

Ney Fayet Júnior

Advogado, doutor e professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. É também conferencista e professor de Direito Penal (graduação e especialização), além de ser tradutor de livros de Criminologia e de artigos de Direito (Processual) Penal. Tem outros estudos e obras (tanto na área da Dogmática Penal como na da Criminologia e na da Política Criminal). É membro da Associação Internacional de Direito Penal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

DO CRIME CONTINUADO

7ª EDIÇÃO
revista, atualizada e ampliada



livraria//
DO ADVOGADO
editora

Porto Alegre, 2016

© Ney Fayet Júnior, 2016

Capa, projeto gráfico e diagramação
Livraria do Advogado Editora

Pintura da Capa
Matisse, Henri
The Dinner Table (Harmony in Red), 1908.

Revisão
Rosane Marques Borba

Direitos desta edição reservados por
Livraria do Advogado Editora Ltda.
Rua Riachuelo, 1300
90010-273 Porto Alegre RS
Fone: 0800-51-7522
editora@livrariadoadvogado.com.br
www.doadvogado.com.br

Sumário

Lista de abreviaturas	33
Apresentação	39
Introdução	45
1. Origens e precedentes históricos do instituto. A legislação comparada	51
1.1. Do surgimento do instituto	51
1.2. O instituto na legislação brasileira	57
1.3. A comparação de direitos	62
1.3.1. Na América do Sul	65
1.3.1.1. A legislação uruguaia	67
1.3.1.2. A legislação argentina	69
1.3.1.3. A legislação chilena	71
1.3.1.4. A legislação peruana	74
1.3.1.5. A legislação colombiana	76
1.3.1.6. A legislação equatoriana	77
1.3.1.7. A legislação venezuelana	78
1.3.1.8. A legislação paraguaia	79
1.3.2. Na América Central	81
1.3.2.1. A legislação cubana	81
1.3.2.2. A legislação costa-riquenha	81
1.3.2.3. A legislação guatemalteca	82
1.3.2.4. A legislação hondurenha	83
1.3.2.5. A legislação salvadorenha	85
1.3.2.6. A legislação panamenha	85
1.3.3. Na Europa	87
1.3.3.1. A legislação portuguesa	88
1.3.3.2. A legislação espanhola	91
1.3.3.3. A legislação alemã	93
1.3.3.4. A legislação italiana	94
1.3.3.5. A legislação austríaca	98
1.3.3.6. A legislação holandesa	99
1.3.3.7. A legislação francesa	100
2. A inserção do delito continuado no sistema penal	105
2.1. Do concurso de crimes	105
2.2. A exata localização do concurso de crimes	107
2.2.1. O concurso de crimes e a teoria do crime	107
2.2.2. O concurso de crimes e a teoria da pena	108

2.2.3. A posição intermediária ou mista.....	109
2.2.4. A localização do crime continuado.....	109
2.3. As modalidades de concurso de crimes.....	110
2.3.1. Do concurso material.....	111
2.3.2. Do concurso formal.....	114
2.3.3. Do crime continuado.....	121
2.3.4. Do concurso medial.....	126
2.3.5. Da concorrência entre o concurso formal e o crime continuado.....	127
2.3.6. Da concorrência entre o concurso material (homogêneo) e o crime continuado.....	131
2.4. Os sistemas de aplicação de pena.....	132
2.4.1. O sistema do cúmulo material.....	133
2.4.2. O sistema do cúmulo jurídico.....	134
2.4.3. O sistema da absorção.....	135
2.4.4. O sistema da exasperação.....	136
2.4.5. A legislação brasileira.....	136
2.5. A vinculação do concurso de crimes e o grau de culpabilidade. novos enfoques.....	137
2.6. Do limite das penas.....	139
2.6.1. Do limite das penas em relação aos crimes.....	140
2.6.2. Do limite das penas em relação às contravenções penais.....	142
2.7. Da execução das penas privativas de liberdade.....	142
2.7.1. O sistema celular americano ou filadélfico.....	145
2.7.2. O sistema auburniano.....	146
2.7.3. O sistema espanhol de Montesinos.....	147
2.7.4. O sistema irlandês ou progressivo.....	148
2.7.5. O sistema dos reformatórios.....	150
2.7.6. Os sistemas atuais.....	150
2.7.7. Da execução das penas privativas de liberdade no Brasil.....	150
3. Da natureza jurídica e da razão do instituto.....	153
3.1. Da natureza jurídica do instituto.....	153
3.1.1. A teoria da ficção jurídica.....	154
3.1.2. A teoria da unidade real.....	156
3.1.3. A teoria da unidade jurídica.....	157
3.1.4. A posição brasileira.....	159
3.1.5. Considerações finais.....	159
3.2. Da razão do instituto.....	162
3.2.1. A teoria da benignidade.....	162
3.2.2. A teoria da utilidade processual.....	163
3.2.3. A teoria da mitigação da culpabilidade.....	164
3.2.4. A teoria da sanção adequada à <i>cibercriminalidade</i>	169
3.2.5. Críticas.....	170
4. Dos crimes e institutos jurídico-penais similares ao delito continuado.....	173
4.1. Dos delitos permanente e instantâneo.....	173
4.1.1. Do delito permanente.....	174
4.1.2. Do delito instantâneo.....	178
4.1.2.1. Do delito instantâneo de efeitos instantâneos, temporários ou permanentes.....	179
4.1.2.2. Da diferença em relação ao delito permanente.....	179
4.1.3. Hipóteses concretas de debate dessas categorias.....	181
4.1.3.1. Do estelionato previdenciário – art. 171, § 3º, do Código Penal.....	181
4.1.3.2. Do crime de poluição – art. 54 da Lei 9.605/98.....	186

