

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA  
GRADUAÇÃO EM DIREITO

HUMBERTO TOSTES FERREIRA

**CRIME CONTINUADO E NATURALIDADE DO IUS PUNIENDI ESTATAL:**  
Fixação da competência e da atribuição no crime de estelionato previdenciário modalidade  
*saque post mortem.*

**Juiz de Fora – MG**

**2018**

**HUMBERTO TOSTES FERREIRA**

**CRIME CONTINUADO E NATURALIDADE DO IUS PUNIENDI ESTATAL:  
Fixação da competência e da atribuição no crime de estelionato previdenciário  
modalidade saque *post mortem*.**

**Relatório final apresentado à  
Universidade Federal de Juiz de Fora  
como parte das exigências para  
obtenção do título de bacharel em  
Direito.**

**Juiz de Fora,  
12 de junho de 2018.**

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago (orientador)**

---

**Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes**

---

**Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues**

## RESUMO

Os princípios do Promotor Natural e do Juiz Natural, ao estabelecerem a prefixação em lei da atribuição para processamento e da competência para julgamento de um fato *a priori* reputado como criminoso, objetivam salvaguardar a imparcialidade do exercício do *ius puniendi* estatal. Em se tratando dos chamados crimes continuados, multiplicidade de condutas criminosas com assemelhadas circunstâncias de modo de execução, local e tempo que o legislador brasileiro, por opção político-criminal, reputou como um só crime, a atribuição e a competência para atuação é fixada pela prevenção. Contudo, em alguns casos, tal método apresenta incongruência, uma vez que ante a *noticia criminis*, inexistindo prevenção e sendo necessário o declínio do feito, por existência de lacuna legal, haveria o arbítrio do agente estatal em decidir para quem o processo ou procedimento será enviado, ferindo a taxatividade legalmente prefixada. Neste sentido, faz-se necessária a análise não só dos comentados princípios decorrentes do devido processo legal para caracterização de suas lesões, como também a explanação acerca do instituto do crime continuado no Brasil e a utilização do crime de estelionato previdenciário (artigo 171, §3º do Código Penal) em sua modalidade saque *post mortem* como exemplo balizador da problemática abordada.

**Palavras-chave:** Direito Processual Penal; Princípios do Promotor Natural e do Juiz; Fixação de atribuição e de competência; Estelionato Previdenciário; Crime continuado

**Abstract:** The notions of the “Natural Prosecuting” (literal translation of *Promotor Natural*) and the “Natural Judge” (literal translation of *Juiz Natural*), when settling the prefixation in attribution law for the proceeding of jurisdiction for judgment of some fact *a priori*, stood as an offender objectify safeguard the practice of state’s *ius puniendi*’s impartiality. As far as continuous crimes are concerned, multiplicity criminal behavior with similar way of executing, place and time that the Brazilian legislator, by political-criminal option, reported as an single crime, the attribution and jurisdiction for the operation is fixed by the caution. Nevertheless, in some cases, this presented method consists of some incongruences, once that in front of the *noticia criminis*, in the lack of caution and the comedown of the accomplished being necessary, by the existence of a legal lacuna, there

would be the government agent judgment in deciding for who the process or processing is going to be sent, injuring the taxing, legally established. In this regard, the analysis, not only of the mentioned notion resulting from the appropriate legal process for the description of its injury, but also of the explanation regarding the continues crime institute in Brazil and the using of the social security larceny crime (171 article §3, of the criminal code), in its withdrawn modality post mortem as a fundamental example of the question addressed; is required.

**Keywords:** Procedural Criminal Law, Notions of the Natural Prosecuting and the Natural Judge, Establishment of attribution and jurisdiction, Social Security Larceny, Continues Crime

## SUMÁRIO

1. Os princípios do juiz natural e do promotor natural e divisão de competências.....	7
1.1. O princípio do juiz natural.....	7
1.2. O princípio do promotor natural.....	9
1.3. A prévia divisão de competência.....	11
2. Estelionato previdenciário.....	12
2.1. Artigo 171, §3º do Código Penal Brasileiro.....	14
2.2. A natureza jurídica do estelionato previdenciário.....	14
2.3. Competência.....	17
3. O estelionato previdenciário e o princípio do promotor natural.....	18
3.1. Possível incongruência.....	19
3.2. Possível solução.....	20
3.2.1. O crime continuado.....	21
3.2.2. Afastamento da ficção jurídica do crime continuado para fixação da competência.....	22
4. Conclusão.....	24

## 1. Os princípios do juiz natural e do promotor natural e divisão de competências.

A República Federativa do Brasil, na dicção do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, um Estado Democrático de Direito, defende, através da Lei, um rol de Direitos e Garantias Fundamentais, visando a proteção e a efetivação da dignidade da pessoa humana, fundamento previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988. *Conditio sine qua nom* desse molde de Estado, o devido processo legal, estabelece que para algum ato praticado por autoridade ser válido, completo, legítimo e eficaz, ele deve seguir as etapas e respeitar as garantias previstas em Lei.

Tais salvaguardas moldam o que seria um processo justo, dando assim o conteúdo do princípio. Por exemplo, para garantir a paridade de armas e igualdade de influência no convencimento do magistrado, são estabelecidos o contraditório e a ampla defesa. Da mesma forma, visando um julgamento imparcial, não corrompido *a priori*, é enunciada a necessidade da naturalidade do juízo, fixando de antemão, por via legais, a atribuição para processamento e a competência para julgamento do fato.

O presente trabalho, como demonstrado mais a frente, pelo defrontamento de possível incongruência existente na aplicação da supramencionada sistemática de fixação de atribuição e de competência no chamado estelionato previdenciário nos casos em que este possuir natureza jurídica de crime continuado, objetiva desenvolver mecanismo de fixação da autoridade que atuará no feito salvaguardando retidão do juízo.

