

CONCURSO DE CRIMES

Odin Indiano do Brasil Americano

1 — O Concurso de crimes tem sido objeto de incertezas e vacilações nas reformas penais dos vários países.

Entre nós, o projeto Nelson Hungria realizou profundas modificações a respeito da matéria.

O projeto atual foi menos inovador.

As considerações que oferecemos resultam de meditações demoradas a respeito, em consonância com as novas concepções acerca da pena, o que vem preocupando a doutrina moderna.

Se é pouca a oferenda que faço, muito grande, para mim representa, pois significa longo tempo de aprendizado da nossa amada disciplina.

2 — Quando acontece a morte de alguém, morte violenta de um homem causada por outrem, a reação dos presentes é quase sempre a mesma: o morto é exaltado e lamentado. O fato é considerado bárbaro e o causador do evento julgado merecedor das mais graves punições. Nesse momento, a pena de morte é proferida pelos "juizes" do momento.

Tudo isso reflete os sentimentos de horror que o crime causa e mostra como a retorcção ainda permanece viva no meio social.

Passado o *clímax* do crime, o sentimento de justiça retorna. A necessidade de dar a cada um o que é seu volta de novo. A procura dos motivos do autor do fato é reclamada. A sentença dos primeiros juizes humaniza-se. Tudo é natural, pois o sentimento de reclamo da pena é imperioso. O direito lesado considera-se valor sem medida correspondente. Só a calma

é capaz de valorar, por igual, o bem do ofensor. Isso mostra e evidencia que a pena é a manifestação consciente e subconsciente de revolta contra o causador do crime, de quem não agiu de conformidade com os preceitos impostos pelo ordenamento jurídico.

As idéias de *prevenção* ou de *retribuição* são o resultado de *explicação* e *justificação* dadas pelos filósofos do direito penal, mais tarde. Essa justificação e explicação fazem parte da lógica com que os juristas procuraram cercar o direito penal. É a explicação dada para justificar o princípio da legalidade, por exemplo, hoje reconhecido passível de excessões.

A pena nas suas raízes, reduzia-se à de morte, de que as Ordenações do Reino são claro exemplo. Mais tarde, além da morte física, a morte moral, a escravidão, as galeras. A escala de gravidade das penas, bem como a restrição da liberdade foi obra do iluminismo.

Na atualidade, parece estar em crise o princípio retributivo da pena. A Nova Defesa Social, cuja aceitação no campo do direito penal é inegável, vem demonstrar que muito mais valiosas são as medidas objetivas e realizáveis que o doutrinário lógico, abstrato e utópico, como imaginaram os clássicos ao fixarem os princípios penais.

As ficções estão sendo expulsas do direito penal, a pouco e pouco, mercê da necessidade de encontrar-se a realidade humana. De não esquecer-se que a condenação a restrição ou supressão da liberdade volta-se para o passado enquanto o direito penal através das suas medidas pretende voltar-se para o futuro. As medidas de reeducação e de recuperação têm função dinâmica. Pretendem evitar que o criminoso seja uma realidade.

Sobretudo, reconhece que os direitos humanos são fundamentais em uma sociedade justa. Daí, a tendência de minimizar a pena, as consequências da infração, pois não se consegue penetrar na intimidade do condenado para aferir-lhe, com exatidão, a quantidade certa da pena.

A pena ideal deveria possuir um *máximo muito alto* e um *mínimo muito baixo* para possibilitar a menor quantidade de pena possível. Teoricamente, seria ideal a pena indeterminada. É praticamente o que se realiza através da execução da pena, desde sua cominação até a sentença do juiz. E mesmo depois, mercê da individualização penitenciária.

Ela, a pena, recai sobre o homem. Insta realçar aquele cuja individualidade singular reclama, para o mesmo fato, e em condições análogas, providências diferentes.

O estudo da individualidade do agente criminoso, por mais minucioso e profundo que seja, deixa na sombra muitas peculiaridades.

Imagine-se que além do fato criminoso, o julgador defronte com hipótese de concurso de crimes cujas circunstâncias encontram-se mais distantes e portanto mais difíceis de serem bem demarcadas, a tornar ainda mais difícil a realização da justiça concreta.

3 — Nós sabemos que a pena, não obstante possuir as funções que a doutrina clássica, neo-clássica ou positiva nela divisaram, não deve ser medida na razão aritmética dos crimes contidos.

Isso vem mostrar que o cúmulo material, na hipótese de concurso de crimes, não representa a melhor solução.

Ainda legislações que a adotaram, dela discordam na sua pureza, qual a nossa ao impor máximo à soma das penas, no concurso.

Vejamos algumas legislações.

A mais recente reforma do Código Penal alemão, optou pelo cúmulo jurídico (art. 74, 75, modificados pelas reformas de 07.04.70 e 02.05.70). Segundo Sauer, "os projetos queriam substituir esta regra complexa por certas atribuições de elevação da pena do juiz, de acordo com seu livre arbítrio." (Derecho Penal, pág. 361). O Código Penal Russo, segundo a reforma de 27.10.60, adotou o cúmulo material *uma pena complexa que for julgada necessária*. Pelo cúmulo jurídico decidiram o Código Penal Grego, (art. 94), Belga (art. 62), Dinamarquês (art. 88), Húngaro (art. 57, 2), Austríaco (art. 34), Polonês (art. 31, 2) e o Norueguês. Na Itália, onde o cúmulo material foi sempre regra geral, os projetos de 949, 956 e 960 buscaram novas fórmulas. Mercê do D.L. de 11.04.74 nº 99, permaneceu o cúmulo material para o concurso real, mas para o concurso formal estabeleceu-se o cúmulo jurídico. Todavia, a pena não poderá ser superior àquela que seria aplicável segundo a regra do cúmulo material. A mesma lei reformulou o crime continuado: quem mediante mais ações ou omissões executivas do mesmo desígnio criminoso comete, ainda que em tempos diversos, mais violações da mesma disposição legal, sofrerá a pena hipótese do concurso formal.