4.1.3.3. Do crime de reingresso de estrangeiro expulso (art. 338 do Código Penal).....	189
4.2. Dos delitos materiais, formais e de mera atividade.....	190
4.2.1. Dos delitos materiais.....	190
4.2.2. Dos delitos formais.....	191
4.2.3. Dos delitos de mera atividade.....	192
4.2.4. Da compatibilidade do crime continuado com essas categoriais.....	193
4.3. Do delito habitual.....	193
4.4. Do delito complexo.....	205
4.5. Do delito progressivo. da progressão criminosa.....	207
4.6. Dos crimes de ação múltipla (ou de conteúdo variável).....	209
4.7. Da <i>aberratio ictus</i> plurilesiva.....	211
4.7.1. Da <i>aberratio delicti</i> plurilesiva.....	214
4.7.2. Da <i>aberratio causae</i>	215
4.7.3. Do erro sobre a pessoa.....	217
4.7.4. Do resultado diverso do pretendido.....	217
4.8. Dos crimes qualificados com duplicidade de resultados.....	218
4.9. Do delito coletivo.....	219
4.10. Da reincidência.....	222
4.11. Do concurso aparente de normas penais.....	226
4.12. Do princípio do (<i>non</i>) <i>bis in idem</i>	231
4.12.1. Aspectos gerais.....	231
4.12.2. Aspectos específicos.....	233
5. Dos elementos estruturantes do crime continuado.....	235
5.1. Da pluralidade de ações e unidade de delitos.....	236
5.2. Do elemento subjetivo unificante. teorias.....	243
5.2.1. Da teoria subjetivo-objetiva.....	243
5.2.2. Da teoria objetiva.....	250
5.2.3. Da teoria subjetiva.....	254
5.2.4. A posição brasileira.....	255
5.2.5. Considerações críticas.....	256
5.3. Dos crimes da mesma espécie.....	261
5.3.1. Da continuidade delitiva entre as formas consumadas e as tentadas do crime (e entre crimes exclusivamente tentados).....	274
5.3.2. Da continuidade delitiva entre crimes culposos e dolosos (e entre crimes exclusivamente culposos).....	277
5.3.3. Da continuidade delitiva entre crimes omissivos (e entre crimes comissivos e omissivos).....	278
5.3.3.1. Noções elementares dos delitos de omissão.....	279
5.3.3.2. Omissão imprópria continuada.....	280
5.3.3.3. Omissão própria continuada.....	282
5.3.3.4. Ação e omissão continuadas.....	285
5.3.3.5. Termos conclusivos.....	285
5.3.4. Observações finais.....	285
5.4. Da conexão temporal.....	287
5.4.1. Da conexão temporal e do crime de sonegação fiscal.....	291
5.4.2. Da postura que se adota.....	292
5.5. Da semelhança de lugar.....	293
5.5.1. Crimes internacionais e conexão espacial.....	296
5.5.1.1. Crimes realizados, em continuação, em território estrangeiro e em território nacional.....	297