### 1.1. O princípio do juiz natural.

O princípio do juiz natural no processo penal, em breves palavras, pode ser traduzido como o direito que toda pessoa tem de saber, previamente, qual juízo irá julgá-lo caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal<sup>1</sup>. Defluente do princípio do devido processo legal ser materializador do princípio da isonomia, o juiz legal é umbilicalmente ligado a vários outros princípios constitucionais como o da igualdade, o da imparcialidade, o da anterioridade e o da legalidade, todos essenciais a existência do Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio do juiz natural nos incisos XXXVII (“não haverá juízo ou tribunal de exceção”) e LIII (“Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”) do seu artigo 5º. Encontra grande aceitação na doutrina

---

1 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 257.

nacional<sup>2</sup> e acolhimento no Supremo Tribunal Federal<sup>3</sup> a dupla função instrumental do referido princípio, sendo-as: a proibição da criação de tribunais *ad hoc* e a impossibilidade de subtração da causa do juízo competente. Por tal, reputa-se natural à causa o juízo com competência prévia e taxativamente estabelecido em lei vigente a época em que fora praticado o fato a ser julgado.

Antônio Scarance Fernandes entende que da dúplici função instrumental decorrem três regras de proteção: 1) a jurisdição só poderá ser exercida por órgãos instituídos pela Constituição; 2) o órgão julgador deve ser instituído anteriormente ao fato; 3) entre os juízes pré-constituídos, vigora uma ordem taxativa de competências, vedando qualquer alternativa deferida à discricionariedade de quem quer que seja.<sup>4</sup>

De maneira semelhante, o português Jorge Figueiredo Dias compreende o conteúdo das três regras supracitadas formariam, na verdade, um tríplice conteúdo do princípio do juiz natural, sendo: 1) o plano da fonte; 2) a referência temporal; 3) a ordem taxativa de competência.<sup>5</sup> Independe aqui a definição ou escolha se regras de proteção ou se conteúdo do mandamento, uma vez que na prática os reflexos são idênticos, sendo estes o alvo de interesse.

No plano da fonte, vigora o princípio da legalidade, podendo somente a lei instituir juiz e fixar-lhe competência, partindo sempre do estabelecido na Constituição Federal. De tal forma, viola o princípio do juiz natural a existência de “juízos” não previstos em lei, fundados em lei inválida ou em desconformidade com a Carta Magna.

Quanto a referência temporal, pode-se entendê-la como a irretroatividade do juiz legal, devendo o órgão julgador preexistir a ocorrência do fato. Para evitar manipulações políticas do juízo e garantir a imparcialidade do julgador e do julgamento, aplica-se a regra *tempus criminis regit iudicem*, sob pena de criação de verdadeiro tribunal de exceção. Nesta linha, ressaltam Américo Bedê Freire Junior e Gustavo Senna Miranda:

“O princípio do juiz natural representa uma das mais importantes garantias fundamentais da pessoa humana, daí por que se insere no arcabouço de normas protetivas dos direitos fundamentais de primeira dimensão, sendo consagrado por vários diplomas internacionais e pelas constituições dos países democráticos, na medida em que impede a criação, após o fato, de tribunais ou juízos para a resolução de casos específicos, prática típica de Estados totalitários.”<sup>6</sup> (JUNIOR e MIRANDA, 2009, p. 230)

2 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. ún. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 70; LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 257.; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 85.

3 HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/10/2004. No mesmo sentido: HC 79.865 Rel. Celso de Mello, DJ 06/04/2001.

4 FERNANDES, Antônio, Scarance. Direito penal constitucional. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 127.

5 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 3ª ed. Coimbra: Editora Imprensa. 2004 p. 222-223.

6 JUNIOR, Américo Bedê Freire e MIRANDA, Gustavo Senna. Princípios do Processo Penal: Entre o garantismo e a

A ordem taxativa de competência relaciona-se a maneira que será distribuída a competência, sendo certa que esta deva ser prefixada pela Constituição e pela lei. Neste sentido, leciona Jorge Figueiredo Dias:

“Pretende o princípio vincular a uma ordem taxativa de competência, que exclua qualquer alternativa a decidir arbitrária ou mesmo discricionariamente. Daqui a proibição de jurisdição de exceção, i.é., jurisdições *ad hoc* criadas para decidir um caso concreto ou um determinado grupo de casos, com quebra das regras gerais de competência; o que não obstará à válida existência de tribunais especiais que a Constituição e as leis prevejam, mas proibirá terminantemente o desaforamento de qualquer causa criminal, bem como sua suspensão discricionária por qualquer autoridade.”<sup>7</sup> (DIAS, 2004, p. 223)

Embora todos os membros do judiciário sejam dotados de jurisdição, esta não pode ser invocada ou exercida indiscriminadamente, mas somente nos moldes e critérios de competência já estabelecidos.

## 1.2. O princípio do promotor natural.

Igualmente importante a prefixação e o conhecimento do juízo que julgará a conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal, é mister que esteja preestabelecido a autoridade que investigará e que acusará o suposto autor dos fatos.

Adotando o sistema acusatório, a Constituição Federal firma o Ministério Público como titular da ação penal pública. Este é parte artificialmente criada com a missão de velar pela ordem jurídica, pelo regime democrático e pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, sem qualquer sentimento de vingança (art. 127, caput, CF). De tal maneira, decorrente e materializador do devido processo legal, o princípio do promotor natural fixa que a atribuição do *parquet* deve ser prévia e taxativamente estabelecida em lei vigente a época em que fora praticado o fato a ser julgado, uma vez que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF) e “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV, CF).

A naturalidade e imparcialidade do *parquet* é garantia para o indivíduo e para a coletividade de um processo justo e devido, tanto que a própria Constituição Federal os consagra a independência funcional (art. 127, §1º, CF) e as mesmas garantias dos membros do Poder Judiciário (art. 128, §5º, I, “a”, “b” e “c”). Somente em casos excepcionais, onde a manutenção do mandamento do promotor legal é mais lesiva que seu afastamento, se admite a designação de outro

---

efetividade da sanção. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.p. 230.

7 DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 3ª ed. Coimbra: Editora Imprensa. 2004 p. 223.

membro do Ministério Público para exercer as atribuições do já constituído. Porém, quando não resolvida horizontalmente, a atribuição heterônoma de função por parte do Procurador-Geral de Justiça fica restringida à submissão da decisão ao Conselho Superior do Ministério Público (art. 10, VII, g, Lei n. 8.625/93), evidenciando a existência da naturalidade do promotor.

