

REVISÃO DO CRIME CONTINUADO

RENÉ ARIEL DOTTI

(Professor Contratado de Direito Penal.)

Sumário: 1. Notícia histórica; 2. O crime continuado no Direito brasileiro; 3. Revisão: a) Elemento subjetivo unitário; 4. Revisão: b) Tempo, lugar, execução; 5. Revisão: c) Identidade de espécie criminal; 6. Revisão: d) Unidade do sujeito passivo; 7. Ajuizamento: Direito Penal da Culpa.

1. A inteligência do crime continuado como unidade jurídica para submeter seu autor a um tratamento penal menos enérgico, em oposição à regra **quot delicta tot poena**, não repousa em critérios seguros.

As imprecisões doutrinárias e as variações jurisprudenciais para adaptar essa figura à realidade cotidiana emergem das condições excepcionais em que a mesma foi fundada, isto é, como soma de expedientes de política punitiva mais branda em relação ao agente que repetisse o cometimento de determinado delito que requeria a imposição da pena de morte.

Assim, dos **fures famosi** já se falava no Direito estatutário de Pávia, de Ferrara, do Ducado de Milão e nas antigas leis da Itália meridional, considerando-se como tais, os ladrões que realizassem o terceiro furto, para os quais estava destinada a morte pela fôrca. ⁽¹⁾

A maior reprovação que incidia sobre o reincidente, consulta velhas fontes como o Código de Manu, o Digesto e textos do Direito germânico e canônico.

O Direito Romano considerava a reincidência como sintoma de maior perversidade do autor, porém limitava seu reconhecimento para um certo número de delitos, desde que a reiteração se referisse à mesma "classe de crime", ganhando, assim, o conceito de **consuetudo delinquendi**.

1. ENRICO PESSINA, *Elementos de Derecho Penal*, Madrid, 1936, p. 561.

Entendia-se, então, que a ameaça da sanção se tornava inóqua quando o agente, embora punido anteriormente, reincidia em infração de características comuns à antecedente, gerando-se a convicção da maior capacidade lesiva e a necessidade de resposta mais grave.

Mas tal posição não era estável, havendo opiniões no sentido de que não se justificava maior castigo em face da reincidência, uma vez que o delito pretérito já fôra alcançado penalmente com tôdas as consequências impostas ao seu autor.

Talvez as dificuldades práticas em resolver com eqüidade os episódios que, embora apresentando identidade quanto ao bem jurídico atacado, revelassem profunda dúvida sobre a maior ou menor rebeldia do agente, determinaram a construção do crime continuado como entidade que recebeu sistematização mais completa de PROSPERO FARINACIO (1544-1618) ao sustentar a unidade do delito de furto, embora a pluralidade de condutas, **quando quis ex uno loco tempore tamen diverso, sed continuato et succesivo, unam rem sive plures furatur.** (²)

Procurava-se mitigar o rigor da sanção infligida ao autor do terceiro furto, ou seja, a pena capital.

Conforme PISAPIA (³), as primeiras disposições legislativas sobre o instituto apareceram na Toscana (1795), porém vinculadas sómente ao furto, como decorrência da elaboração dos práticos.

Depois, foi o crime continuado acolhido no célebre Código da Baviera (1813), cabendo ao Código toscano de 1853 a redação de uma fórmula que orientaria as futuras legislações, dando-lhe amplitude que se desligava do delito imagem, exigindo violações de igual preceito, contestualidade de conduta e mesma resolução criminosa. (art. 80)

Aliás, as novas legislações introduzidas no século XIX, ao versarem a reincidência, libertaram seu conceito do modelo do furto e alguns outros delitos singularmente considerados, para compreendê-la como fenômeno abrangente de toda criminalidade.

2. No Brasil o Código imperial não tratou do crime continuado, adotando a regra da acumulação de penas, através do concurso material. (art. 61)

Mas a jurisprudência da época reconhecia a continuidade, desde

2. COSTA E SILVA, *Código Penal*, São Paulo, 1943, p. 302.

3. PISAPIA, *Reato Continuato*, p. 35 (apud Costa e Silva, op. cit. 302).

que os ilícitos cometidos pelo mesmo autor guardassem entre si a unidade de intenção e alguns requisitos objetivos como a sucessão temporal, proximidade de lugar e identidade de processo executivo, valendo como critério diretor o elemento subjetivo.

Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em 8 de outubro de 1859, anulando julgamento que impôs tantas vezes a pena, quantas foram as ofensas físicas leves praticadas sucessivamente contra diversas pessoas.

