

Alguns aspectos do crime continuado

NILSON VITAL NAVES

I — *Introdução.*

Não possui êste trabalho a pretensão de inovar o instituto do "delictum continuatum". Embora a matéria, que compõe o arcabouço do crime continuado, ainda persista a desafiar a argúcia dos diversos autores. É uma verdadeira e insolúvel vexata quaestio. Ainda existem novidades que devem ser trazidas à luz. Há pormenores que devem ser esclarecidos. Há contornos que precisam ser melhormente delineados. O laboratório penal necessita descobrir uma fórmula que tenha a perspicácia de descobrir o denominador comum das opiniões, aclarando a matéria e podando-a das discussões bizantinas. Esta tarefa compete aos doutores do Direito Penal. Nós, olvidando a severa advertência de LEONE, ingressaremos nesta "zona di difficile penetrazione",¹ com o escopo de tentar apresentar as diversas opiniões de diferentes autôres nacionais e estrangeiros, ordenando-as e cotejando-as. Ao examinar o conceito perfilhado por nosso Código Penal, recorreremos, quando possível, à jurisprudência adotada por alguns Tribunais. A nossa missão será, portanto, a de sistematização. Afrontaremos "in breve spazio una cosi spinosa questione".²

1. Del reato abituale, continuato e permanente.

2. F. PAOLO FRISOLA — Rivista Italiana di Diritto Penale, 1939, xviiº, 73.

II — *Origem.*

Consoante a opinião corrente, a origem do crime continuado encontra-se entre os práticos italianos. Foi a benignidade dos práticos a autora dêste instituto, com a finalidade de impedir que fôsse irrogada a pena de morte ao ladrão, ao terceiro furto. No entanto, autôres existem que procuram sua origem na doutrina dos glosadores e pos-glosadores.³ CARRARA⁴ afirma que os alicerces desta “doutrina foram lançados pela glosa”. Se os fundamentos se devem aos glosadores, a criação cabe, sem dúvida alguma, aos práticos, que deram a êste instituto o seu devido desenvolvimento, restringindo os vários furtos a um só, evitando a aplicação da pena extrema. A doutrina, apesar desta “origem emocional”, como a quer ANIBAL BRUNO,⁵ ou dêste “movimento sentimental y humanitário”, como a quer SOLER,⁶ desde Prospero Farinácio (1544-1618), o primeiro a dar ao crime continuado a mais completa configuração, trabalhou êste instituto, adaptando-o à realidade jurídica e sistematizando-o de um modo completo.

Esta doutrina encontrou, talvez, a sua primeira disposição legislativa, na Toscana (1795). Mas, foi o célebre Código da Baviera (1813), que promoveu a sua introdução no direito positivo moderno. Êste mérito cabe a FEUERBACH. A partir dêste momento, outros códigos revelaram os contornos do instituto. Todavia, deve-se ao código toscano (1853) a composição da matriz mais perfeita, onde outros códigos foram buscar cópias para suas legislações. Dispunha o artigo 80: “Più violazioni della stessa legge penale commesse in uno stesso contesto di azione, o anche in tempi diversi, com atti

3. EUGENIO CUELLO CALÓN — Derecho Penal, Tomo I, pág. 633. Cita, entre outros, Pillitu e Leone.

4. “A glosa distinguiu quando “furtam est unum” e quando “facta diversa pro uno computantur ratique continuationis” — BALDO, Cons. 48, liv. 3”, in CARRARA, programa de Direito Criminal, I^o, pág. 360, S.P., 1959.

5. D. Penal, I, Tomo II, pág. 296, 1959.

6. SEBASTIAN SÓLER, Derecho Penal Argentino. II, pág. 338, 1951.

esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo delitto continuato; ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i suoi limiti legali".⁷

Esta definição serviu de embasamento para várias legislações que aceitaram, expressamente, esta matéria. Alguns códigos omitiram a definição do crime continuado. Deixaram a cargo da doutrina e da jurisprudência a sua criação e manutenção. Consoante a opinião de JIMENEZ DE ASÚA,⁸ a posição mais correta, a êste respeito, é o silêncio da lei. É preferível a lei permanecer silente à consagração expressa ante os requisitos destoantes da matéria. De fato, as divergências em torno da questão são, sobremaneira, profundas. Não é raro depararmos com atritos na própria jurisprudência. Mas, isto não justifica a omissão da lei. Êste conceito de ASÚA carece de sustentação. É despiciendo. Não é crível que o reconhecimento da matéria fique, tão só, a cargo da jurisprudência, pois, se isto acontecesse, surgiria o problema da aplicação da pena. Qual a pena a ser imposta ao delinquente? Sem solução. Além do mais, o campo criador e livre da jurisprudência, mormente, em matéria penal "tiene un limite insalvable en principios superiores".⁹ Deixando a matéria a cargo da jurisprudência, poder-se-ia repetir aquilo que CARLOS MAXIMILIANO denominou de "jurisprudência sentimental", com citações de casos julgados pelo "bom juiz MAGNAUD".¹⁰ Portanto, é de

7. A. J. DA COSTA E SILVA — Cód. Penal — vol. I, pág. 302, 1943.

8. "Nosotros preferimos el silencio de la ley (como en España), a la fórmula legislativa, con expresión de muy controvertidos requisitos" — *La Ley y el Delito* — pág. 567, 2ª edição.

9. SÓLER, ob. cit., pág. 338.

10. "Hermenêutica e Aplicação do Direito" — pág. 112 —. Discordo do conceito que MAXIMILIANO elaborou a respeito do Juiz Magnaud. Êste juiz não foi um meteoro que passou e não deixou vestígio. Foi um juniz que soube viver o direito, que soube encontrá-lo nos embates diários da vida. Não permitiu que a lei (— manifestação do poder de uma classe) profligasse o Direito; (— princípio de realização da justiça, condicionada pelo fatores sociais).

bom alvitre que a lei defina a matéria. A estabilidade do direito reclama-a. A política criminal exige-a.