Há décadas, o Supremo Tribunal Federal acolhe o princípio do promotor natural e o sedimenta como fundamental ao Estado Democrático de Direito. Em 1993, no julgamento do *Habeas Corpus* 67.759 – RJ, no qual o Procurador-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro editou portaria para designar promotor para acompanhar o Inquérito Policial, entendeu a Suprema Corte:

““HABEAS CORPUS” - MINISTÉRIO PÚBLICO - SUA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS - A QUESTÃO DO PROMOTOR NATURAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 - ALEGADO EXCESSO NO EXERCÍCIO DO PODER DE DENUNCIAR - INOCORRENCIA - CONSTRANGIMENTO INJUSTO NÃO CARACTERIZADO - PEDIDO INDEFERIDO . - O postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do acusador de exceção. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e da inamovibilidade dos membros da Instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontestável. Posição dos Ministros CELSO DE MELLO (Relator), SEPÚLVEDA PERTENCE, MARÇO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO. Divergência, apenas, quanto a aplicabilidade imediata do princípio do Promotor Natural: necessidade da "interpositio legislatoris" para efeito de atuação do princípio (Ministro CELSO DE MELLO); incidência do postulado, independentemente de intermediação legislativa (Ministros SEPÚLVEDA PERTENCE, MARÇO AURÉLIO e CARLOS VELLOSO) . - Reconhecimento da possibilidade de instituição do princípio do Promotor Natural mediante lei (Ministro SYDNEY SANCHES) . - Posição de expressa rejeição a existência desse princípio consignada nos votos dos Ministros PAULO BROSSARD, OCTAVIO GALLOTTI, NÉRI DA SILVEIRA e MOREIRA ALVES.”

(STF - HC: 67759 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 06/08/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 01-07-1993 PP-13142 EMENT VOL-01710-01 PP-00121)<sup>8</sup>

8 Acessado em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=70460>” em 10/04/17.

Assim, para garantia de imparcialidade na persecução penal estatal, mister é a efetividade dos princípios do juiz natural e do promotor natural. Para o conhecimento prévio dos órgãos estatais que processarão e julgarão a conduta definida como crime pelo ordenamento jurídico-penal, tal competência já deve estar definida antes da ocorrência do fato.

### 1.3. A prévia divisão de competência.

A divisão de competência é a delimitação da jurisdição, dentro do qual o órgão jurisdicional poderá aplicar o direito objetivo ao caso concreto<sup>9</sup>. Na definição de Vicente Greco Filho, competência é:

“o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. A existência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las.”<sup>10</sup> (GRECO FILHO, 2009, p. 133)

No Brasil, a competência é distribuída por diferentes dispositivos normativos, todos norteados pela Constituição Federal. Em matéria penal, o Código de Processo Penal (CPP) realiza a divisão da competência em seu Livro I, Título V (nos artigos 69 a 91). Tal, segundo o artigo 69 do referido dispositivo, é determinada pelo: lugar da infração; o domicílio ou residência do réu; a natureza da infração; a distribuição; a conexão ou continência; a prevenção; a prerrogativa de função. Não existindo ordem ou hierarquia de aplicação entre os incisos, devendo tais critérios utilizados serem aferidos no caso concreto e aplicados de maneira coadunante as normas de distribuição de competência.

Doutrinariamente, a distribuição de competência costuma levar em conta quatro aspectos diferentes: *ratio materiae*, em virtude da natureza da infração penal praticada; *raione personae*, em virtude da existência de foro por prerrogativa de função (por tal, alguns também a denominam *ratione functionae*); *ratione loci*, em virtude do local da infração ou, quando este não é conhecido, o domicílio do réu; competência funcional, em virtude da distribuição feita pela Lei, em casos com a existência de diversos juízes de instâncias iguais ou diversas, num mesmo processo, para praticar determinado ato ou instruir determinada fase ou segmento.<sup>11</sup>

9 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. ún. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 323.

10 GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 133.

11 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. ún. 4ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 328.

A distribuição apresenta caráter dualístico, conforme a possibilidade da prorrogação da competência, podendo ser relativa ou absoluta. É denominada absoluta a fixação de competência que não admite prorrogação, sob pena de nulidade, amoldando neste perfil a competência em razão de matéria e a competência em razão da prerrogativa de função. Por sua vez, reputa-se relativa à fixação de competência que admite prorrogação, precluindo, sem gerar qualquer nulidade, a possibilidade de alegação de incompetência quando não arguida na primeira oportunidade.<sup>12</sup>

Aury Lopes Jr. propõe um método de definição da competência por meio de uma análise trifásica, guiada pelas seguintes perguntas<sup>13</sup>:

1- Qual é a justiça e o órgão competente? Discutindo critérios relativos à matéria e pessoa. Definindo se a matéria compete às justiças especiais ou comuns e, ainda, qual nível de jurisdição terá atuação originária, caso haja modificação desta em razão de função.

2- Qual é o foro competente? Sendo o julgamento de competência originária de primeiro grau, deve-se definir qual será o foro competente, conforme as regras dos artigos 70 e 71 do Código de Processo Penal. Excepcionalmente, a depender do caso, recorrendo-se as regras dos artigos 88 a 90 do referido Código.

3- Qual é a vara ou juízo competente? No caso da existência de um ou mais juízos igualmente competentes no mesmo foro, deve-se atentar para o critério da distribuição (art. 75, CPP) ou para a existência de prevenção (art. 83, CPP).

Após responder as três perguntas, haverá a exata definição do juízo competente a persecução penal. Porém, conforme alerta o referido autor, tal tema é bastante complexo e a definição com base nas regras acima, porém ser substancialmente alterada conforme a ocorrência de conexão ou continência.

## **2. Estelionato previdenciário**

Conforme acima ressaltado, para fixação prévia da competência, deve-se primeiro analisar a conduta delituosa em questão, uma vez que a atribuição pode se alterar conforme o modus e local de execução, o sujeito ativo, o sujeito passivo, entre outros fatores. O objeto deste estudo é a análise da fixação da competência do chamado estelionato previdenciário na modalidade de saque *post mortem*, fazendo-se mister a análise deste tipo penal.

Preliminarmente é necessário ressaltar a escassez da análise em específico de tal delito na doutrina. Por ser uma das inúmeras modalidades de estelionato previstas no artigo 171, §3º do

---

12 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 246 e 247.

13 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 260 a 262.

Código Penal, que prevê o estelionato em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, tal tratamento era esperado.