A Relação do Recife, segundo doutrina daquele tribunal, em acórdão de 5 de novembro de 1870, aplicou a pena mínima do artigo 193 do Código, uma vez apenas ao réu, que matara sua mulher adúltera e seu cúmplice, em atos sucessivos. E, em 6 de julho de 1872, o mesmo tribunal confirmou a decisão do júri de Serinhaem que impusera, só uma vez, a pena do artigo 205 (lesão corporal grave) ao imputado que, num conflito por ele provocado, tentara matar uma pessoa e, em seguida, ferira gravemente outras.⁽⁴⁾

Argumentava-se que "muitas ações ou omissões voluntárias e "contrárias às leis penais sucessiva, acessória, anterior ou posteriormente praticadas não constituem mais que um só crime, pelo fundamento de ser sempre o resultado de uma só intenção."⁽⁵⁾

FRANCISCO LUIZ, comentador do Código imperial, impugnava vigorosamente tal solução, ponderando que "não seria resultado de "uma só intenção, a ação daquele que, de maus instintos, suscita um "conflito entre muitas pessoas reunidas em sua casa e, a torto e a "direito manejando o seu punhal, fere mais de uma"; ou então "a "ação daquele que, vendo junto a seu pai uma filhinha, que de "joelhos e mãos postas implora que o não mate, não obstante desfe "cha um tiro e mata o pai e fere a filha."⁽⁶⁾

A jurisprudência imperial assentava a unidade jurídica em premissa extraída do artigo 3.º do Código que, expressamente, usava o vocábulo "**intenção**" o qual, ao lado do "conhecimento do mal" plasmava o elemento interno do crime, intitulado "má-fé".

Então, os atos sucessivos passavam a ser considerados como decorrência de única intenção "a qual é elemento capital para constituir o crime e não a extensão e número de fatos materiais, isto é, "das pessoas que sofreram, o qual podendo ser múltiplo, nem por "isso se multiplicam os delitos, pois que a intenção indivisível, quando "em ato não interrompido e sem haver tempo para formar nova in-

4. FRANCISCO LUIZ, **Código Criminal**, Maceió, 1885, p. 128.

5. Idem, ibidem. p. 129.

6. Idem, ibidem, p. 129.

"tenção, se praticaram atos muito embora mais de um, de forma que "nem de espécie e qualidade mudaram." (7)

O Código republicano pelo § 2.º do artigo 66, estabelecia que "quando o criminoso tiver de ser punido por mais de um crime da mesma natureza, cometidos em tempo e lugar diferentes, contra a mesma ou diversa pessoa impor-se-lhe-á no grau máximo a pena "de um só dos crimes, com aumento da sexta parte."

Os parágrafos 1.º e 3.º do mesmo artigo cuidavam, respectivamente, do concurso material e formal.

O Decreto 4.780 de 27 de dezembro de 1923, artigo 39, emprestou nova fisionomia ao § 2.º do artigo 66 do Código de 1890 para incluir o elemento subjetivo (unidade de resolução), excluindo o requisito do lugar.

Por outro lado, deu mobilidade à sanção, dispensando a obrigatoriedade da fixação em grau maior, embora mantendo o especial aumento sobre uma pena básica.

Como se observa, foi ajuntado um componente psíquico, a exemplo do Código ZANARDELLI que irradiou um sistema de precariedade técnica, pois o vocábulo "**risoluzione**" mais tarde viria a ser substituído por "**disegno**", com o advento do diploma italiano de 1930, sem que a modificação trouxesse a necessária segurança de exegesse frente aos casos concretos.

O projeto ALCÂNTARA MACHADO também aludia à mesmeidade do desígnio criminoso, satisfazendo-se quanto ao aspecto externo, com a identidade das infrações, referindo-se, ainda, à mesma ou a diversas ocasiões. (art. 50)

Tentava-se, com imitação tanto servil quanto imprecisa em relação à fonte peninsular, encontrar instrumentos vocabulares para traduzir a homogeneidade da culpa (**lato sensu**).

Mas as fórmulas "unidade de resolução" e "unidade de desígnio" não conseguiam grande percussão técnica, de modo a pacificar o espírito crítico.

A fastidiosa contenda doutrinária deixaria, como resto, a certeza de que o mesmo desígnio criminoso não se confunde com o dolo.

É compreensível a dificuldade encontrada pelos juristas que pretendiam a caracterização do crime continuado também em referência ao elemento subjetivo conexo, apelidado pelo Superior Tribunal da Alemanha de "dolo de conjunto".

7. PAULA PESSOA, **Código Criminal do Império do Brasil**, Rio de Janeiro, 1877, p. 115.

E isto porque, em termos históricos, o delito continuado prescindia de qualquer inspeção interna da conduta (e nem se poderia exigir tal exercício científico em estádio menos evoluído do Direito Penal) para assim ser considerado em função de uma modalidade de crime, apreciado em sua concretude fática.

As porfias didáticas que os pósteros iriam enfrentar para sistematizar o instituto, levaram GEYER a afirmar que essa construção jurídica era uma verdadeira cruz que os criminalistas sem, necessidade, haviam tomado sobre os ombros. ⁽⁸⁾

O Código Penal de 1940 dispensou o elemento subjetivo unitário, relacionando como requisitos imprescindíveis a pluralidade de conduta provinda do mesmo sujeito, a realização de dois ou mais crimes da mesma espécie e a homogeneidade na construção dos tipos, deduzida dos componentes: tempo, lugar, maneira de execução e outras condições semelhantes.