O nosso Código de 1830 ignorou o crime continuado. O de 1890 tratou do assunto com manifesta imperfeição. Recebeu, mais tarde, um aprimoramento pela fórmula do art. 39, do Decreto 4780, de 27 de zembro de 1923, que se transformou no § 2º do art. 66, da Consolidação das Leis Penais.¹¹

III — *Caráter jurídico*

O crime continuado é uma unidade fictícia ou é uma unidade real? O legislador finge que houve uma unidade de crime ou, de fato, analisadas as ações do criminoso depara-se, realmente, com a figura do crime continuado? É uma questão de reconhecer que, por exemplo, impondo ao autor de vários pequenos furtos, a pena acumulada, parece uma injustiça, ou que a seja?

A questão é discutível. Vejamo-la.

Segundo o ponto de vista ficcionista, os crimes são considerados como perfeitos e independentes, transformados em crime único, por intermédio de ficção, segundo um critério de

11. *Cod. de 1890 (Decreto 847, de 11/10/890)*. § 2º do art. 66. "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 diversas pessoas, impôr-se-lhe-á no grau máximo a pena de um só dos crimes, com aumento da sexta parte. *Consolidação das Leis Penais*. § 2º do art. 66. "Quando o criminoso tiver de ser punido por dois ou mais crimes da mesma natureza, resultantes de uma só *resolução* contra a mesma ou diversas pessoa, embora cometidos em tempos diferentes, se lhe imporá a pena de um só dos crimes, mas com o aumento da sexta parte. Vários comentaristas do Cód. de 1890, não reconheciam no § 2º, do art. 66 a figura do crime continuado. Condiçionavam a existência dêste ao elemento psicológico, que o § 2º não continha. Ver, por exemplo, GALDINO, quanto à natureza jurídica da infração. Autores de matérias recentes, falando sôbre o Cód. de 1890, teceram-lhe, também, críticas no que tange ao § 2º. Ver ROBERTO LYRA, *Comentários*, pág. 440, 1958; "Código de 1830 não cuidou da continuação, e o de 1890 pretendeu fazê-lo"; ANIBAL BRUNO, *ob. cit.*..

benignidade. A continuidade só existe como pressuposto da lei. Sòmente esta cria a figura do crime continuado. Assim, aquêle que furta continuamente, comete, com cada ação, um furto. Houve pluralidade de crimes. A lei, entretanto, considera-a como crime único. Assim fala MANZINI: "La voluntad del Estado, que impone considerar como um solo delito una pluralidade de delitos, . . . ha dado concientemente una noción en si misma no verdadera (delito único) de um estado de hecho exactamente conocido (pluralidade de delitos); ha creado una ficción jurídica" —. ¹²

Esta teoria se adapta aos primórdios do instituto. A ela se ancoram, sobretudo, os intransigentes objetivistas, que excluem do conceito da matéria o elemento subjetivo, sem o qual, no dizer de ANIBAL BRUNO, "não se pode falar de uma ação naturalisticamente unitária em relação ao resultado total". ¹³

Acolhem êste modo de pensar, entre outros, CARRARA, MAGGIORI, BETTIOL, CUELLO CALÓN. Entre nós, perfilham-no, NELSON HUNGRIA "finge-se uma unidade de crime", ¹⁴ LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, "adota-se a ficção legal do crime continuado. . . ¹⁵ e outros.

Já para os realistas, o crime continuado corresponde a uma maneira sui-generis de delinquir. Tem vida autônoma. Independe de criações fictícias, com o fim de, simplesmente, mitigar a pena. O crime é único, não pode ser fracionado, ainda que vários sejam os lugares e dividido seja o tempo da prática de ações ou emissões, pois o fulcro da questão está na consecução do querer único. As ações são unificadas, em virtude da existência da mesma parte subjetiva (unidade psíquica intelectual e volitiva). Assim, Pedro propõe-se a subtrair, dos cofres de seu patrão, uma determinada quantia

12. Tratado de Derecho Penal, Tomo 3, 1949, pág. 419.

13. Direito Penal, Tomo II, pág. 302, 1959.

14. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, ano I (nova fase), nº 4, 1964, pág. 37.

15. Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das penas.

(querer único, unidade psíquica), através de subtrações parciais (várias ações). Aqui existe uma única consumação, após a subtração de toda quantia pretendida, que se partiu em diversas consumações... "las varias y diversas consumaciones no son más que varias y diversas partes de una consumación".¹⁶ Isto posto, infere-se que o crime continuado equivale-se a uma singular maneira de delinquir, constituindo uma entidade real. O seu conceito não se prende a elocubrações. Desprezível é o uso de subterfúgio para a sua criação. Ele vive por si só. Não se finge a existência de uma coisa que já possui essência e conteúdo. Persistir em afirmar o contrário consiste, e isto sim, em criação de ficção.

A teoria da realidade teve "el acierto de captar la indiscutible unidad del delito continuado a través de un análisis de la realidad de las cosas". Esta teoria "ha vislumbrado certeramente dónde reside la continuidad".¹⁷

Defendem-no, entre outros, SÓLER, IMPALLOMENI, ALIMENA, JIMENEZ DE ASÚA, BASILEU GARCIA, ROBERTO LYRA.

IV — Teorias

O crime continuado, como os demais institutos do Direito, possui os seus pressupostos e elementos. Alicerçados por êstes, constrói-se o conceito e a definição do instituto. Entretanto, e o que principalmente acontece, dado o caráter especulativo da matéria, não há unidade de definição e de conceito. Uns, dentro de uma escala de valôres, opinam pela preponderância de um elemento. Outros, propõem a exclusão de um pressuposto. Daí o acentuar-se da divergência. Êste destoar de opiniões engendrou duas teorias: a *objetiva pura* e a *objetivo-subjetiva* ou mista. Em tórno destas teorias, os penalistas procuram erigir um conceito perfeito do crime continuado. Até agora, as tentativas falharam. A questão continua sendo, para

16. ALIMENA, citado por PEDRO ERNESTO CORREA, in "El Delito Continuado".

17. PEDRO ERNESTO CORREA, "El Delito Continuado", pág. 154, 5.

usarmos as palavras da “Exposição de motivos”, que antecede o Código Penal, “uma verdadeira cruz para os criminalistas”. Vejamo-las.

a) — *Teoria objetivo-subjetiva ou mista*

Defendida pelos italianos e francêses.