A maioria dos doutrinadores abordam o tema dedicando-lhe alguns poucos parágrafos, definindo o que seriam entidades de direito público e ressaltando o entendimento Sumular nº 24 do Superior Tribunal de Justiça, que fixa o parágrafo 3º do artigo 171 do Código Penal como qualificadora<sup>14</sup>. A única divergência entre tais abordagens e discussão é acerca da classificação do aludido parágrafo como qualificadora ou como majorante.

Consonantes ao entendimento do Superior de Justiça, entendem o parágrafo 3º como qualificadora do artigo 171 do Código Penal Julio Fabbrini Mirabete<sup>15</sup>, Damásio de Jesus<sup>16</sup>, Guilherme de Souza Nucci<sup>17</sup>, Celso Delmanto<sup>18</sup>.

Discordando do posicionamento supra, entendem o parágrafo 3º como majorante ou causa de aumento de pena do artigo 171 do Código Penal Fernando Capez<sup>19</sup>, Luiz Regis Prado<sup>20</sup>, Rogério Greco<sup>21</sup>. Sendo que por hora só se faz oportuno comentar a existência de tal divergência sem pormenorizá-la.

Diferentemente dos referidos autores, Cezar Roberto Bitencourt, tanto no volume 3 do seu Tratado de Direito Penal, quanto em seu Código Penal Comentado, confere maior enfoque ao estelionato previdenciário em relação as outras figuras advindas do parágrafo 3º do artigo 171 do Código Penal. Com igual atenção Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad, tratam separadamente do tema no “Código Penal e sua interpretação” de coordenação de Alberto Silva Franco e Rui Stoco pela Editora Revista dos Tribunais. Por tal, serão utilizados nesta análise, além da jurisprudência, as referidas obras.

---

14 Súmula nº 24/STJ – 10/04/1991: Aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do §3º, do art. 171 do Código Penal.

15 MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito penal, volume 2: Parte Especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007. p. 312 e 313.

16 JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 791 e 792.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forese, 2016. p. 1021 e 1023

18 DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007. 534 e 536.

19 CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 2, Parte Especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 591 e 592.

20 PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 976 e 977.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 2: Parte Especial: arts. 121 a 183. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. 586 e 587.

21 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume III. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2007. p. 257 e 258.

GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 10. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016. p. 639 e 640.

## 2.1. Artigo 171, §3º do Código Penal Brasileiro

O artigo 171 do Código Penal tipifica a obtenção, para si ou para outrem, de vantagem ilícita, em prejuízo alheio, por meio do induzimento ou da manutenção de alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer meio fraudulento. Por sua vez, o parágrafo 3º do tipo em comento prevê o aumento em um terço da pena de um a cinco anos de reclusão do caput, quando o ilícito for praticado em detrimento de entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência.

Na resolução de discórdia jurisprudencial realizada pelo Recurso Especial 2.196 – Rio de Janeiro de relatoria do Ministro Dias Trindade, DJ 04/03/91, o Superior Tribunal de Justiça, adotando a tese de Celso Delmanto, entendeu que o §3º não é elementar ao estelionato previsto no caput do artigo 171 e nem a suas figuras equiparadas no §2º. A diferenciação de sujeito passivo trazida pelo artigo 155, IV da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei 3.807/60) criaria assim uma nova tipificação na qual a qualificação especial da vítima, entidade de direito público ou instituto de economia popular, assistência social ou beneficência, integraria o próprio tipo. De tal posicionamento criou-se a Súmula nº 24 do Superior Tribunal de Justiça, a qual fixa que “aplica-se ao crime de estelionato, em que figure como vítima entidade autárquica da previdência social, a qualificadora do §3º, do artigo 171 do Código Penal”.

O valor tutelado é o patrimônio, o sujeito passivo são os elencados, e já citados, pelo parágrafo 3º do tipo. O sujeito ativo da conduta pode ser qualquer pessoa, tratando-se de crime comum, o qual comporta coautoria e participação. A ação tipificada é a obtenção de vantagem ilícita, em prejuízo das figuras elencadas, induzindo ou mantendo-as em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento. Figurando, portanto, como tipo subjetivo o dolo, a vontade livre e consciente de realizar a conduta acima descrita.

## 2.2. A natureza jurídica do estelionato previdenciário

No tangente a natureza jurídica do dispositivo, perdura o embate se o crime de estelionato previdenciário seria crime permanente ou crime instantâneo de efeitos permanentes, filiando-se ao segundo entendimento vasta parte da doutrina analisada, como Maria Thereza Rocha de Assis Moura, Marta Saad<sup>22</sup>, Fábio Zambitte Ibrahim<sup>23</sup> e Cezar Roberto Bitencourt<sup>24</sup>.

22 FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 886.

23 IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 479.

24 BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 3: dos crimes contra o patrimônio

Nesta inteligência, o crime instantâneo de efeitos permanente consuma-se com a realização da conduta típica, porém, seus efeitos perpetuam após a cessação do tipo objetivo, não dependendo do prolongamento da ação do agente. Obtido o proveito ilícito mediante a insídia, restará consumado o crime, ainda que o auferimento da vantagem seja realizado em várias parcelas, como a concessão fraudulenta de aposentadoria, por exemplo. Neste sentido posiciona-se Bitencourt:

“Na verdade, o que caracteriza a permanência não é a durabilidade dos efeitos e tampouco a repetição da atividade pelo agente, mas sim a extensão da fase consumatória propriamente da mesma ação do agente. A repetição de atividade (ou ação) pelo agente – receber mensalmente –, por exemplo, não é elementar constitutiva de crime permanente, mas tão somente consequência de uma ação executada.”<sup>25</sup> (BITENCOURT, 214, p. 296)

De tal sorte, o estelionato previdenciário se consumaria com a concessão indevida do benefício previdenciário, marco responsável pela fixação do prazo prescricional e determinação da competência, conforme o artigo 70 do Código de Processo Penal.

Porém, tal entendimento não abrange todas as formas de realização do crime. É diferente a falsidade perpetrada por terceiro para permitir a obtenção da vantagem indevida por outrem, caso em que a consumação se dá com seu deferimento, e a conduta daquele que utiliza-se de meio artil para conseguir benefício em interesse próprio, caso em que a consumação se protelaria em razão da reiteração de condutas baseada no ato fraudulento cometido pelo próprio agente a cada nova obtenção da vantagem. Ainda, a fraude não necessariamente precisa ser comissiva, podendo o agente não comunicar a morte do beneficiário, mantendo a Previdência Social em erro, utilizando o valor em proveito próprio e lesando o erário.