Determina a lei que a conjugação de tais índices opera o entendimento de que os crimes subsequentes devem ser havidos como continuação do primeiro. (art. 51 § 2.º)

Pensou o legislador que os contornos oferecidos para se estabelecer a conexidade material, seriam suficientes para deslindar toda gama de comportamentos que compõe a realidade.

Porém, embora expungido o versátil critério da igualdade de resolução e acolhida apenas a teoria objetiva pura, a instabilidade não cessou, porque se instalou em outras frentes de discussão.

A jurisprudência, no pressuposto de que não se investigaria a homogeneidade do elemento subjetivo, segundo recomendação da Exposição de Motivos ao Código, passou a caminhar vacilantemente para encontrar racionalmente os dados que intuíssem a concorrência conexa.

E não os encontrou, porque ainda hoje há decisões muito insecuras quanto à inteligência dos requisitos objetivos, os quais, não raramente, são reunidos ou postos em divórcio, em função de um método absolutamente empírico e improvisado.

O anteprojeto HUNGRIA (1963) repetiu o conceito legal do crime continuado, porém, cedendo às ponderações de doutrinadores tedescos, ressalvou que não é reconhecível a continuação, quando se trata de crimes ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma pessoa. (art. 62 e § único)

8. Apud COSTA E SILVA, op. cit. p. 282.

3. Interpretando o pensamento da Comissão revisora do Código de 1940, NELSON HUNGRIA colocou em destaque as objeções mais contundentes à teoria objetivo-subjetiva, iniciando-as com a lição de COSTA E SILVA que denunciava o "absurdo da exigência de "um dolo único ou de uma resolução comprehensiva dos diversos "crimes". (9)

E passa a arrolar as opiniões de escritores alemães e italianos: MAYER ("Na realidade, as mais das vêzes, o inculpado não faz idéia "alguma sobre sua ulterior conduta, de modo que a afirmação do "dolo unitário deriva, mais ou menos, de uma ficção"); VON HIPPEL ("O que se apresenta como decisivo não é que o agente compreenda "sua conduta como unidade, mas, que a ordem jurídica tenha fundamento para concebê-la como tal; e esse fundamento existe já na "homogeneidade objetiva da conduta, ainda que ao agente não se "represente a continuação ou se arrependa de cada vez, embora "vindo a ceder, de novo, a idêntica tentação"); VON BAR ("O dolo "unitário, dado que pudesse ser reconhecido de modo geral, não "seria senão um simples reflexo das circunstâncias objetivas"); FOLIAN ("Na vida prática do direito, o conceito de unidade de resolução é muito empírico"). (10)

Em primeiro lugar, merece destaque a justeza da não exigibilidade de um "dolo geral" interligando os vários comportamentos típicos, antijurídicos e culpáveis, na pretensão fátna de considerar o crime continuado, que é uma ficção jurídica, como instituto que deverá confinar-se aos pressupostos existenciais dos delitos concorrentes, os quais, guardando singular autonomia, subsumem-se às regras ortodoxas de estrutura externa e interna.

Depois, o reconhecimento de um dolo geral ou de conjunto, viria negar a possibilidade de se entenderem como continuidade os comportamentos informados pelo dolo eventual ou pelas modalidades da culpa (**stricto sensu**).

A exclusão da continuidade em infrações culposas foi sustentada por VON HIPPEL como argumento contra a teoria subjetiva. (11)

Na Itália, embora o texto do artigo 81 de seu **Codice Penale**, NINO LEVI manifestou-se favorável a essa possibilidade .

Mas, se fôsse superável a dificuldade para deduzir a univocidade do elemento subjetivo (quer a título de dolo direto ou eventual ou sob a forma de culpa consciente ou inconsciente), forçoso é

9. NELSON HUNGRIA, **Novas Questões Jurídico Penais**, Rio de Janeiro, 1945, p. 88.

10. Idem, *ibidem*, p. 93

11. Apud COSTA E SILVA, **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**, São Paulo, 1938, p. 285.

admitir que o agente, em tais condições, mereceria sanção mais exasperada, pela persistência dirigida ou simplesmente admitida frente aos resultados ou pela manifesta desatenção ou diligência ordinária diante dos fatos causalmente típicos.

O exemplo de MEZGER é muito eloquente: se o autor tivesse, realmente, por antecipação, um dolo unitário, **verbi gratia**, de abusar impudicamente de uma criança em toda ocasião, propícia, tal dolo não seria, certamente, motivo de atenuação, mas, ao contrário, de agravação da pena. (^{11 bis})

E BELING ponderava que a mesma resolução dirigida à totalidade das ações, só a têm, de regra, os piores criminosos, que operam segundo um plano. Não a teriam aquêles que são seduzidos, iterativamente, pelas várias oportunidades. Assim, o benefício do **delictum continuatum** não se endereçaria aos que mais o merecem. E arrematava: "Para a construção jurídico-penal, tem-se de partir das ações e não das fontes psicológicas de que decorrem, pois 'as ações é que são puníveis e não as resoluções criminais'. (¹²)

Modernamente, a jurisprudência do Tribunal Supremo da Alemanha ainda reclama o **dolo de conjunto** para a caracterização da continuidade delituosa.