5.5.1.2. Crimes realizados, em continuação, por brasileiro, em diversos territórios estrangeiros.....	297
5.5.1.3. Crimes internacionais continuados.....	297
5.5.1.4. Dos crimes (continuados) a distância.....	298
5.5.1.4.1. A aplicação da lei penal no espaço.....	299
5.5.1.4.2. Do lugar do crime (<i>locus delicti</i>).....	300
5.5.1.4.3. Do conceito de crimes a distância.....	301
5.5.1.4.4. Da configurabilidade dos crimes (continuados) a distância.....	302
5.5.2. Da conexão espacial relacionada à existência de um grupo econômico.....	303
5.6. Da maneira de execução.....	306
5.6.1. Do crime continuado e do concurso de agentes.....	307
5.6.2. Da variação de compararia.....	309
5.7. Das demais condições marcadas pela semelhança.....	311
5.8. O crime continuado e os bens personalíssimos.....	313
5.9. Observações finais.....	321
6. Crime continuado e questões exclusiva ou preponderantemente materiais.....	325
6.1. Da análise isolada e motivada, na sentença penal condenatória, para cada um dos crimes implicados na relação continuada.....	325
6.2. Dos critérios de aumento da pena.....	330
6.2.1. Do aumento de pena indicado no <i>caput</i> do art. 71 do Código Penal.....	330
6.2.2. Considerações críticas.....	333
6.2.3. Do aumento da pena indicado no parágrafo único do art. 71 do Código Penal.....	335
6.2.4. Considerações críticas.....	338
6.2.5. Do eventual limite punitivo em face do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.....	339
6.2.6. Da incidência da exasperação punitiva (do crime continuado) na composição da pena criminal.....	341
6.2.6.1. Da composição orgânica da pena (privativa de liberdade) criminal.....	342
6.2.6.2. Do momento adequado para a incidência do fator de elevação punitivo (do crime continuado).....	343
6.3. Da fixação da pena pecuniária.....	344
6.3.1. Do sistema de dias-multa.....	345
6.3.2. Do alcance do comando legal do art. 72 do Código Penal.....	345
6.3.2.1. Do avanço interpretativo.....	348
6.3.2.2. Do concurso de crimes e a pena de multa na Lei 11.343/06.....	349
6.4. O crime continuado e a prescrição penal.....	350
6.4.1. Da contagem do prazo prescricional no crime continuado.....	350
6.4.2. Do não cômputo da majoração do crime continuado para efeitos prescricionais.....	353
6.4.3. Da prescrição isolada do aumento de pena do crime continuado.....	354
6.4.4. O crime continuado, a prescrição penal e o art. 115, primeira parte, do Código Penal.....	354
6.4.5. O crime continuado, a prescrição penal e o art. 115, segunda parte, do Código Penal.....	356
6.4.6. Nota conclusiva.....	356
6.5. O crime continuado e a decadência.....	357
6.6. O crime continuado e a sucessão de leis.....	359
6.7. O crime continuado e as contravenções penais.....	366
6.7.1. Da configurabilidade da continuidade contravencional.....	367
6.7.2. Da configurabilidade da continuidade entre crimes e contravenções.....	368
6.8. O crime continuado e o delito falimentar.....	369
6.9. O crime continuado e o delito de associação criminosa e o de constituição de milícia privada.....	370
6.9.1. Do delito de associação criminosa.....	371