Assim, conforme a ordem acima, o benefício obtido através de fraude perpetrada para beneficiamento de terceiro, se amolda como crime instantâneo de efeitos permanentes<sup>26</sup>, pois com apenas uma conduta do agente, há o reiterado auferimento de benefício para terceiro. No caso do fraudador obtenha para si o benefício indevido, a reiteração de conduta baseada no ato fraudulento, dá ao delito a natureza de crime permanente<sup>27</sup>, perdurando enquanto a fraude se perpetrar. Por fim, quando não por uma ação, mas por uma omissão, terceiro permaneça recebendo indevidamente benefício de pessoa falecida, pelas assemelhadas circunstâncias de modo de execução, local e

até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295 e 296.

25 BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

26 Precedentes: STJ – RHC 66.487/PB. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª Turma. DJe. 17/03/2016; STJ – AgRg no REsp 1.347.082/RS Rel. Min. Moura Ribeiro, 5ª Turma. DJe 21/08/2014; STF – HC 112.095/MA Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma. DJe 16/10/2016;

27 Precedentes: STJ – AgRg no AgRg no AREsp 992.285/RJ, Rel. Min. Joel Ilan Paciornick, 5ª Turma, DJe. 20/06/2017; STJ – AgRg no REsp 1.571.511/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 18/02/2016; STF – HC 121.390/MG, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, DJe 24/02/2015; STF – HC 115.975/BA, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 05/11/2013.

tempo, o delito se amoldaria como crime continuado, pois sua consumação se protelaria no tempo, se renovando com a reiteração dolosa da conduta de lesar o erário, através da manutenção em erro, a cada novo saque, até o cessamento da conduta<sup>28</sup>.

Em relação a última hipótese, tangente ao tema, importante ressaltar as palavras do mestre Eugenio Raúl Zaffaroni que ao lecionar sobre crime continuado pontua:

“O dado ôntico mais elementar e primário de qualquer unidade de conduta é o fator psicológico ou fator final, isto é, uma unidade de dolo ou de resolução, uma resolução ou dolo unitário: se quem furta diariamente uma pequena quantidade de dinheiro não age com uma decisão única, como, por exemplo, apoderar-se do dinheiro que necessita para pagar uma dívida ou para comprar um móvel, mas repete a decisão diariamente, porque se sente tentado diante da mesma circunstância, não haverá uma continuidade da conduta, e sim tantas condutas quantas forem as decisões tomadas. Neste caso, existe uma unidade da culpabilidade, em razão da unidade de circunstância o que torna o concurso real privilegiado (o falso crime continuado do art. 71)”<sup>29</sup>. (ZAFFARONI, 2007, p. 620)

De tal forma, o estelionato previdenciário possuiria uma natureza jurídica tríplice, podendo ser crime permanente ou crime instantâneo de efeitos permanentes e ainda crime continuado, a depender da amoldagem no caso concreto. Neste sentido, no julgamento do STF - HC 99.112 – AM, DJe 20/04/2010, da 1ª Turma, o Relator Ministro Marco Aurélio firmou a seguinte inteligência:

“(…) enquanto a fraude perpetrada por terceiro consubstancia crime instantâneo de efeito permanente, a prática delituosa por parte do beneficiário da previdência, considerada relação jurídica continuada, é enquadrável como permanente, renovando-se ante a periodicidade do benefício. Na mesma ação, afirmou-se existirem duas situações diversas: a do terceiro que implementa fraude para que uma pessoa diferente possa lograr o benefício – em que configurado crime instantâneo de efeitos permanentes – e a do beneficiário acusado pela fraude, que comete crime permanente enquanto mantiver em erro o INSS.” (STF, 2010, on-line).

Por demonstrar-se acertado, tal entendimento vem sendo adotado por toda jurisprudência pátria nos últimos anos, com fortes precedentes no Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup> e no Superior Tribunal de Justiça<sup>31</sup>.

---

28 Precedentes: STJ – REsp 1.282.118/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª turma, DJe 26/02/2013; STJ – AgRg no REsp 1.378.323/PR, Rel. Min. Marilza Maynard, 6ª Turma, DJe 26/08/2014;

29 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 620.

30 HC 91.716/PR Rl. Min. Joaquim Barbosa, Dje 31.08.2010; HC 86.467 – RS Rel. Min. Marco Aurélio, Dju 22/06/2007.

31 HC 181.250 – RJ Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 14/06/2011

### 2.3. Competência

Conforme já aludido, visando a naturalidade do juízo, baseado em critérios legais pré-constituídos, é criada uma sistemática no direito processual penal para a distribuição de competências e atribuições. Desconsiderando a existência de conexão ou continência no caso concreto, bem como a de prerrogativa de foro, utilizando as mencionadas perguntas sugeridas por Aury Lopes Jr., podemos genericamente definir a competência do estelionato previdenciário da seguinte forma:

1º Qual é a justiça e o órgão competente?

Conforme o art. 109, I da Constituição Federal, cabe aos juízes federais processar e julgar as causas em que entidades autárquicas figure como parte, sendo o delito em tela de competência da Justiça Comum Federal.

2º Qual é o foro competente?

Como já analisado, o estelionato previdenciário possui natureza tríplice, a se caracterizar conforme o caso concreto. Quando se emoldar como crime instantâneo de efeitos permanentes, o processamento e julgamento do estelionato previdenciário será de competência do foro em que primeiro obteve-se o proveito ilícito<sup>32</sup>, uma vez que este é o local de consumação do delito<sup>33</sup>. Por outro lado, quando o estelionato previdenciário apresentar-se como crime permanente, a competência para processar e julgar o feito será do local onde a atividade criminosa cessar. Por sua vez, enquadrando a conduta ao crime continuado, a competência deste será atribuída conforme a prevenção<sup>34</sup>, sendo esta configurada quando “concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo [decisão], ainda que anterior a denúncia ou queixa”.<sup>35</sup>

3º Qual é a vara ou juízo?