Sem prejuízo da objetiva continuação e homogeneidade dos atos particulares, requer-se, ainda, que o dolo do autor se estenda desde o princípio, aos vários fatos projetados. O sujeito deve, pois, propor-se a um **resultado conjunto**, de sorte que os atos singulares se apresentem como partes sucessivas-progressivamente realizadas dêste resultado global. (¹³)

Denunciando os problemas que decorrem de tal exigência, como o tratamento penal benévolos aos criminosos habituais e a ausência de continuidade nos fatos culposos, MAURACH interpreta o requisito subjetivo, como "expressão de um reiterado sucumbir no choque dos motivos". (¹⁴)

O autor renovaria a mesma ou similar resolução de agir, sob a eficácia motivadora de circunstâncias iguais ou essencialmente iguais, não havendo óbice para o reconhecimento dessa "renovação de vontade", quando houver representação da sucessividade.

O fundamental, diz MAURACH, é que o ato particular não se apresente como reprodução de um dolo geral, porém, manifestação

11 bis. *Apud* NELSON HUNGRIA, ob. cit., p. 96.

12. *Apud* NELSON HUNGRIA, op. cit. p. 97.

13. REINHARD MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, 1962, vol. II p. 430.

14. Op. cit. p. 432.

de envolvimento do agente em função dos motivos que vençam as inibições, as resistências morais ao delito.

Essa engenhosa construção permitiria então divergir da jurisprudência e resistir aos ataques contra a teoria subjetivo-objetiva, uma vez que seria reconhecível a continuação nos casos de culpa e a imposição de maior sanção aos criminosos habituais, ao se considerarem os fatos impulsionados por um dolo conjunto, como independentes unidades de ação.

No mesmo sentido é a doutrina de SAUER, ao salientar que o pressuposto principal é a unidade e equivalência da culpabilidade, esclarecendo que a culpabilidade não se refere, necessariamente, ao ato isolado, mas acompanha todo o curso do querer e obrar. (¹⁵)

A teoria objetiva pura, adotada pelo Código brasileiro de 1940, procurava erradicar as tormentosas questões de fundo psíquico incidentes sobre um **campus** extremamente árido.

Mas a experiência forense tem demonstrado os entraves para equacionar a problemática do cotidiano, pois é tarefa ingente deduzir o conceito de ação continuada, dos elementos constitutivos exteriores da homogeneidade, como ingênuamente pretendia a Exposição de Motivos.

Com efeito, os componentes materiais para informar ou desinformar a concorrência conexa, demandam as mais acirradas controvérsias, quando a sucessão dos fatos puníveis quanto à espécie, modo de cometimento e circunstâncias de espaço e tempo, não se amalgam aos exemplos clássicos e simplistas, como o do empregado que furtava de seu patrão.

ANÍBAL BRUNO observa que "muitas vezes é à unidade de resolução que será preciso recorrer para concluir pela unidade do aspecto material do crime." (¹⁶)

Não existe qualquer dúvida no sentido de que a homogeneidade externa é, geralmente, perquirida através do exame interno da conduta.

Expressamente assim o decidiu o Tribunal de Alçada de São Paulo, argumentando com a necessidade de se indagar a "unidade de intenção" para se admitir a continuidade, quando os crimes subsequentes guardam dilação temporal. (¹⁷)

15. GUILHERME SAUER, *Derecho Penal* (parte general), Barcelona, 1956, p. 347.

16. *Direito Penal*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, 1959, p. 301

17. JOSÉ LUIZ V. DE A. FRANCESCHINI e MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Jurisprudência Criminal* do Tribunal de Alçada de São Paulo, São Paulo, 1968, p. 101.

O Supremo Tribunal Federal assentou que não existe crime continuado, quando as infrações, embora sucessivas, ocorrem em tempo e lugar diferentes, contra diversas pessoas, pois estaria faltando a homogeneidade que é elemento essencial daquela. (¹⁸)

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, comentando o anteprojeto HUNGRIA, afirma que a teoria puramente objetiva se acha hoje totalmente abandonada, embora, em certa época, desfrutasse de prestígio na doutrina e jurisprudência alemãs, para dar lugar à teoria subjetivo-objetiva ou mista, que exige a unidade de resolução. (¹⁹) E conclui sustentando a necessidade do Direito Penal brasileiro acompanhar essa tendência geral, sugerindo que se incluísse no projeto a expressão "em execução de um mesmo desígnio criminoso", logo após a palavra "espécie", ficando excluída a possibilidade da continuação em delitos culposos. (¹⁹ bis)

Em recente edição de seu "**Derecho Penal**", CARLOS FONTÁN BALESTRA também se mostra partidário da exigência do elemento subjetivo (unidade de resolução) para tôdas as ações, não se confundindo, porém, com identidade de resolução "forma inadequada para dar lugar a continuação". (²⁰)

Ainda que a praticidade do Direito Penal tenha revelado a imperiosa determinação de buscar um critério subjetivo como reitor da continuação, as tormentosas dúvidas não se aclararam quanto à inteligência dêsse pressuposto, funcionando as expressões "dolo de conjunto", "dolo geral", "dolo continuado", "unidade de resolução", "unidade de desígnio", como verdadeiras partes inseparáveis de monumental pedra de Sísifo.