Esta teoria requer, para configurar o *delictum continuatum*, além de elementos de ordem objetiva, um de natureza subjetiva. O Código Zanardelli (italiano) falava em “medesima risoluzione criminosa”. Já o Cód. Rocco mudou esta expressão para “medesimo disegno criminoso”: GOGLILO, equiparando resolução a determinação, assim se expressa “per determinazione única intendo la risoluzione presa contemporaneamente di commettere più violazioni della stessa legge penale, determinate nella loro obbiettività, e cioè determinate nei riguardi del soggetto passivo dell’oggetto e del modo di delinquere.”¹⁸ Comentando a expressão “mesma resolução criminosa”, afirma SÓLER¹⁹ que não se deve confundi-la com “identidade de resoluções”, pois esta supõe uma série de resoluções da mesma natureza, que, embora, havendo entre elas solução de continuidade, elementos existem em cada crime que o torna imputável de forma autônoma. O autor não define a expressão “medesima risoluzione criminosa”, limitando-se a dizer que o elemento psicológico se reduz à expressão de PESSINA “unica coscienza di reato”. Por outro lado, Rocco explicando o que seja “medesimo disegno criminoso” afirma que se trata de ideação (= elemento intelectual); ao passo que resolução identifica-se com o elemento deliberativo, volitivo. Explica-se: “... en el delito continuado, lo que permanece verdaderamente persistente es la ideación, no la resolución con que es traducida a acto; que es el elemento intelectual, y no el deliberativo, lo que rige la actitud criminosa. Si los hechos de continuidad constituyen otras tantas acciones distintas, es decir, si son otras tantas manifestaciones distintas de actividad, está de

18. Diritto Penale — vol. I, parte 3, pág. 1390, 1889.

19. Ob. cit., pág. 346.

acuerdo con los resultados de la psicología el creer que cada una de las acciones, cada proceso ejecutivo, están regidos por sendas resoluciones y voliciones correlativas, de modo que no puede hablarse de una resolución única que presida todas las diversas acciones".²⁰

Fixar o verdadeiro conceito de "desígnio criminoso" é tarefa assaz difícil. Psicologicamente, desígnio, fala MAGGIORE, "es un conjunto armónico de ideas, pensado y expresado em vista de um fim, y por lo mismo, obediente a una dirección de la voluntad". Por outro lado, não se pode limitar o significado de "desígnio" a um simples "desejo", nem exaurir o seu sentido a um "quid intellectivum". Em síntese, diz o autor, "cuando la ley habla de designio criminoso idéntico, quire decir que las diversas acciones y omisiones deben estar unificadas por un mismo pensamiento, dirigido a alcanzar un fin com medios determinados".²¹

A palavra "desígnio" não se confunde com dolo, fim, premeditação, etc.. Não se pode enlear estas expressões.

A Corte de Cassação italiana assim definiu a "mesmo desígnio criminoso": "única ideação concreta nos fins ou nos meios, cuja execução ou desenvolvimento estão representados nos vários atos que a concretizam".²²

Isto posto, deduz-se que o "mesmo desígnio criminoso" equivale-se a um projeto criminoso. O autor, ideando o crime ou pensando-o, elabora um "projeto criminoso". Esta era a fórmula usada pelo antigo código italiano (1889). Trata-se, conforme MANZINI,²³ de um "proyecto de acción o de omision, firme, determinado y concreto, que no resulta solamente de la coordinación de una serie de ideas sustanciales, sino que presupone además la elección de los medios para conseguir un

20. Relazione al Re, I, 134, in MAGGIORE, Derecho Penal, vol. I, pág. 178/9.

21. MAGGIORE, ob. cit., pág. 181.

22. Cas. 17/2/1937, idem.

23. Trat. de Drecho Penal, III, pág. 436, 1949.

determinado fin y el previo conocimiento de las condiciones objetivas y subjetivas en las cuales se desarrollará la actividad delictuosa". O projeto criminoso, portanto, pressupõe a escolha de meios visando a consecução de um predeterminado fim, dentro de condições objetivas e subjetivas.

Para determinar o elemento subjetivo do crime continuado, qual a expressão a ser usada: projeto, resolução, desígnio? A resolução não se refere ao pensamento. Êste é que antecede à manifestação da vontade. A resolução é o elemento subjetivo que manifesta a vontade em ato. Ê, elemento volitivo. Ora, a vontade criminosa, se traduz através de elemento intelectual. Êste se equivale a desígnio. Por outro lado, desígnio possui um significado superior ao da palavra "projeto", pois "implica la representacion de un fin y un ordenamiento meditado de medios, es decir, un plan detallado del modo como se desarrollará la actividad delictuosa".²⁴ CARRARA²⁵ possuía preferência pela fórmula "unicidade de desígnio", que êle reputava de maior aplicabilidade prática do que outras fórmulas. Ao que tudo parece, a doutrina vem indicando, e os códigos modernos, de tendência subjetivista, têm adotado, para definir a parte subjetiva de crime continuado, a expressão "mesmo desígnio criminoso". Esta preferência encontra embasamento no Código italiano. Êste é o modelo usado.

b) *Teoria objetiva.*

Sustentada, em parte, pelos alemães.