4 — Mas, o que é concurso?

"Há concurso de crime quando o mesmo sujeito realiza várias violações da lei penal, isto é, comete mais de um crime" explica Pisapia, sendo indispensável que nenhuma delas tenha sido julgada.

A doutrina assinala ainda, duas espécies de concurso de crimes: Material e Formal, conforme haja pluralidade de ações com pluralidade de lesões e unidade de ação com pluralidade de lesões. Ora, pela definição doutrinária, entende-se que a figura é "atípica, genérica, variável e ligada a eventualidade processual, de todo acidental." (Nuvoloni, Il Sistema del Diritto Penal, pág. 357). Diante desse conceito, tanto vale dizer concurso quanto uma série de fatos criminosos. Logicamente teríamos para a punibilidade respectiva a soma de todas as penas cominadas a cada um deles. Mas nem sempre a lógica formal socorre o penalista. O concurso formal é exemplo disso. Erro igual, a reincidência.

Essas e outras razões levaram os juristas a buscar novas soluções mais justas. Assim é a quebra do rigor do cúmulo material, a aplicação do

cúmulo jurídico e da providência da absorção. E sobretudo do *favor rei* representado pelo crime continuado.

Este, em termos da legislação atual, consiste na aplicação de pena única a vários crimes, como se se tratasse de um só. Na realidade, estruturalmente, é hipótese de concurso material específico ou, como disse Silvio Longhi, concurso material impróprio. O que se pode, em verdade, asseverar é que essa figura não passa de pretexto para minorar a pena excessiva derivada da soma de todas as cominadas aos crimes respectivos.

Assim como se criou o sistema do cúmulo jurídico e da absorção, os práticos do direito penal, mercê de santa benignidade, como lembrou Carrara, elaboraram a construção do crime continuado para o fim específico de punir-se menos gravemente o terceiro crime de furto. Todavia ele não passa de criação normativa.

O projeto Nelson Húngria eliminou a distinção entre o concurso material e o concurso formal para efeito de punibilidade, mas distinguiu a infração homogênea da heterogênea. Se homogêneas, a pena seria a soma de todas, respeitado o limite máximo, se heterogêneas, a mais grave com o aumento da metade do tempo das menos graves. Para o crime continuado, aceitou a teoria objetiva e mandou aplicar a mesma pena. Ainda restringiu o campo da figura.

O projeto atual manteve a regra do cúmulo material para o concurso real e a distinção entre as duas espécies e mandou aplicar a regra do cúmulo material no caso de concurso real e o cúmulo jurídico na de concurso formal. Limitou, mais ainda, a possibilidade do crime continuado.

5 — Em todas as hipóteses de concurso há pluralidade de lesões jurídicas.

Por que então, não aplicar pena única, na hipótese de concurso, sendo a do crime mais grave acrescida de certa fração? Não seria mais justo proceder a variação considerável no que tange ao acréscimo segundo variedade dos casos acontecidos?

Por que negar continuação em casos perfeitamente admissíveis de ocorrência, se ela, a continuação é pretexto para reduzir a pena nos casos em que é julgada excessiva?

Diante do exposto propomos alterar o projeto que passará a ter a seguinte redação:

Art. Quando o agente, mediante uma ou mais de uma ação ou omissão pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade serão a do crime mais grave com aumento correspondente à metade até um sexto das menos graves, sem ultrapassar o limite máximo de trinta anos.

§... Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, será incabível a de restrição de direitos.

§... Quando for aplicada pena restritiva de direitos, se diversas, o condenado cumprirá todas simultaneamente e se forem idênticas somam-se só as de prestação de serviços e de interdição de direitos.

Art. Aplica-se a mesma regra do artigo anterior se o sujeito, mediante mais de uma ação ou omissão da mesma resolução criminosa, comete, ainda que em tempos diversos, mais violações de mesma disposição de lei.

Mercê da aplicação da regra do cúmulo jurídico e grande oscilação entre o máximo e o mínimo, haverá grande liberdade para melhor individualização da pena. Por igual, estaremos também em consonância com os princípios da Nova Defesa Social que busca defender a sociedade sem esquecer a pessoa do delinquente.

A tese de ser o cúmulo jurídico injusto por incentivar as novas violações da lei esquece o poder do juiz de fazer oscilar a pena com maior amplitude para sua melhor individualização. Igualmente respeita melhor a natureza do instituto que é a pluralidade de crimes.

A recusa da teoria objetiva, no crime continuado, atende os reclamos da melhor doutrina (Sauer, Derecho Penal e Mezger, Estudos, citado por Paulo José da Costa Júnior em Conferências sobre o C.P., solução também adotada para o Proj. do Código Penal Tipo da América Latina).

Assim também a solução de aceitar-se a continuação para qualquer tipo representa mitigação da pena para tantos outros casos semelhantes desde que não repugne a natureza das coisas (V. opiniões de L. Bandeira de Mello, Aplicação da pena, Pedro Pimentel, Crime Continuado, *Odin Americano*, Do Crime Continuado e Sauer, Derecho Penal).