com a seguinte correlação: 1/6 para duas infrações; 1/5 para três; 1/4 para quatro; 1/3 para cinco; 1/2 para seis; 2/3 para sete ou mais ilícitos.

Para o crime continuado qualificado também há duas regras: se as penas são idênticas, aplica-se uma só; e, se as penas são diferentes, aplica-se a mais grave, nos dois casos aumentados até o triplo. Nesta espécie, segundo o STJ¹⁴, o aumento fundamenta-se no número de infrações cometidas e nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP.

¹³ Precedentes: HC 107443/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 03/06/2014, DJE 20/06/2014; REsp 981837/SP, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/04/2014, DJE 05/05/2014; HC 265385/SP, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 24/04/2014; HC 238262/PE, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/03/2014, DJE 28/03/2014; HC 231864/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 06/06/2013, DJE 21/06/2013; HC 184816/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 25/06/2013, DJE 01/07/2013; HC 190471/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 19/02/2013, DJE 01/03/2013.

¹⁴ Precedentes: HC 277283/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 05/06/2014, DJE 24/06/2014; REsp 1248240/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/04/2014, DJE 15/04/2014; HC 265960/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJE 12/03/2014; AgRg no REsp 1294129/AL, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 05/02/2013, DJE 15/02/2013.

Em ambos os casos de crime continuado (simples ou qualificado) adota-se o sistema do cúmulo jurídico e tem por ponto de fixação o princípio da absorção, também denominada de exasperação com a correspondente fração de aumento de pena.

6 CÓDIGO PENAL MILITAR

6.1 Conceito de crime continuado

O crime continuado encontra previsão no Código Penal militar¹⁵ nos seguintes termos:

Art.80. Aplica-se a regra do artigo anterior, 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 considerados como continuação do primeiro.

O legislador do Código Penal comum e militar adotou a teoria puramente objetiva na conceituação legal do crime continuado, deu-lhe uma aparência especial de concurso material, esboçou-se na homogeneidade objetiva das ações (condutas) concorrentes.

Não há diferença entre o crime continuado comum previsto no Código Penal comum e o crime continuado previsto no Código Penal militar, pois os requisitos da pluralidade de condutas, crimes da mesma espécie e circunstâncias objetivas semelhantes são idênticos nas legislações.

¹⁵ BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 21 out. 1969.

No entanto, o mesmo tratamento não é encontrado quando nos referimos ao crime continuado qualificado previsto no estatuto militar.

O parágrafo único do art. 80 do Código Penal militar prevê em seu dispositivo que: “não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima”.

A norma do estatuto militar admite a figura do crime continuado qualificado quando as ações ou omissões sucessivas são dirigidas unicamente contra a mesma pessoa, diversamente ao crime continuado qualificado do estatuto penal comum o qual admite vítimas diferentes, como um dos requisitos¹⁶.

6.2 Sistemas de graduação de pena

É no sistema de graduação de pena do crime continuado previsto no estatuto militar que encontramos a divergência justificadora da pesquisa.

O artigo 80 do Código Penal militar, em sua primeira parte, manda aplicar a regra prevista no art.79 para as penas do crime continuado. Vejamos:

Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única e a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

Art. 80. Aplica-se a regra do artigo anterior, 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 considerados como continuação do primeiro.

¹⁶ O entendimento da Súmula 605 do STF: “não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida”, encontra-se superado pelo parágrafo único do art. 71 do Código Penal comum, criado pela reforma de 1984. Precedentes do STJ: HC 214421/RS, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 08/04/2014, DJE 23/04/2014.

O legislador aplicou os seguintes sistemas de graduação. No caso de penas da mesma espécie, a regra é do cúmulo material, ou seja, a soma de todas. Caso as penas sejam de espécies diferentes, a regra do cúmulo jurídico, com enfoque na aplicação do cúmulo material, com a pena única da mais grave, aumentada com a soma das metades das menos graves.

Deste modo, no caso da prática do crime de dano simples (art.259 do CPM), por mais de dez vezes em continuidade delitiva, aplicar-se-ia a pena em cúmulo material. Na mesma hipótese, contudo, se fosse um dos crimes praticados por motivo egoístico, aplicar-se-ia a sanção do crime qualificado (art.261, inciso III do CPM), mais a soma da metade das sanções de cada um dos crimes simples.