Não é possível, mesmo com a ajuda de tôdas as fissuras do tecnicismo jurídico, emprestar autenticidade a uma ficção.

A reiteração de fatos puníveis, desde que as ações isoladas constituam delitos autônomos, não pode ser tratada através da teoria geral do crime, na tentativa de encontrar um conceito lógico-jurídico, mas junto à teoria geral da pena, como expressão de maior ou menor censurabilidade do agente.

4. Além do componente espacial-temporal que costumeiramente provoca dubiedade para estabelecimento da conexão, o requisito pertinente ao modo de execução também é de difícil adaptação em muitos casos vertentes na prática.

18. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Distrito Federal, 1969 vol. 49, p. 325.

19. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio, vol. 3, p. 23.

20. *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1969, p. 449.

Haveria continuidade em relação àquele que pratica o segundo ilícito, com substituição de instrumento que passa a ser contundente, quando antes era cortante, como é ordinário nas lesões corporais?

Qual o critério orientador para se decidir pela continuidade ou pelo concurso de infrações? Provém da homogeneidade? Mas em que termos e circunstâncias se fixaria o juízo das ações homogêneas, quando o primeiro furto é realizado com emprêgo de chave falsa e o sucessivo com destruição de obstáculo, simplesmente porque as demais portas da casa não podem mais ser abertas daquele modo?

Existiria continuidade em relação à corrupção, quando o agente, repetindo o delito em condições próximas de tempo e lugar, cambiasse os atos de libidinagem, dentro da liberdade física com que é possível o cometimento dêsse injusto?

Creio que os maiores embaraços surgem com os delitos de conteúdo variado, servindo de exemplos a receptação, o estelionato, o rapto, os petrechos para falsificação de moeda, o comércio clandestino ou a facilitação de uso de entorpecente ou substância que determine dependência físiopsíquica, etc.

Tendo o agente receptado através da aquisição e reiterado o crime sob a forma de ocultação (com diversidade de objeto material) em circunstâncias conexas de tempo e lugar, afirmar-se-ia ou não a homogeneidade de processo executivo?

Não colhe o argumento de que o prudente arbítrio do juiz se encarregaria de deslindar o problema, uma vez que não se lhe oferece um método seguro de pesquisa para a diagnose posterior.

5. A respeito da **mesma espécie** de crime, a questão fôr parcialmente analisada por NELSON HUNGRIA ao salientar que é necessária a identidade de conteúdo específico de cada crime, admitindo-se, porém, a continuação entre formas simples e qualificadas, tentadas e consumadas. (²¹)

BASILEU GARCIA censura o comportamento do legislador de 1940, quando não definiu a identidade de espécie, uma vez que, a respeito da reincidência específica, conceituou a identidade de natureza dos crimes, acrescentando que o intérprete se sente, de início, inclinado a estender ao problema da continuação, o conceito versado pelo § 2.º do artigo 46. (²²)

No entanto, parece não assistir razão ao festejado penalista,

21. Op. cit. p. 99.

22. Instituições de Direito Penal, São Paulo 1954, p. 518, tomo II.

quando o mesmo enfatiza: "No crime continuado, existe, essencialmente, a violação do mesmo bem jurídico." (22 bis)

Isso porque é o bem jurídico atacado o ponto de referência iniludível para deduzir a identidade de espécie. A respeito, vale mencionar que o estelionato e a apropriação indébita não são crimes da mesma espécie, embora agridam o mesmo bem jurídico, ou seja, o patrimônio.

Entendo que a objetividade jurídica, que deve ser confrontada com os demais dados da continuação, não se apresenta com virtude de orientar a identidade de espécie, mas sim o **preceito** incriminador, com seus tipos fundamentais, qualificados e privilegiados.

Haveria continuidade entre apropriação indébita simples e qualificada, não entre apropriação indébita e estelionato, porque a diversidade dos tipos já induz a ocorrência de crimes diferentes, realidade que se contrapõe à unidade jurídica buscada pelo **reato continuato**.

Ainda assim, a fórmula cai em crise, apesar da aparente estabilidade, quando se defronta com os casos de êrro acidental.