Novamente a resposta a tal quesito variará conforme a natureza amoldada pelo delito no plano fático. Caracterizando crime instantâneo de efeitos permanentes ou crime permanente, a competência será fixada no local de consumação do delito ou, no caso de tentativa, de cessação da

---

32 Artigo 70. A competência será, de regra, determinada pelo local em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.

33 Melhor elucidando: Tício pleiteia fraudulentamente junto ao Instituto Nacional da Seguridade Social do município Y e tem deferido o pedido para concessão de aposentadoria por tempo de contribuição. Porém, o saque da prestação continuada é realizado no município W. A competência para processar e julgar tal feito será da comarca do município W, local de consumação da infração.

34 Artigo 71. Tratando-se de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, a competência firmar-se-á pela prevenção.

35 Artigo 83 do Código de Processo Penal.

atividade criminosa, havendo a posterior distribuição para fixação da Varacompetente<sup>36</sup>. Por outro lado, quando a natureza jurídica do delito figurar como crime continuado, o juízo que primeiro decidir sobre o assunto, ainda que em sede de investigação, estará prevento e, por tal, será o competente para processar e julgar a causa.

Por fim, cabe ressaltar que tal sistemática de fixação de competência do Código de Processo Penal brasileiro é aproveitada para o Ministério Público Federal, *parquet* detentor da ação penal no caso em estudo, seguindo a mesma lógica acima exposta. Como já aludido, a distribuição de atribuição fora dos parâmetros legais caracteriza lesão ao princípio do promotor natural e, conseqüentemente, ao princípio do devido processo legal<sup>37</sup>.

### **3. O estelionato previdenciário e o princípio do promotor natural**

Como já elucidado, o estelionato previdenciário é uma das várias hipóteses de incidência do art. 171, §3º do Código Penal. Por óbvio, o que o diferencia das demais modalidades é o sujeito passivo, na grande maioria das vezes, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Apesar da existência de um sujeito passivo recorrente, a autarquia previdenciária federal, é de se notar a enorme variedade de *modus operandi* capazes de consubstanciar-se na conduta delitiva, desde o simples recebimento indevido por terceiro após o óbito do beneficiário até a criação de organizações criminosas especializadas nesta modalidade de fraude. Certo é que a conduta adotada na execução do delito e suas conseqüências é quem definirá qual aspecto da natureza jurídica tríplice do estelionato previdenciário assumirá, fazendo-se necessária a análise do plano fático para a fixação da atribuição para processamento e da competência do juízo dependentes da natureza jurídica incidente no delito.

Conforme já aludido, para garantia da imparcialidade e para não haver margens a discricionariedade, tanto o princípio do juiz natural quanto o princípio do promotor natural estabelecem que a necessidade de uma prefixação de competência e de atribuições, conforme ditames legais. Sendo o prévio conhecimento do juízo responsável que julgará o caso igualmente necessário quanto o conhecimento acerca do Procurador da República que denunciará o acusado ou promoverá o arquivamento do inquérito policial.

Se de alguma forma for possível influenciar qual será o acusador de maneira diferente a expressamente descrita na lei, não se pode classificar como imparcial a atuação ministerial no

---

36 Artigo 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

37 OLIVEIRA, Eugênio Paccelli. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Júris. 2009, pág. 444.

juízo ou apuração, havendo azo para o favorecimento pessoal. A violação do princípio do promotor natural acarreta inerente violação do devido processo legal, pois tal macula é ofensa direta a imparcialidade do juízo, devendo a atribuição ser prévia e taxativamente estabelecida em lei vigente a época em que fora praticado o fato delituoso.

### 3.1. Possível incongruência

Em teoria, a atribuição para processamento de todo crime já está distribuída conforme as normas de fixação de competência do Código de Processo Penal. Porém, devido às inúmeras maneiras de caracterização da conduta delituosa, pode haver falhas e incongruências na distribuição de competência. Imaginemos o seguinte exemplo:

Supondo que (A) é beneficiária de aposentadoria por tempo de contribuição, reside e teve seu benefício deferido na circunscrição subseção judiciária federal (1), local aonde fora regularmente concedido o benefício previdenciário. Após sua morte, (B), valendo-se da condição de filho e das facilidades dela advindas, omite o falecimento da beneficiária para autarquia previdenciária federal e continua sacando indevidamente o benefício previdenciário. São realizados diversos saques nas circunscrições das subseções judiciais federais (2), (3) e (4), de maneira repetida e aleatória. Dois anos e vários saques após, ao constatar a fraude, a autarquia previdenciária nacional suspende o benefício e comunica ao Ministério Público Federal localizado na subseção judiciária federal (1) os fatos. Pergunta-se, qual é a circunscrição jurisdicional detentora da atribuição para a investigação e processamento do feito?

Mantendo a metodologia de orientação para a fixação de competência do professor Aury Lopes Jr. temos:

1º Qual é a justiça e o órgão competente?

Desconsiderando a distribuição *ratione personae*, é certo que a matéria é relativa à Justiça Comum Federal, uma vez que o sujeito passivo da fraude, quem arcou com a efetiva lesão ao patrimônio, fora o Instituto Nacional de Seguridade Social e, por tal, autarquia federal. Não havendo motivo para descolamento da competência originária, esta será em primeiro grau.

2º Qual é o foro competente?

Em relação à natureza do delito, conforme já assentado, este se comportará como crime continuado, assim, sua consumação se protela no tempo, renovando-se com a reiteração dolosa da conduta de lesar o erário, por meio da manutenção em erro, a cada novo saque. Portanto, todas as localidades onde foram realizados saques, (2), (3) e (4), são igualmente competentes, fixando-se a

competência conforme a prevenção (art. 71 c/c art. 83, CPP).

Porém, a subseção judiciária (1), a quem fora comunicada o crime, não é competente para processá-lo, pois a concessão não fora indevida e não houve saque, consumação do delito, dentro da área de sua competência<sup>38</sup>. Por tal, é dever do *parquet* federal declinar a atribuição. Como os *parquets* das outras três outras subseções judiciárias são igualmente competentes e nenhuma tomou qualquer conhecimento sobre o fato, não sendo assim preventos, a quem se deverá declinar a atribuição?