Em resumo, enquanto o crime continuado do Código Penal comum adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio da absorção com aumento de pena, para os crimes de igual ou diversa espécie, o Código Penal Militar adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio do cúmulo material nos crimes de igual ou diversa espécie.

O rigor na graduação da pena é minorado com o disposto no parágrafo 1º, art.81 do CPM, como causa facultativa de redução de pena, nos seguintes termos: “A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto, no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado”.

Como forma de atenuar o rigorismo da regra do Código Penal Militar, o Superior Tribunal Militar, há tempos, vem admitindo a aplicação da regra do art. 71 do Código Penal comum, em substituição ao art. 80 do Código Castrense, por ser mais benéfica ao condenado.

Neste sentido, vejamos as seguintes ementas:

Receptação. Crime Continuado. Civil, que, em três oportunidades, adquire armas furtadas do Exército Brasileiro. Reconhecimento da continuidade delitiva, o que impõe a consideração dos atos subsequentes como continuação do primeiro e, em consequência, a aplicação da pena como se fosse o delito único, embora perpetrado parceladamente; aplicação, para a fixação de reprimenda, de critério inspirado na previsão ínsita no Código Penal para a apenação de crimes continuados, afastada, pois, a drasticidade do preceituado no diploma substantivo castrense sobre a matéria; impossibilidade de o Poder Judiciário, na unicidade de sua atuação e no seu papel de aplicador sistemático do ordenamento jurídico, cancelar a diversidade da lei diante de hipótese verdadeiramente iguais, o que ocorreria caso se aplicasse, “in casu”, a previsão ínsita no CPM sobre o crime continuado nos estritos limites de sua literalidade; apenação que resultou exagerada, cabível, pois, a sua redução; decisão por maioria. (STM – Ap. nº 47.161-1/PA – Rel. Min. Gen. Ex. Antônio Joaquim Soares Moreira).

Peculato com continuidade delitiva. O atendimento literal do pedido do MPM conduziria o Julgador à aplicação de pena extremamente severa: 12 anos de reclusão. Fatores de ordem humanitária, neste caso especialíssimo, levam a Corte à aceitação do quantum da pena fixada na Sentença, na forma estabelecida. (STM – Ap. nº 47.339-4/RJ – Rel. Min. Aldo Fagundes).

ESTELIONATO. CRIME CONTINUADO. Militar que se envolve em transação de automóveis, providenciando financiamentos locupletando-se, indevidamente, de vantagens pecuniárias ilícitas, mediante artil, em desfavor de colegas de farda. Aplicação subsidiária da regra contida nos artigos 33, parágrafo 1º, alínea c, e 71, ambos do CP (comum), que melhor aproveita ao sentenciado. Presentes os elementos constitutivos do delito de estelionato (art.251 do CPM). Recurso improvido. Decisão uniforme. (STM – APELAÇÃO 49723 PE 2004.01.049723-4, Relator(a): HENRIQUE MARINI E SOUZA, Julgamento: 10/02/2005, Data da Publicação: 31/03/2005).

Em que pese ser este o entendimento solidificado pela jurisprudência do STM, tal orientação não é acolhida pelo STF, que em reiteradas decisões ao longo dos anos vem decidindo pela aplicação na continuidade delitiva, na regra do art.79 do CPM, rejeitando o entendimento do STM.

Nas palavras do relator no HC 86.854-1/SP, Ministro Carlos Ayres Britto:

não é de se acolher o pretendido afastamento de regramento castrense específico, sob a alegação de que a regra contida no

art.80 do Código Penal Militar é demasiadamente excessiva e severa [...] Em boa verdade, esta pretensão do paciente colide com expresso comando legal, pois o art.12 do Código Penal comum estabelece que 'as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso'. Quero dizer: a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. E, no caso, esta premissa não se faz presente, pois, bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum.

Neste sentido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (HC 86854, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558)

EMENTA: - Habeas Corpus. Código Penal Militar, arts.251, "caput"; 70, II, "g" e "i", e 80. Estelionato (oito vezes), reconhecida a continuidade delitiva. 2. O tratamento diferenciado decorrente do Código Penal e do Código Penal Militar, no que concerne ao crime continuado, não vulnera o princípio da isonomia. Precedente do Supremo Tribunal Federal, no RECr nº 115.770 - RJ. 3. Habeas Corpus indeferido. (HC 73056, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 24/10/1995, DJ 09-08-1996 PP-27100 EMENT VOL-01836-01 PP-00052)