Deduz-se o conceito de crime continuado dos elementos objetivos. A matéria a ser trabalhada, visando atingir um conceito desta espécie de crime, é de ordem objetiva. A matéria subjetiva não fornece subsídio nenhum. Como critério objetivo, aponta-se a homogeneidade de execução, a unicidade de bem jurídico e as conexões: temporal, espacial. Com êstes elementos identifica-se o crime continuado, tornando-se supér-

24. MAGGIORE, ob. cit., pág. 180.

25. Ob. cit., pág. 374, 1956.

flua a indagação do elemento subjetivo. A homogeneidade é a concatenação dos elementos objetivos da atividade criminosa. O bem jurídico lesado, através das várias ações ou omissões, deve ser idêntico, caso seja de origem personalíssima. O tempo e o lugar da prática das ações ou omissões, completam o quadro necessário para a identificação.

EDMUND MEZGER²⁶ é, talvez, o principal defensor desta teoria. “Este ponto de vista objetivo puro es, en realidad, el único correcto”. Para êle, o elemento subjetivo não passa de uma simples ficção. Desenvolvendo o seu fértil pensamento, rechaça a posição assumida pela Tribunal de seu país, o Tribunal do Reich (Reichsgericht) que, ao configurar o *delictum continuatum*, utiliza-se do caráter unitário do dolo. Conforme MEZGER, o dolo, neste caso, seria motivo de agravar e não de atenuar a pena. MEZGER, em obras posteriores, cedeu terreno à teoria subjetiva, concordando com a pesquisa do elemento subjetivo (*Sirafrecht, ein Studienbuch*).²⁷ Outros autores alemães, antigos protetores da teoria objetiva pura, hoje, perfilham a teoria mista. Seguem, simplesmente, a orientação do Reichsgericht. Entre êstes, GUILLERMO SAUER²⁸ “una continuidad de voluntad”.

JIMENEZ DE ASÚA²⁹ figura na relação dos defensores da teoria objetiva pura — “La fórmula que nos parece más correcta es la de unidad de ocasión e identidad de motivo”. Ilustra seu ponto de vista com alguns exemplos, os quais, não deixando de serem interessantes, pecam pela falta de convencimento, pois o autor se esquece de que, adotando a fórmula objetivo-subjetiva, o juiz, ao amoldar as disposições da lei ao caso concreto, não estará excluído de aplicar as mesmas disposições, caso falte o elemento subjetivo.

26. Tratado de Derecho Penal, Tomo II, pág. 357, 1949.

27. Conforme artigo de HELENO C. FRAGOSO, in Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal, nº 3/63, pág. 28.

28. Derecho Penal, pág. 347, 1956.

29. Ob. cit., pág. 570.

V — *O crime continuado no nosso Direito.*

A Consolidação das Leis Penais, artigo 66, § 2º¹¹ adotou a teoria mista: “resultantes de uma só resolução”. O Projeto Alcântara Machado manteve a teoria mista, falando em “mesmo desígnio criminoso”.³⁰ Reparem que, na formação de nosso direito positivo, estávamos na linha traçada pelos juristas italianos. Antes, usamos “resolução” (Cód. Zanardelli — art. 79), agora, iríamos optar por “desígnio” (Cód. Rocco — art. 81). Entretanto, a Comissão Revisora adotou outra linha. Coube ao então Ministro A. J. DA COSTA E SILVA promover a defesa da teoria objetiva pura, fazendo-a com feliz maestria. Traçou, preliminarmente, as linhas mestras das teorias, dando especial evidência à posição dos diversos penalistas. Criticou a posição italiana e, por fim, indagava “A ideação ... Que se pretende exprimir com essa desusada palavra? Ela significa — dizem os dicionários — o ato de formar a idéia, a formação desta. Em acepção figurada, pode ser equivalente a plano. Mas, porventura o delito continuado exige uma ideação especial, extensiva aos diversos crimes? A verdadeira definição do crime continuado deve orientar-se pela teoria objetiva”. Este pensamento foi acatado pela Comissão Revisora que, no dizer de NELSON HÚNGRIA “não fêz mais do que ceder à irrepreensibilidade de sua lógica e à evidência de seu acêrto”.³¹ Assim, o § 2º, do art. 51, do atual Código Penal, enfeixa, em suas linhas, o pensamento dos objetivistas. Depreza o elemento psicológico por considerá-lo “puramente fictício ou convencional”. Aceitar êste elemento, conforme HUNGRIA, “seria restringir de tal modo a identificação do crime continuado, que se tornaria quase praticamente inútil a sua permanência no

30. Art. 59 (depois art. 48), do Projeto Alcântara Machado: “Quando, na execução do mesmo *desígnio criminoso*, o agente praticar, numa só ocasião ou em ocasiões diversas, várias infrações da mesma natureza, aplicar-se-á, aumentada de um a dois terços, a pena cominada para a mais grave das infrações cometidas”.

31. Comentários, vol I, Tomo II, pág. 47 — rodapé — 1958. Outras citações, inclusive a de BETTIOL.

sistema jurídico-penal". Além disto, qual seria o elemento psicológico a ser aceito? Não há identidade de expressão, entre os penalistas adeptos da teoria objetivo-subjetiva, que traduza o elemento psicológico. Esta desinteligência, quanto à conceituação ou quanto à existência de exata expressão que exteriorize o momento subjetivo, é assaz criticada por aqueles que perfilham a teoria objetiva pura. HUNGRIA denomina esta controvérsia de "atestado da inconsistência da teoria objetivo-subjetiva". Não comungamos o pensamento dêste mestre. A existência de várias expressões, traduzindo o mesmo ponto, não é um atestado de inconsistência. É, simplesmente, uma questão de sinonímia. As palavras variam de autor para autor. Várias pessoas descrevem uma mesma situação, usando termos diversos, mas, por isso, as descrições deixam de corresponder com a dada situação. Podemos definir o belo de um objeto, usando os vários sinônimos existentes. O mesmo acontece com o crime continuado. Expressões diversas são empregadas como sinônimos, conceituando o momento subjetivo ou seja, consoante BETTIOL "a execução de determinado programa ou plano de ação". Além do mais, como já demonstramos, a moderna tendência é usar a palavra "desígnio", para revelar o quid psicológico.