Neste ponto surge uma incongruência na sistemática de distribuição de competência estabelecida pelo Código de Processo Penal. A regra a ser utilizada é a da prevenção, porém esta não resta caracterizada. Não se pode dizer que a circunscrição da subseção judiciária na qual primeiro fora encaminhado o feito ao *parquet* será responsável, pois não há consumação do delito em sua circunscrição de atribuição e o simples conhecimento não configura a prevenção.

Podendo a atribuição ser perfeitamente declinada ao Ministério Público Federal de (2), (3) e (4) e, sendo o primeiro a conhecê-la preventivo, há a abertura para discricionariedade para tal ato. A partir do momento em que existe uma lacuna legal na distribuição de competência e há a possibilidade de se escolher quem processará o feito, há uma inerente lesão ao princípio do promotor natural e, conseqüentemente, ao princípio do devido processo legal.

Nesta linha, também restaria afetado o terceiro quesito da metodologia de fixação de competência aqui adota, uma vez que não sendo possível fixar o foro competente em razão da supramencionada problemática, restaria afetada a determinação de qual seria vara ou o juízo competente.

### 3.2. Possível solução

Visando a completude da sistemática de distribuição de competência, a preservação da imparcialidade e naturalidade da parte acusadora, bem como a salvaguarda do princípio regente da sistemática processual atual, o devido processo legal, é necessário que tal incongruência seja suprida.

Conforme as definições aqui utilizadas para os princípios do juiz natural e do promotor natural, somente a Lei prévia pode atribuir competência. De tal sorte, é mister uma interpretação

---

38 Fato que afasta o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Conflito de Competência 124.717 – PR de relatoria da Ministra Alderita Ramos de Oliveira, DJe 28/11/2012. Fixando o local de consumação como o de aquisição da vantagem ilícita, a *ratio decidendi* do mencionado julgado fixa a prevenção como critério de desempate no caso em que duas ou mais localidades sejam igualmente competentes para processar e julgar o crime.

extensiva e complementar do Código de Processo Penal sobre pena de contradição com a busca de solução em locais diferentes.

### 3.2.1. O crime continuado

Consonante ao art. 71 do Código Penal brasileiro, 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.

Acerca da natureza jurídica do instituto, tem proeminência três correntes doutrinárias, a saber<sup>39</sup>: a) teoria da unidade real – assentada na unidade de desígnios, entende que os vários comportamentos constituem efetivamente um único delito, uma vez que o dolo unitário reflete-se na unidade de lesão; b) teoria da ficção jurídica – fundada no sopesamento entre a coerência lógica, a utilidade e a equidade, admite que o instituto é uma criação legal, dado que de fato há uma pluralidade de crimes que são entendidos como um só para fins de fixação da pena; c) Teoria da unidade jurídica – defende que o instituto é uma realidade jurídica, sendo uma figura própria destinada a fins determinados.

Certo é que o vigente Código Penal de brasileiro, pela redação de seu artigo 71 in fine e no parágrafo único, adotou a teoria da ficção jurídica do crime continuado, com objetivo político-criminal de atenuação da sanção penal na aplicação da pena, aumentando a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça, e utilizando a exasperação para os demais delitos.

Critica tal opção legislativa o defensor da teoria realista ou da unidade real Eugenio Raúl Zaffaroni, segundo o qual o artigo 71 do Código Penal brasileiro traria em verdade um *falso crime continuado* ou um *concurso material atenuado*, uma vez que é ausente o requisito do acima descrito dado ôntico necessário para caracterização do real crime continuado:

“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

---

39 BITENCOURT. Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 14ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 646.

doutrina alemã, mas uma criação diferente (...).<sup>40</sup> (ZAFFARONI, 2007, p. 625)

Destarte, se não fosse pela opção político-criminal adotada pelo legislador pátrio, o delito em comento se amoldaria ao concurso material de crimes, onde mediante mais de uma ação, saque, surge a pluralidade de delitos.

### 3.2.2. Afastamento da ficção jurídica do crime continuado para fixação da competência

Embasado nas críticas acima tecidas, apenas para fins de atribuição da competência no caso em análise, é possível afastar a ficção jurídica que é o crime continuado no estelionato previdenciário na modalidade do saque *post mortem* e entendê-lo como um concurso material de crimes. De tal sorte, cada saque indevido seria contado como a consumação de um crime, estando ambos conectados por um concurso material de crimes.

Aury Lopes Jr.<sup>42</sup> coloca que a conexão é mecanismo de modificação da competência ensejado pela necessidade de reunir os diferentes delitos conexos ou os diferentes agentes num só processo, para julgamento simultâneo. E, ainda, que esta dar-se-á ante a existência de dois ou mais crimes, podendo haver ou não a pluralidade de agentes.

Neste sentido, Espínola Filho leciona que a conexão:

“é o nexos, a dependência recíproca que as coisas ou os fatos têm entre si: a disjunção é a separação delas, separação forçada, por isso mesmo que o todo criminal deve ser indivisível. Com efeito, embora os crimes sejam diversos, desde que eles são entre si conexos, ou que procedem de diferentes delinquentes associados como autores ou cúmplices, formam uma espécie de unidade estreita que não deve ser rompida. Todos os meios de acusação, defesa e convicção estão em completa dependência. Separar será dificultar os esclarecimentos, enfraquecer as provas e correr o risco de ter afinal sentenças dissonantes ou contraditórias. Sem o exame conjunto, e pelo contrário com investigações separadas, sem filiar todas as relações dos fatos, como reconhecer a verdade em sua integridade, ou como reproduzir tudo isso em cada processo? (...) Desde, porém, que os delitos são conexos, é necessário, ao menos quando possível, que um mesmo tribunal conheça de todos eles ou de todos os delinquentes, e que uma mesma sentença aplique a lei.”<sup>43</sup> (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 135-136)

Assim, no tocante à competência ou à atribuição para processamento e julgamento do

40 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 616.

41 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 625.

42 LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. p. 304.

43 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado, v. 2. Campinas: Imprensa, 2000. p. 135-136.

estelionato previdenciário saque *post mortem*, considerado como concurso material de crimes pelo afastamento da teoria ficcional do crime continuado, imperaria o art. 76, III do Código de Processo Penal<sup>44</sup>, que possibilita a conexão, visando, além da economia processual, a facilitação da instrução probatória.