6.9.2. Do delito de constituição de milícia privada	373
6.9.3. Da organização criminosa (Lei 12.850/13).....	374
6.10. O crime continuado e a imputabilidade (plena ou diminuída) penal.....	375
6.10.1. A menoridade penal (art. 27 do Código Penal).....	376
6.10.2. O crime continuado e a doença mental (art. 26, <i>caput</i> , do Código Penal).....	378
6.10.3. O crime continuado e a semirresponsabilidade (art. 26, parágrafo único, do Código Penal).....	379
6.11. O crime continuado e o Código Penal Militar.....	379
6.12. O crime continuado e o direito administrativo.....	384
6.13. O crime continuado, a anistia, a graça e o indulto.....	395
6.14. O crime continuado e o princípio da insignificância	399
6.15. O crime continuado e as penas restritivas.....	405
6.15.1. Noções gerais sobre o sistema de substituição.....	406
6.15.2. Do conceito, espécies e características.....	408
6.15.3. Dos requisitos para a substituição.....	409
6.15.4. Da diversidade de entendimento.....	410
6.15.5. Da posição que se adota.....	411
6.16. O crime continuado e a extradição.....	412
6.16.1. Aspectos gerais. Conceito.....	413
6.16.2. A extradição no nosso ordenamento jurídico.....	414
6.16.3. Da recepção da matéria	415
6.17. O crime continuado e o perdão judicial.....	418
6.17.1. A colocação do problema.....	419
6.17.2. A solução para o concurso formal.....	420
6.17.3. A solução para o crime continuado.....	421
6.18. O crime continuado e a reiteração da conduta na lei de “lavagem de dinheiro”.....	421
6.18.1. Da causa especial de aumento (variável) de pena (na Lei de “lavagem de dinheiro”) relacionada à reiteração da conduta criminosa	423
6.18.2. Da polêmica sobre a eventual incidência cumulativa de ambas as causas de aumento de pena.....	424
6.18.3. Do posicionamento que se adota	426
6.19. O regime inicial de cumprimento de pena e o concurso de crimes.....	426
6.20. Da elaboração de cálculo diferenciado das sanções aplicadas para fins de verificação dos benefícios penais (concessão de livramento condicional).....	428
7. Crime continuado e questões exclusiva ou preponderantemente processuais.....	431
7.1. O crime continuado e a Lei 9.099/95.....	431
7.1.1. Do <i>sursis</i> do processo penal.....	431
7.1.2. Da transação penal e da competência do juizado especial criminal.....	435
7.1.2.1. Do cabimento da transação penal.....	435
7.1.2.2. Da fixação da competência do juizado especial criminal	438
7.2. O crime continuado e a coisa julgada.....	440
7.2.1. Crimes cometidos antes da condenação e descobertos após.....	441
7.2.2. Crimes cometidos depois da condenação	443
7.3. O momento de unificação das penas.....	444
7.4. O crime continuado e o aditamento à acusação	446
7.5. O crime continuado e a revisão criminal.....	448
7.5.1. Do conceito. Das hipóteses de cabimento.....	448
7.5.2. Da possibilidade de revisão criminal na fase de execução do processo.....	450
7.5.3. A revisão criminal e a alteração de entendimento jurisprudencial	452

7.5.4. A revisão criminal como instrumento jurídico para permitir a retroatividade da jurisprudência mais benéfica	455
7.5.5. A possibilidade de requerimento junto à vara de execuções criminais e do <i>habeas corpus</i> para viabilizar a retroação.....	456
7.5.6. Dos pressupostos objetivos para a validade do pedido.....	457
7.6. O crime continuado e o <i>habeas corpus</i>	459
7.7. O crime continuado e a fiança.....	463
7.8. O crime continuado e a prisão em flagrante.....	466
7.9. O crime continuado e a quesitação do tribunal do júri.....	469
7.9.1. Noções elementares.....	469
7.9.2. Da controvérsia.....	471
7.9.2.1. Da orientação que nega essa possibilidade.....	471
7.9.2.2. Da orientação que aceita essa possibilidade.....	472
7.9.2.3. Da orientação que deve prevalecer.....	472
7.10. A ação penal (pública e privada) e o concurso (formal e material) de crimes.....	473
7.11. O procedimento penal e o concurso de crimes.....	475
7.12. O crime continuado e a competência processual (art. 71 do código de processo penal).....	477
7.13. A especificidade da (futura) unificação de punições à luz da racionalidade decisória: o crime continuado e a pena justa.....	478
7.14. O crime continuado e a prisão preventiva.....	483
7.14.1. Do conceito e da natureza da prisão preventiva.....	483
7.14.2. A questão que se coloca.....	484
7.14.2.1. Do critério mais rigoroso.....	485
7.14.2.2. Do critério mais liberalizante.....	487
7.14.3. Da posição que se adota.....	487
7.15. Da necessidade de demarcação fático-temporal precisa dos crimes componentes da cadeia continuada.....	488
7.15.1. Da perspectiva que se encampa.....	489
7.15.2. Do desenvolvimento do ponto.....	489
7.15.3. Da solução pragmática.....	490
7.15.4. Do avanço interpretativo.....	491
7.15.5. Termos conclusivos.....	492
7.16. Da correlação entre acusação e sentença: <i>emendatio libelli</i> e <i>mutatio libelli</i> e crime continuado.....	494
7.16.1. Da <i>emendatio libelli</i>	495
7.16.2. Da <i>mutatio libelli</i>	495
7.16.3. Da solução jurídica e suas consequências.....	496
8. O crime continuado e a jurisprudência.....	499
Conclusões tópicas.....	511
Referências bibliográficas.....	529
Outras obras do autor.....	551
Livros publicados/organizados.....	551
Artigos publicados em periódicos.....	551
Capítulos de livros publicados.....	552
Traduções.....	554
Livro organizado.....	554
Traduções [revisão técnica].....	554