Consoante, o § 2º, do art. 51, o conhecimento de crime continuado é efeito com os elementos objetivos: várias ações ou omissões; dois ou mais crimes da mesma espécie: vínculo de continuação, estabelecido pelas condições de tempo, lugar e maneira de execução e outras semelhantes.

Ao que tudo parece, o Código de 1940,, aceitando a teoria objetiva, não seguiu as melhores pegadas. Os nossos doutrinadores manifestam-se, em sua maioria, contra esta teoria. Poucos são os que aceitam a teoria esposada pelo Código Penal vigente. ROBERTO LYRA,³² que figurou entre os membros que se encarregaram da revisão do Código Penal, manifesta-se, integralmente, pró teoria mista. O ilustre positivista brasileiro

32. Comentários, vol II, pág. 438, 1958.

alega que o Código segue "orientação profundamente subjetivista" mesmo no caso do êrro (art. 17), não havendo, assim, motivo para perfilhar a teoria objetiva quanto ao crime continuado. O Direito Penal é de tendência subjetivista. O crime não pode se prender, sòmente, à parte material. Um código penal não pode prescindir do lado subjetivo. O juiz, ao percorrer as "pegadas da continuação", fala LYRA, deverá, queira ou não, recorrer à unidade (parte subjetiva) posta por um homem, em sua trajetória. MAGALHÃES NORONHA³³ filia-se, também, à corrente subjetivista, afirmando que se torna difícil distinguir o crime continuado do concurso material se desprezarmos "o elemento subjetivo do desígnio". De fato, pois a conexão temporal apresenta-se tanto numa como noutra espécie de crime (a hipótese, aqui, refere-se a crimes da mesma espécie ou a crimes "idênticos"). O divisor de águas só poderá ser o elemento subjetivo.

BASILEU GARCIA³⁴ é outro sequaz da teoria mista. Revela, nas páginas de suas "Instituições", a insuficiência, a incerteza das condições de "tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes" para individualizarem o crime continuado. A pesquisa, sòmente destas condições, não formará o convencimento do Juiz. A dúvida permanecerá.

Afigure-se, a título exemplificativo, o seguinte caso: o indivíduo A furta, no dia X, no lugar Y, a quantia Z; o mesmo indivíduo no dia B, no lugar Y, furta a quantia 2Z; repete-se, por outras vêzes, o mesmo delito, mudando-se de lugar e data de execução do crime. Pergunta-se: o indivíduo A violou o artigo 51 — concurso material — ou o § 2º, do art. 51 — crime continuado — ? O observador, por mais atento que seja, fica na dúvida quanto à resposta. O juiz, ao capitular tais crimes, só terá uma solução: indagar sòbre o elemento subjetivo. O único elemento capaz de estremar o art. 51 do seu § 2º. Fala BASILEU que o "juiz pesquisará a unicidade de resolução criminosa, a que o nôvo Código julgou alhear-se, mas

33. Dir. Penal, 1º vol., pág. 344, 1959.

34. Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo II, 4ª edição, pág. 513.

que é, na desconcertante versatilidade dos elementos materiais de informação, a verdadeira bússola para escolha do rumo acertado". É o elemento subjetivo que imprime ao crime continuado uma face própria, que o torna inconfundível com o concurso material.

ANIBAL BRUNO³⁵ vem engrossar a fileira dos adeptos da teoria mista. Alegando que as suas considerações "são meramente doutrinárias", uma vez que o nosso Direito positivo adotou a teoria objetiva pura, tece elogios à teoria mista, dizendo que é a "unidade de elemento psíquico" a encarregada de caracterizar o crime continuado.

SALGADO MARTINS³⁶ perfilha a teoria subjetiva. Segundo seus ensinamentos, o elemento subjetivo é traço único que justifica a "aplicação da regra penal atinente ao crime continuado".

Além destas posições, de ordem doutrinária, a jurisprudência demonstra a necessidade de pesquisar a parte subjetiva para identificação do crime continuado. A êste respeito as decisões se multiplicam:

- 1 — "Há crime continuado, quando, mediante unidade de resolução..." (Rev. Forense, vol. Iir, pág. 596, T. J. M. Gerais).
- 2 — "Na prática de furtos verificados no mesmo mês, com unidade de dolo, de resolução e de desígnio, há crime continuado". (Rev. Forense, vol. 120, pág. 267, T. J. M. Gerais).
- 3 — "Imprimindo unidade aos fatos criminosos". (Rev. Forense, vol. 172, pág. 489, T. J. M. Gerais).
- 4 — "Não se pode dizer que haja continuação se o agente não procedeu com um só desígnio criminoso, com uma só resolução ou uma só ideação". (Rev. Forense, vol. 175, pág. 355, T. J. São Paulo).

35. Dir. Penal, 1º vol. Tomo II, pág. 296 e segs., 1959.

36. Sistema de Dir. Penal Brasileiro, pág. 252, 1957.

- 5 — “Sem a unidade de intenção, que informa a ação do agente, não há lugar para a continuação delitiva”. (Rev. Forense, vol. 186, pág. 363, T. J. M. Gerais).
- 6 — “Sem o pressuposto da unidade de ideação no desdobramento de tôdas as ações delituosas, não se configura o crime continuado”. (Rev. Jurisprudência Mineira, 1964, pág. 206, T. J. M. Gerais).
- 7 — “Sòmente há crime continuado, quando os vários ilícitos são produtos de um único processo volitivo”. “Rev. dos Tribunais, nº 327, pág. 430, T. J. São Paulo).
- 8 — “Com atos múltiplos, o desígnio do réu era um só. A sua vontade só tinha uma direção”. (Rev. dos Tribunais, nº 341, pág. 129, T. J. São Paulo). etc.