Excepcionalmente, quando conhecida previamente a ligação entre os delitos, a conexão é meio de fixação inicial da competência, sendo tal possibilitado por sua previsão como determinante da competência jurisdicional (art. 69, V, CPP). Em verdade, como ressalta Guilherme Nucci<sup>45</sup>, tal seria uma alteração da competência considerando seus critérios definidores, quais sejam, em razão da matéria, do território ou da função.

Para fixação do foro prevalente, deve-se levar em consideração o art. 78 do Código de Processo Penal. No que nos interessa, no concurso de jurisdições de mesma categoria, o inciso II do mencionado artigo, impõe rol no qual há a previsão, subsidiária, de três arrimos para fixação, quais sejam, a) o local da infração à qual for cominada pena mais grave, b) a localidade em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade, c) pela prevenção, nos demais casos.

De tal sorte, ao entender o delito em estudo como um concurso material do tipo do art. 171, §3º do Código Penal, certa é a presença da conexão. Ante a existência de tal vínculo, a competência poderá ser fixada nos moldes do art. 78, II, “b” do Código de Processo Penal, ou seja, nos locais em que houve maior número de infração.

Pergunta-se e se duas localidades contarem com o mesmo número de saques, qual prevalecerá? Subsidiariamente, o art. 78, II, “c” do CPP elenca a prevenção para tais casos. Contudo, por óbvio, ao se adotar tal critério, apareceria novamente a incongruência aqui resolvida. Por tal, em último caso, parece mais adequado no caso da impossibilidade da fixação da competência pela localidade em que houve mais saques, a adoção do critério do domicílio do réu, nos moldes do art. 72, CPP. Sendo na verdade, inaceitável a possibilidade de haver qualquer arbítrio por parte de qualquer autoridade na determinação do foro competente a processar e julgar o delito.

Insta ressaltar que não adotou desde o princípio o domicílio do réu como solução a problemática por três motivos. Primeiro, porque as normais gerais de fixação de competência do Código de Processo Penal e da Constituição Federal, doutrinariamente, se dão em razão da matéria, do território ou da função, sendo o domicílio do réu regra subsidiária. Segundo porque o art. 72 do CPP é claro ao dizer que sua aplicação é no caso de desconhecimento do lugar da infração, no caso

44 Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

III – quando a prova de uma infração ou de qualquer uma das suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

45 NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 277.

em estudo os locais de consumação são conhecidos, só não há prevenção para definir qual será competente. Terceiro que é mais conveniente à instrução criminal que esta se desenrole no local em que o delito se concretizou, seja pela facilitação na dilação probatória, seja pela ideia arcaica de demonstração para parte sociedade diretamente em contato com ilícito da existência e da efetividade da persecução penal.

Após a fixação do foro competente para processar e julgar o feito, a lei penal, por óbvio, deverá ser aplicada nos moldes da teoria adotada pelo Código Penal, entendendo o delito do estelionato previdenciário como crime continuado nos moldes do art. 71 do mencionado diploma.

#### 4. Conclusão

Em determinados casos, a opção legislativa de fixar a competência para processamento e julgamento de crimes continuados a partir da prevenção pode ser falha, havendo brechas para maculação da naturalidade do juízo, e conseqüentemente do devido processo legal, através da escolha, de modo arbitrário e fora do estritamente ditado pela Lei, de qual juízo será competente. Tal situação acontece ante a não caracterização prévia da prevenção quando da descoberta do crime por terceiro não competente, o qual terá o arbítrio ao remeter o feito aos dos dois ou mais juízos igualmente competentes.

No presente estudo, valendo-se do crime de estelionato previdenciário em sua modalidade de saque *post mortem*, levantou-se o entendimento que para resolução da supramencionada celeuma, e exclusivamente para este fim, pode-se afastar a teoria ficcional adotada pelo Código Penal brasileiro e classificar a conduta, na definição de Zaffaroni, como falso crime continuado ou concurso material atenuado.

Alterando tal entendimento, afasta-se a incidência do art. 71 do Código de Processo Penal e, conseqüentemente, a fixação da competência pelo critério da prevenção. Entendendo como um concurso material de crimes, estes serão conexos entre si, uma vez que guardam, por óbvio, nexos de dependência, o qual exige, para facilitação da instrução probatória e economia processual, o julgamento conjunto dos delitos, conforme preceitua o art. 76, III do Código de Processo Penal.

Nesta toada, atuando a conexão como critério para fixação da competência (art. 69, V, CPP), segue-se a ordem preconizada pelo art. 78, II do mencionado digesto, sendo competente o juízo da localidade em que se realizaram mais condutas delituosas, saques (art. 78, II, “b”, CPP). Por fim cabe ressaltar a inutilidade da utilização da prevenção como regra subsidiária, devendo o domicílio do réu, em último caso, ser utilizado como tal.

Fixada a competência, o crime retoma a sua natureza prevista pelo art. 71 do Código Penal,

sendo processado e julgado normalmente, como crime continuado. De tal forma, a sistemática apresentada é instrumento apenas para fixação da competência, o qual, atento ao tríplice conteúdo do princípio do juiz natural, supre a lacuna legal que a possibilita a escolha do juízo pela autoridade declinante e garante o prévio conhecimento de quem possuirá a real competência para processar e julgar o feito.

## Referência Bibliográfica

- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 3: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, volume 1. 14<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, Volume 2, Parte Especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2007.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Processual Penal. 3<sup>a</sup> ed. Coimbra: Editora Imprensa. 2004.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal brasileiro anotado, v. 2. Campinas: Imprensa, 2000.
- FERNANDES, Antônio, Scarance. Direito penal constitucional. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FRANCO, Alberto Silva. Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 7<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 10. ed. Niterói: Editora Impetus, 2016.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Volume III. 4. ed. Niterói: Editora Impetus, 2007.
- IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- JESUS, Damásio de. Código Penal Anotado. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- JÚNIOR, Américo Bedê Freire e MIRANDA, Gustavo Senna. Princípios do Processo Penal: Entre o garantismo e a efetividade da sanção. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal, vol. ún. 4<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de Direito penal, volume 2: Parte Especial, arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Forese, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Paccelli. Curso de Processo Penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Júris. 2009.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro, Volume 2: Parte Especial: arts. 121 a 183. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.