Suponha-se a hipótese do agente que, após ter consumado o estelionato contra Mevius, usando o expediente de vender um bilhete de loteria supostamente premiado, por importância grandemente elevada, alegando impossibilidade de viajar para o local onde seria pago o prêmio e argumentando com a necessidade premente de receber parte do que lhe cabia em razão do sorteio, repete, horas após e no mesmo local (estação rodoviária, por exemplo) o processo executivo contra Tercius, alcançando êxito na reiteração da fraude, porém desconhecendo que a segunda vítima é menor de 18 anos, resultando daí que o crime agora passe a ser o de abuso de incapaz.

Não se poderia negar, em tal caso, a "injustiça" da solução judicial em afirmar o concurso material, fundado na diversidade de crimes quanto às espécies típicas, embora os demais requisitos objetivos e também a unidade de resolução, estivessem presentes, depondo em favor da continuação.

Diante, porém, da conclusão de que os delitos mencionados não são da mesma espécie, porque se amoldam a preceitos diversos (arts. 171 e 173 do Código Penal), de nada valeriam a manifestação da mesma expressão de vontade (e representação) e a sucessiva conexidade, porque, na falta de um dos requisitos exigidos pela lei,

22bis. Idem, ibidem, p. 517.

não se admite a figura do crime continuado, ainda que a natureza das coisas aponte o destempêro do sistema.

6. Aspecto de grande controvérsia diz respeito à possibilidade ou não da continuidade, nos crimes que atentam contra bens eminentemente pessoais de diversos sujeitos passivos.

A lição da jurisprudência, desde o tempo do Império, vem admitindo a continuação em tais casos, sendo inúmeros os exemplos de lesões corporais e até mesmo homicídios cometidos contra diversas pessoas, reconhecidos, porém, como crime único em face da "uni-dade de intenção".

Com a adoção do Código de 1940 e a conseqüente, mas fictícia, abstração do elemento subjetivo homogêneo, também não se modificou radicalmente o panorama judiciário.

Alude-se, freqüentemente, ao texto do Código quando, ao falar da mesma "espécie" não manifestou reserva à natureza do bem jurídico.

E, assim, dividiu-se a doutrina brasileira. Enquanto NELSON HUNGRIA (23), COSTA E SILVA (24) e BASILEU GARCIA (25) negam a continuidade, JOSÉ FREDERICO MARQUES (26) não sómente a afirma, com base na interpretação ampla do texto legal, como também, argutamente, lembra que a Exposição de Motivos traz argumentos no sentido do reconhecimento da continuidade, quando, exemplificando a continuação em crime culposo, refere o caso do motorista imprudente que realiza dois tipos de lesões corporais.

Desde que as lesões corporais ou as mortes podem resultar dos atropelamentos sucessivos, não se poderia excluir a continuidade em relação às infrações que ofendem bens eminentemente pessoais.

O maior argumento utilizado para a restrição, vincula-se à alegação de que o homicídio de "A" não poderá ser a continuação do homicídio contra "B" ou as lesões contra determinada pessoa não continuarão em relação a outra.

Mas a validade de tal ponderação, que foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal (27), é muito discutível.

23. Op. cit. p. 100.

24. Op. cit. p. 306.

25. Op. cit. p. 524.

26. **Tratado de Direito Penal**, São Paulo, 1965, Vol. 2º, p. 357.

27. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 49, p. 392.

Com efeito, também não é possível afirmar que o estelionato praticado contra "B" seja o prosseguimento do estelionato contra "A" ou que os furtos contra diversos titulares do bem jurídico patrimônio, sejam continuados, pois a empregada que subtraísse jóias de sua patroa e roupas de seu patrão, não estaria, é óbvio, continuando coisa alguma.

É inegável, porém, a tendência moderna no sentido de excluir do **reato continuato**, a pluralidade de condutas que incidem sobre diversos sujeitos passivos, quando os bens são eminentemente pessoais.

Assim proclama ANÍBAL BRUNO (28) e o entende o anteprojeto HUNGRIA. (29)

Apesar da orientação vencedora, oriunda de penalistas alemães, a verdade é que o problema não está encerrado, pois como acentua MASSIMO PUNZO, "a pessoa física do sujeito passivo não tem nenhuma relevância no tocante à identidade da norma violada, cujo preceito não muda por isso." (30)

Já CARRARA sustentava que a unidade ou a pluralidade dos sujeitos passivos é critério falaz para unificar ou multiplicar os delitos decorrentes de diversos atos materialmente distintos. (31)

Parece-nos puramente arbitrário o critério de distinção dos bens para reconhecer a continuidade, embora se reconheça a preocupação no sentido de emprestar maior valorização à pessoa diante da lei penal.

A tutela jurídica da pessoa, com efeito, ganha maior percussão social que a pertinente aos demais interesses. Mas nem por isso se poderia cindir a sistemática do crime continuado, a não ser que, mais uma vez, seja posta em realce a sua característica de ficção à procura de uma forma jurídica.