PRINCÍPIO ISONÔMICO – CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR – O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. PROVA – OPORTUNIDADE E JUSTIFICAÇÃO. A organicidade e a dinâmica que presidem o Direito, especialmente o instrumental, são conducentes a observância dos predicados “oportunidade” e “justificação” no requerimento de feitura de prova. (RE 115770, Relator (a): Min. ALDIR PASSARINHO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/10/1991, DJ 21-02-1992 PP-01697 EMENT VOL-01650-03 PP-00432 RTJ VOL-00138-01 PP-00257)

8 CONCLUSÃO

A jurisprudência do STM orienta-se no sentido de aplicar a regra do art.71 do Código Penal comum, em substituição ao art. 80 do Código Penal Militar, por ser mais benéfica ao condenado. Contudo, o Supremo Tribunal Federal registra jurisprudência em sentido contrário, ao aplicar o rigor do artigo 79, segunda parte, aos crimes continuados (art.80), pois entende ter justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos.

A legislação castrense em vez de conduzir adequadamente a questão, conferindo tratamento diferenciado aos casos de continuidade delitiva, limitou-se a fazer remissão à regra geral de fixação da pena nos casos de concurso de crimes, tratando igualmente situações desiguais e conferindo a continuidade delitiva um tratamento idêntico ao dispensado nos casos de concurso material de crimes. Com efeito, salta à evidência a absoluta falta de proporcionalidade no tratamento jurídico dispensado à matéria.

A redução facultativa da pena, prevista no art. 81, § 1º, do Código Penal Militar, não é capaz de evitar a desproporção quando comparada à legislação comum. Com efeito, o tratamento jurídico dispensado ao crime continuado pelo Código Penal Militar não encontra respaldo, na teleologia do instituto. Pelo contrário, nas palavras de Claudio Amim Miguel e Ione de Souza Cruz¹⁷:

A soma de penas na continuação delitiva se mostra excessivamente rigorosa, ultrapassando os objetivos da repercussão penal. De fato, se considerados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que devem estar presentes no momento da imposição da pena, o cúmulo material se revela impróprio.

No atual estágio de evolução da sociedade e da ciência jurídica, a aplicação do instituto da continuidade delitiva aos crimes militares demanda um exercício hermenêutico que vai além da aplicação literal do art. 80 do CPM e impõe, por conseguinte, a aplicação analógica da regra constante do art. 71 do Código Penal comum também às infrações penais militares.

Trata-se de um imperativo de justiça, cuja aplicação vem sendo reconhecida pela jurisprudência pátria, consoante destacam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger¹⁸, segundo os quais, “no que tange ao crime continuado, há reiteradas decisões, principalmente do Superior Tribunal Militar, que aplicam a regra do Código Penal comum aos delitos militares”.

No mesmo entendimento Jorge Alberto Romeiro¹⁹:

Em face de tão gritante disparidade de punições entre o direito penal comum e militar vigentes para o crime continuado, e atendendo a que a origem do instituto mirava a beneficiar o réu – está ligada ao sentimento de humanidade dos Práticos, que, concebendo o crime

¹⁷ CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A.

¹⁸ NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 238.

¹⁹ ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 195-6..

continuado como um só crime, tentavam impedir a pena de morte então cominada ao autor de um terceiro furto – a jurisprudência do STM, por forma equânime, pretoriana, vem punindo o crime continuado por forma semelhante ao direito penal comum: Aplicando a pena de um só dos crimes, com aumento variável conforme o caso.

Ao não fornecer critério seguro e justo para a individualização da pena, violam-se os princípios da isonomia e da proporcionalidade da ação estatal, e tem-se por solução a aplicação analógica da regra constante do art. 71 do Código Penal comum também às infrações penais militares. Tal conclusão sinaliza a necessidade de modificação legislativa num primeiro plano e a atenção jurisprudencial, em especial da atual composição do STF, na adoção deste entendimento.

9 REFERÊNCIAS

BADARÓ, R. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. v. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 31 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Dispõe sobre o Código Penal Militar. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 21 out. 1969.

CRUZ, I. S.; MIGUEL, C. A. *Elementos de Direito Penal Militar*. Parte Geral. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.



JESUS, D. E. *Direito Penal*. 21. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRABETE, J. F. *Manual de direito penal*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PRADO, L. R. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1: parte geral, arts.1º a 120. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

ROMEIRO, J. A. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, H. *Derecho Penal*, Parte General. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de direito brasileiro*. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2006.