(Note-se que os Tribunais não possuem singular conceito do elemento subjetivo. Empregam os vários conceitos como sinônimos. Igualam: unidade de resolução, dolo, desígnio, ideação, intenção único processo volitivo. A sinonímia é irrelevante. É relevante a impossibilidade de desprezar o elemento subjetivo).

Contra tôdas estas posições e tôda copiosa jurisprudência existente, que servem como atestado irrefutável da inconsistência da teoria objetiva pura em fornecer os contornos do crime continuado, o “Anteprojeto do Código Penal”, de autoria do eminente professor NELSON HUNGRIA, que, muito breve, será levado a percorrer os trâmites normais do Congresso Nacional, mantém, em seu art. 62, a mesma teoria esposada pelo § 2º, do art. 51, do atual Código Penal.

O professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO³⁷ criticou, em artigo recente, a posição assumida pelo “Anteprojeto”, argumentando que a teoria puramente objetiva encontra-se, hoje, totalmente, desacreditada, sem embargo de seu prestígio ainda persistir entre alguns autores alemães.

37. Rev. Bras. de Criminologia e Dir. Penal, nº 3, pág. 27.

VI — *Pluralidade de sujeitos passivos.*

É uma questão assaz controvertida. A sua elucidação ainda não foi integralmente realizada. Várias são as opiniões, soluções diversas são propostas. Contudo, o denominador comum persiste em permanecer desconhecido.

A questão comporta um desdobramento. Perguntar-se-ia, em primeiro lugar, sobre a admissibilidade de haver crime continuado quando, vários os sujeitos passivos, sendo lesados direitos personalíssimos, como a vida, a honra, a liberdade e, por outro lado, sobre a possibilidade de continuação, sendo feridos direitos outros, como os patrimoniais. Quanto a êstes a resposta é pacífica. A continuação é possível. Não há o que discutir. O indivíduo A pode cometer um delito continuado contra o patrimônio de B, C, D, sem embargo da opinião radical de LUCCHINI³⁸ que condicionou a existência do crime continuado, em qualquer hipótese, à unicidade de sujeito passivo. Quanto à lesão a direitos personalíssimos, a resposta envolve um exame mais profundo.

Consoante SÓLER³⁹ tôda pessoa possui a autonomia absoluta em relação a certos bens. Esta autonomia é insusceptível de comunicação com a de outra pessoa. O sujeito ativo do crime, ao ferir esta autonomia, possui uma representação (elemento subjetivo) e precisará de outra, caso persista em sua ação criminosa. É impossível conceber que, somente com uma resolução, o delinquente mate ou fira a integridade física ou difame várias pessoas.

Êste penalista argentino traz para o debate as opiniões de IMPALLOMENI e ALIMENA que são quase idênticas a sua. Conclui "cuando el delito (continuado) se dirige contra los bienes que sólo en la persona de su titular pueden violarse, la diversidad de sujetos pasivos entraña diversidad de resoluciones, que rompen la continuación, salvo alguna rarísima excepción...". Não deixou de considerar a possibilidade de alguma exceção.

38. In SÓLER, ob. cit., pág. 354.

39. Ob. cit., pág. 354.

Outro penalista argentino, PEDRO ERNESTO CORREA, autor de uma monografia sobre "El delito continuado", não aceita o crime continuado contra direitos inerentes a personalidade — "es muy difícil o imposible concebir la continuidad si la persona pasiva del delito varía o puede variar (derechos inherentes a la personalidad) .

CALON,⁴⁰ penalista espanhol, tem a admissão da continuação, neste caso, como um sentimento de injustiça. ASÚA, em "La Ley y el delito", identifica o seu pensamento a êste.

FEDERICO PUIG PEÑA⁴¹ entende que a continuação da figurada continuação foi elaborada, tendo em vista os atentados contra "la propiedad ajena". Daí, a conclusão lógica: admitem-se a continuação nos crimes patrimoniais; é inadmissível nos crimes contra a vida e a integridade corporal. Êste também é o pensamento da jurisprudência, em Espanha, que considera os vários delitos, contra a vida de diversas pessoas, como independentes.

Conforme VON LISZT,⁴² há a continuação quando o bem jurídico lesado e a sua pessoa são separáveis. Como a vida, a honra são inseparáveis da pessoa, conclui-se que é possível a continuação, quando há pluralidade de sujeitos passivos, somente quando o bem jurídico é destacável da pessoa, como, *verbi gratia*, nos crimes patrimoniais.

MEZGER, falando em bens jurídicos "eminentemente personales" recusa a aceitar a continuação contra êstes bens, a não ser que haja unicidade de sujeito passivo. A fim de corroborar o seu ponto de vista, cita algumas decisões do Reichsgericht, esposando a sua tese. Deve-se ressaltar, contudo, a que a jurisprudência alemã, a êste respeito, oscila até por demais. Ora, abraça a tese de MEZGER e outros, ora perfilha a de SAUER e outros. O próprio MEZGER não parece tão convicto com o seu pensamento, pois, defendendo como razão de ser do crime continuado, a possibilidade que êle oferece ao juiz de aplicar

40. Ob. cit., pág. 634.

41. Derecho Penal, Tomo II, pág. 285, 1955.

42. Tratado de Dir. Penal Alemão, Tomo, I, pág. 383.

uma pena mais benigna, em certas situações esta possibilidade não aconteceria, em virtude de não se admitir a continuação com certos tipos de crimes, senão com unidade de pessoa ofendida. É o caso, exemplificando, do crime de injúria. Não aceitar a continuação nesta espécie de crime, seria transformar o caráter benigno do instituto em caráter de agravar, em excesso, a pena. O autor aceitando como pressuposto do crime continuado, a benignidade, não poderá defender, da formação arraigada, o seu modo de pensar, quanto a pluralidade de sujeito passivo.