MAURACH entende impossível a continuidade nos ataques aos valôres da personalidade (corpo, vida, honra, liberdade, direito doméstico, secreto), porque o caráter pessoal dos mesmos exclui regularmente a relação de sucessividade, se os titulares dos bens são diversos. (32)

28. Op. cit. p. 302.

29. "Não é reconhecível a continuação quando se trata de crimes ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima."

30. Apud JOSÉ FREDERICO MARQUES, op. cit. p. 358.

31. Programa de Direito Criminal, São Paulo, 1956, parte geral n.º 1, p. 371.

32. Op. cit. p. 434.

Em sentido manifestamente oposto, BETTIOL. (33)

A posição mais equilibrada descansa no entendimento segundo o qual é dispensável a unidade do sujeito passivo. Mas, em relação a determinados delitos, como os ofensivos de bens eminentemente pessoais, não seria viável continuação desde que a repetição das violações demonstrasse um novo curso de resolução.

Consertando o argumento tradicionalmente usado para excluir tal possibilidade, diríamos que a morte dada a "B" logo após a morte dada a "A" não configuraria o crime continuado, uma vez que a diversidade dos sujeitos passivos demonstraria uma **nova carga de vontade** e, portanto, uma "autonomia" dos delitos singularmente considerados, que tornaria ilógica a continuidade.

Nesta linha de entendimento, consta SOLER, para quem é irrelevante a unidade do sujeito passivo, salvo as exceções quanto a determinados bens, não porém, em consequência do maior ou menor valor dos mesmos, mas porque, tratando-se de ofensas que sómente na pessoa de seu titular podem ocorrer, a diversidade do ofendido determinaria o entendimento de que novas resoluções informaram as ações ulteriores, rompendo-se com a continuação. (34)

Mas a insegurança de método das decisões dos tribunais brasileiros, ora admitindo a continuidade, ora a negando, levou o anteprojeto HUNGRIA a tratar diretamente do tema para estabelecer a regra de que não será continuado o crime contra bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima. (§ único do art. 62)

Com isso, pretendeu-se colocar uma pá de cal no complexo tema, embora com fórmula didaticamente frágil, pois não será tarefa simples a interpretação dos valores da personalidade espalhados pelo Código Penal, para se afirmar quando alguns se consideram inerentes à pessoa para os efeitos de vedar a continuidade.

Que dizer, por exemplo, dos delitos complexos, como o roubo, em que um dos tipos de estrutura se refere ao valor da pessoa, como a vida, a integridade corporal ou a liberdade?

A repetição do roubo, em condições de concorrência conexa, impermitiria o juízo de continuidade, porque a lei penal, em tal espécie criminosa, também tutela a pessoa?

E com relação aos crimes contra a assistência familiar, como

33. *Diritto Penale, parte generale*, Padova, 1962, p. 514.

34. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1940, II tomo, p. 313.

verbi gratia, o abandono material que, embora não esteja especificamente catalogado no repertório de infrações contra a pessoa, atenta contra um bem que lhe é inerente, como se comportaria o intérprete?

Depois, como se resolveriam os episódios em que o tipo pressuponha ou admite a pluralidade de sujeitos passivos?

Parece-nos que o tratamento legislativo de exclusão da continuidade nos crimes que ofendam diversos titulares, além de não equacionar com a exigível tranqüilidade a variedade de hipóteses que o cotidiano oferece, está fincado em fórmula imprecisa de modo a permitir uma nova frente de porfia doutrinária, com reflexos na jurisprudência.

7. A dignidade do Direito Penal reposa na aprovação da responsabilidade em função da culpabilidade.

Embora o dogma do fato não possa ser expungido porque o mesmo serve de base ao juízo formal da antijuridicidade, desde que preencha as exigências da tipicidade e também porque delimita temporalmente o juízo da culpa, certo é que o dogma do autor reclama o privilégio das atenções, simplesmente porque o Direito não se construiu de abstrações mas atendendo à imperiosa necessidade de examinar o comportamento humano, como capaz do **jus libertatis** ou do sofrimento da **poena**.

Entre as inovações do anteprojeto HUNGRIA, merece destaque o tratamento normativo dos criminosos habituais ou por tendência, afinando-se, assim, com a preocupação de vários países em sancionar mais severamente um tipo de criminalidade endurecida, para a qual as disposições sobre a reincidência mostram-se inóquas.

Ora. A exigência de maior punibilidade para os criminosos habituais, além de romper com a regra do juízo da culpabilidade em função do fato isolado para acolher a culpabilidade em razão de um estilo de vida rebelde, demonstra também que a manutenção do crime continuado é paradoxal, sabido que tal ficção jurídica é, geralmente, equacionada em favor de delinqüentes que habitualmente reiteram no ilícito. Basta recorrer à estatística para se comprovar que a continuidade é fenômeno ordinário nos delitos contra o patrimônio, pondo em relêvo um tipo de autor que é objeto de maior censurabilidade.