Outros autôres, toleram a continuação. Entre os alemães, SAUER,⁴³ tecendo críticas a vacilação da jurisprudência de seu país, afirma, peremptoriamente, que a continuação "es posible em el homicidio, lesiones, atentado a la libertad, injurias y deshonestidad".

Os maiores defensores da continuação, com pluralidade de sujeitos passivos, sendo lesados direitos personalíssimos, são os italianos. Neste esteira, temos GOGLIOLO⁴⁴ "a costituire il reato continuato non sia necessario nè la identità del soggetto passivo nè la identità della persona offesa". Entretanto, êste autor deixa transparecer, nas entrelinhas de sua volumosa obra, que a questão deve ser entregue ao prudente arbitrio do juiz. MANZINI⁴⁵ aceita a continuação em alguns casos e repele-a em outros. Aceita-a quando o marido mata simultaneamente, com ações distintas, os adúlteros apanhados em flagrante. Repele-a, quando alguém comete violência carnal sobre pessoas diversas. Em sumo, tudo indica que o autor prefere entregar a solução das questões em bom senso do juiz. Deve-se dizer que a lei italiana não existe, expressamente, a unidade de sujeito passivo a fim de se configurar a continuação. Daí, a posição dúbia de MANZINI, acolhendo ou afastando a continuação, consoante o senso moral.

43. Ob. cit., pág. 349, — EE —

44. Diritto Penale, vol I, parte 3, pág. 1397, 1889).

45. Ob. cit., pág. 439.

LUIGI PILLITU,^{45a} em sua obra "Il Reato Continuato", atesta que "o crime continuado, em linhas gerais, pode sempre encontrar-se, tanto nos delitos contra a pessoa, seja com unidade de sujeito passivo, seja com pluralidade de sujeitos passivos". PILLITU, em defesa de sua tese, cita o seguinte exemplo, fornecido por CRIVELLARI: "um malvado com o intento de fazer o mais atroz insulto a um seu inimigo, resolve "estuprar duas filhas dêle, e o consegue".

DOMENICO PISAPIA, 45 in "Reato Continuato" é de opinião que, uma vez subsistindo o mesmo desígnio criminoso, é de reconhecer, na espécie, a continuação nos delitos contra a pessoa. PISAPIA condiciona, assim, a aceitabilidade da continuação à existência do elemento subjetivo. Como a doutrina e a jurisprudência têm demonstrado a insuficiência dos elementos objetivos na conceituação do crime continuado, deduz-se pela procedência da tese.

Entre os autores nacionais, NELSON HUNGRIA exige, nos crimes contra a pessoa, unidade de vítima, tendo por "absurdo" aceitar o contrário. A. J. DA COSTA E SILVA requer esta unidade quando se trata de "bens jurídicos personalíssimos". BASILEU GARCIA, "a mudança de vítima implica em mudança de resolução criminosa", inadmissível a continuação. MAGALHÃES NORONHA com o mesmo pensamento. Mas, comete um pequeno engano, ao dizer que esta é, em regra, a opinião de nossos Tribunais. Parece-me que não é tanto assim.

Já com outro pensamento, temos o nosso ilustre prof. LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELLO, refutando a tese de HUNGRIA e demonstrando que a vida é muito mais rica que a casuística dos códigos. ANIBAL BRUNO, citando exemplo de ANTOLISEI do indivíduo que, obedecendo a plano preciso, mata, por idêntico motivo, vários membros de uma mesma família, aceita a pluralidade de sujeitos passivos "quanto a agressão a bens personalíssimos". Neste entender, a exposição do Desembargador MARTINS DE Oliveira (T.J.M.G.), relatando a apelação criminal N^o 10.948, de 21/10/55, é uma verdadeira lição. Inicia

45A. In BENTO DE FARIA, Cód. Penal Brasileiro.

o Desembargador expondo que a pluridade de sùjeitos passivos, no caso ora em exame, não é um absurdo jurídico, pois copiosa jurisprudência tem-na admitido. Além disto, a omissão do Código é um exemplo de que o legislador aceitou a tese ora focalizada. BENTO DE FARIA, em seu "Código Penal Brasileiro Comentado", deixa surgir, nas entrelinhas dos exemplos citados, a sua adesão a esta tese. FREDERICO MARQUES,⁴⁶ adere a tese de que é irrelevante a diversidade de sujeito passivo, deixando claro que não cabe ao intérprete fazer uma distinção, não feita pelo legislador. ROBERTO LYRA é de opinião que o Código não tem como requisito a unicidade de sujeito passivo.

Fora a posição doutrinária, a jurisprudência de nossos Tribunais, não no todo, na maior parte, tem declinado para a posição de aceitabilidade de continuação, quando várias pessoas são lesadas em sua essência física ou moral:

- 1 — "É possível a continuação de crimes em matéria de bens eminentemente pessoais" — T. J. S. Paulo — Rev. dos Tribunais, nº 327, pág. 122. — A decisão é sobre "crimes contra os costumes".
- 2 — "Nos crimes contra a pessoa, independentemente da unidade do sujeito passivo, é viável o reconhecimento de vínculo de continuidade a unguir atos materiais de execução". T. de Alcada de São Paulo — Rev. dos Tribunais, 329/499. — Decisão sobre lesões corporais.
- 3 — "É possível a contiuidade de crimes em se tratando de bens jurídicos eminentemente pessoais". Não há que distinguir onde a lei não distingue". — T. J. S. Paulo — Rev. dos Tribunais, 330/213. Decisão sobre homicídio qualificado.
- 4 — "É possível a continuação em crimes da mesma espécie que atinjam sujeitos passivos diversos, mesmo quando o fato delituoso viole bem jurídico emi-

46. Curso de Direito Penal, II.

nementemente pessoal". — T. de Alçada de S. Paulo — Rev. dos Tribunais, 336/307. Decisão sôbre lesões corporais.