Se a história do Direito Penal é eloquente no sentido de evidenciar que o **reato continuato** foi elaborado para alcançar um resultado de eqüidade na sanção, mister se faz a revisão jurídica dêsse instituto para o convencimento de que a realidade naturalística (de in-

discutível vitalidade) seja considerada não através da teoria geral do crime, mas no campo da resposta penal, onde, aliás, é tradicionalmente colocado.

Há mais de trinta anos, na Alemanha, DILLER proclamava que "o crime continuado deve ser, de futuro, convenientemente apenado "na órbita do concurso material, em que se possibilitará um mais "dútil sistema de punição, a fim de atender devidamente a todos os "possíveis graus de culpabilidade." (35)

Na realidade, o que se convencionou chamar de crime continuado, é uma pluralidade de delitos, todos êles com vida e órgãos próprios, sem que a sucessão entre êles possa autorizar a compreensão lógica de uma continuação, a não ser por fingimento.

E não será o elemento psíquico (conexão de vontade e representação; mesmeidade de resolução ou desígnio; identidade de dolo ou forma de culpa) uma entidade de tamanho vigor para emprestar "logicidade" jurídica que degrada o bom senso que se assenta na natureza das coisas.

O 3.º Congresso de Direito Penal e Ciências afins, realizado em 1968, na cidade de São Paulo, aprovou a contribuição de MUNHOZ NETTO, no sentido de que "O crime continuado deve ser tratado "como simples fórmula atenuada do concurso real de infrações, outorgando-se ao juiz, em amplos limites, a faculdade de reduzir as "penas cumulativamente aplicadas, segundo a culpabilidade do autor." (36)

Salientando que "de todos os ramos do ordenamento jurídico, "o Direito Penal é o que mais deve estar em contato com a realidade "e, portanto, o menos compatível com as ficções" (36 bis), o mencionado escritor tece inteligentes considerações sobre a desvalia do crime continuado como unidade jurídica, ponderando que nenhuma razão justifica a sua manutenção, como insistem os ficcionistas, nem em homenagem ao princípio de economia processual (salientado por MAURACH, SAUER, EDUARDO CORREIA e tantos autores) ou da legalidade, relativamente à **res judicata**.

São evidentes as vantagens decorrentes dessa posição.

Com efeito, desde que o Direito Penal moderno é um Direito da culpabilidade, os diversos delitos membros da "continuação" seriam tratados pela regra da acumulação de penas, alcançando-se, assim, a culpabilidade mais intensa de uma criminalidade atual e

35. Apud NELSON HUNGRIA, op. cit. p. 98.

36 bis. Idem, ibidem.

36. bis. Idem, ibidem.

sintomàticamente muito censurável (como por exemplo, os roubos contra estabelecimentos bancários), podendo o juiz, conforme as circunstâncias objetivas do episódio e a culpabilidade do autor, operar a diminuição de pena que atendesse ao interesse social e guardasse proporcionalidade e senso de justiça em relação ao imputado.

Vale insistir que a fórmula não desconheceria a continuidade como acontecimento perfeitamente identificável na vida diária. Apenas transportaria o fenômeno para a órbita do concurso de crimes, facultando ao juiz a imposição de medida adequada em função do autor.

E para temperar com eqüidade a sanção, o juiz poderá descobrir a maior ou menor censurabilidade do agente, através dos seguintes índices: a) Certa relação ou acôrdo entre os sujeitos, criada através da primeira atividade criminosa (como ocorre no adultério); b) Repetição de circunstância oportuna favorável ao cometimento do crime, que já foi aproveitada ou que arrastou o agente para a primeira conduta criminosa (descoberta de uma porta falsa que dá acesso à casa e que se aproveita várias vezes para furtar objetos lá depositados); c) A circunstância da perduração do meio apto para realizar um delito, que se criou ou adquiriu com vista a executar a primeira conduta criminosa (o caso do moedeiro falso que, tendo adquirido ou construído a aparelhagem destinada a fabricar notas, se vê sempre de novo solicitado a utilizá-la); d) A circunstância de o agente, depois de executar a resolução que tomara, verificar que se lhe oferece a possibilidade de alargar o âmbito da sua atividade criminosa (o ladrão que entra num quarto para furtar uma jóia e, verificando depois que lá se encontra dinheiro, o subtrai). (37)

São incontáveis as possibilidades para o reconhecimento de uma culpa mais atenuada em função da menor censurabilidade, critério que deverá inspirar o juiz na solução dos casos concretos.

As circunstâncias objetivas e subjetivas, ligadas à concretude do fato e à culpa do autor, como o tempo, o lugar, o modo de execução, a espécie (rigorosamente idêntica ou não) e outras tantas (como o aproveitamento de situação) se constituiriam no primeiro plano de ajuizamento para a especial minoração da pena e não para o reconhecimento da "continuidade do crime" projeto que, embora derramasse tanta quantidade de tinta através dos séculos, não conseguiu ser erigido em obra que resistisse à força dos ventos soprados pela realidade das coisas como elas são.

37. EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, II, Coimbra, 1965, p. 210.