- 5 — "O fato de se tratar de crimes contra a pessoa, não não impede o reconhecimento da forma continuada da infração". T. de Alçada de S. Paulo — Rev. dos Tribunais, 340/279. Decisão sôbre lesões corporais.
- 6 — "É possível a continuação nos crimes contra a vida". — T. J. de Minas Gerais, apelação nº 10.948.
- 7 — "É admissível a continuidade mesmo se tratando de bens personalíssimos, como é a integridade moral" — T. J. S. Paulo — Rev. dos Tribunais nº 347, pág. 66. Decisão sôbre atentado ao pudor.

Pode parecer, sendo inegável admitir o contrário, que aceitar a continuação da morte de A em B seja um absurdo jurídico, que contraria todo senso de moral e de justiça. Mas, sendo impossível vislumbrar a condição humana dentro de esquemas rígidos ou de condições adrede preparadas, dada a riqueza e a diversificação de infortúnios⁴⁷ que a vida nos oferece, casos há, em que não perfilhar a espécie da continuação, seria arredar a aplicação da justiça, que informa ou deve informar tôda sistemática jurídica. Cite-se, a título ilustrativo, o caso do marido que detona o revólver contra a espôsa e o co-réu, apanhados em flagrante adultério. Caso típico de continuação. Há o mesmo desígnio criminoso.

Afastar a continuação com certos tipos de crimes e aceitar com outros, faz do instituto uma gritante injustiça. Aceitar que possa ocorrer crime continuado com o ilícito penal do § 3º, do art. 157 (latrocínio), pois trata-se de crime contra o patrimônio, e negar a continuação com os crimes contra a honra,

47. "O infortúnio da terra é multiforme. Arqueando-se sôbre o vasto horizonte como o arco-iris, suas côres são como as dêste, variadas, distintas e, contudo, intimamente misturadas. Arqueando-se sôbre o vasto horizonte como o arco-iris"! — EDGAR A. POE.

sendo o primeiro muito mais grave do que os segundos, é desvirtuar, por completo, o sentido do § 2º, do art. 51. Chegar-se-ia ao absurdo de um criminoso inveterado, que cometeu dois crimes de latrocínio, sendo o subsequente havido como continuação do anterior, ser condenado a uma pena inferior a de um indivíduo que, com um pequeno artigo, publicado pela imprensa, caluniou uma vintena de indivíduos.

VII — *Conclusões.*

1 — O crime continuado é uma unidade real, pois tem existência própria, como os demais ilícitos penais.

2 — Na formação do conceito do crime continuado, deve-se usar a teoria *objetivo-subjetiva*, pois, como ficou demonstrado, a teoria objetiva pura falha em fornecer os elementos necessários para caracterizar a continuação.

3 — A admissão da continuidade, com várias pessoas ofendidas, tratando-se de crimes lesivos a bens jurídicos inerentes à pessoa, deve ser entregue ao arbítrio do juiz. Não aceitam a continuação, nesta hipótese, com certos tipos de crimes ou em certas condições, seria desnaturar a finalidade do instituto.

VIII — *Sugestões:*

1 — que se modifique a redação do artigo 62, do “Anteprojeto de Código Penal”, do ilustre professor NELSON HUNGRIA, adaptando-a à teoria objetivo-subjetiva.

2 — Que se extinga o parágrafo único, no art. 62, do “Anteprojeto”, ou lhe dê melhor redação.

BIBLIOGRAFIA:

1. A. POE, Edgard — *Ficção Completa, Poesia e Ensaio* — 1965 — B.A.U.
2. ASÚA, Luiz Jiménez de — *La Ley y el Delito* — 2ª edição.
3. BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado — *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas* — 4ª edição.

4. BRUNO, ANIBAL — *Direito Penal* — Tomo II, 1959.
5. CALLON, Eugênio Cuello — *Derecho Penal* — Tomo I, — 1956, Barcelona.
- 6 — CARRARA, Francisco — *Programa de Direito Criminal* — S. Paulo, 1956.
8. COSTA E SILVA, A. J. da — *Código Penal* — I — 1943.
9. FARIA, Bento de — *Código Penal Brasileiro* — vol. III, 1961.
10. FRAGOSO, Heleno Cláudio — *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* — nº 3, nova fase.
11. GARCIA, Basileu — *Instituições de Direito Penal* — vol. I, Tomo II, 4ª edição.
12. MAGGIORE, Giuseppe — *Derecho Penal*, vol. I, Bogotá.
13. HUNGRIA, Nelson — *Comentários ao Código Penal* — vol. I, Tomo II, 1958.
14. LYRA, Roberto — *Comentários ao Código Penal* — vol. II, 1958.
15. MARTINS, Salgado — *Sistema de Direito Penal Brasileiro*. — 1957.
16. MANZINI, Vincenzo — *Tratado de Derecho Penal* — Tomo nº 3, Buenos Aires — 1949.
17. MAXIMILIANO, Carlos — *Hermenêutica e Aplicação do Direito* — 7ª edição.
18. MEZGER, Edmund — *Tratado de Derecho Penal*, — Tomo II — Madrid.
19. NORONHA, Magalhães — *Direito Penal* — 1º vol. — 1959.
20. PEÑA, Guillermo Puig — *Derecho Penal*, T. 2º, Madrid, 1955.
21. SAUER, Guillermo — *Tratado de Derecho Penal*, — Barcelona, 1956.
22. SIQUEIRA, Galdino — *Direito Penal Brasileiro* — Parte Geral.
23. SÓLER, Sebastião — *Derecho Penal Argentino* — ||, Buenos Aires — 1951.
24. VON LIZT, Franz — *Tratado de Direito Penal Alemão*, Tomo I.
25. COGLIOLO, Pietro — *Diritto Penale* — vol. Iº, parte 3, Milano, 1889.

Revistas:

Revista Italiana de Diritto Penale.

Revista Forense.

Revista dos Tribunais.

Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal.