

DO CRIME CONTINUADO

Luiz Vicente Cernicchiaro

1 — O anteprojeto de reforma da Parte Geral do Código Penal Brasileiro, no art. 71, manteve a redação do — crime continuado, subscrivendo, pois, o critério atual, todavia, acrescentou no parágrafo único: "Não se reconhece crime continuado na hipótese dos delitos previstos nos artigos 121, 157, 158, 159, seus parágrafos, e 213".

2 — O anteprojeto, dessa forma, não tomou posição quanto à incompatibilidade do crime continuado com algumas infrações penais, conhecida que é a polêmica, quando a ofensa atinge bens eminentemente pessoais. Ao contrário, preferiu, casuisticamente, excluir a continuação nos delitos acima enumerados.

3 — Em se buscando determinar o critério eleito, exsurge a preocupação de mais rigor com os agentes de crimes considerados graves, impedindo assim o benefício de aplicação mais branda da pena.

4 — *Data venia*, não me parece que a douta Comissão tenha sido feliz.

5 — Sem dúvida, o significado do bem juridicamente tutelado é relevante para a cominação da pena, dado que a sanção ainda conserva o caráter retributivo; embora já não se fale como KANT, predomina o sentido de ser a medida política e jurídica a quem, com seu comportamento,

cause dano, ou coloque em perigo, valores referendados pelo Direito. Assim, não basta a personalidade do agente para a sanção ser eficaz, devendo ser considerada também a extensão do prejuízo resultante do crime.

6 — Nessa linha de pensamento, a Comissão preocupada com a violência que se expande, como meio de execução de delitos, notadamente nos grandes centros urbanos, preferiu recrudescer o tratamento penal, mostrando maior intransigência com alguns delitos.

7 — O casuismo, *concessa venia*, terminou por contemplar com benignidade crimes mais graves do que os relacionados no parágrafo único do art. 71 do anteprojeto.

8 — Note-se, a discriminação, por ser restritiva, não pode ser aumentada, vedadas, pois, a analogia e a interpretação analógica. Subscreeveu-se o critério — *numerus clausus*.

9 — Essa observação é importante, notadamente para a interpretação sistemática. Embora ainda não haja sido publicado o anteprojeto da Parte Especial, não há dúvida, de que a restrição se refere aos atuais artigos do texto vigente, valendo dizer, homicídio simples, roubo simples, extorsão simples, extorsão mediante seqüestro simples, qualificado e qualificado pelo evento, e estupro.

10 — Contemplaram-se, dessa forma, um crime contra a Vida, três contra o Patrimônio e um contra os Costumes.

11 — Observa-se, o critério é diferente do preferido pelo legislador de 1969, cujo art. 66 §1º dispusera: "Não se conhece a continuação quando se trata de crimes que, de qualquer modo, ofendam bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima". E acrescentava o §2º: "Não é igualmente reconhecida a continuação no caso da letra b do §2º do art. 64", isto, na criminalidade habitual.

12 — O parágrafo único do art. 71 do anteprojeto é norma especial em relação ao *caput*. Em virtude disso, incide apenas nos casos mencionados; diga-se, outra conclusão afrontaria a interpretação própria do Direito Penal, cujos modelos restritivos, além de menção expressa, vedam a analogia *in malam partem*.

13 — A relação, sobre-ser casuística, e em seguida, serão mostrados seus inconvenientes, deixa de ponderar a personalidade dos delinqüentes, o que é imprescindível, eis que, a criminalidade é expressão da personalidade. O criminoso é pessoa, e como tal, projeta o seu modo de ser. A prática de alguns delitos demonstram que aquele comportamento é uma constante na vida do agente, ao passo que outros, ao contrário, denotam ocasionalidade, e tudo leva a crer que não haverá reincidência. Assim, enquanto nos crimes contra o Patrimônio é comum a volta à delinqüência, projetando-se até a habitualidade, o mesmo não acontece nos chamados "crimes de sangue".

14 — O anteprojetado, entretanto, repetindo-se, porque desprezou o fator — personalidade — na economia do crime, nivelou autores sem periculosidade com outros de alta periculosidade.

15 — Além disso, *data venia*, registrou hipóteses, relegando outras em que a censurabilidade é maior, havendo temibilidade mais acentuada do sujeito ativo.

16 — O crime de homicídio doloso é apresentado em três espécies: homicídio simples (art. 121); homicídio privilegiado (art. 121 § 1º) e homicídio qualificado (art. 121, § 2º).

Ninguém contesta, a modalidade mais grave é o homicídio qualificado, a menos grave, o homicídio privilegiado.

Pois bem, somente o homicídio simples foi excluído da continuação. Assim sendo, satisfeitos os requisitos do art. 71, se o crime for homicídio qualificado será admissível configurar crime continuado, o mesmo acontecendo com o homicídio privilegiado; no entanto, outra será a conclusão se o delito caracterizar a hipótese do *caput* do art. 121.

Essa interpretação se impõe dado o texto, quando se refere ao art. 159 adicionar e “seus parágrafos”.

Se o critério da relação do parágrafo único do art. 71 foi a gravidade do ilícito, não se justifica excluir a modalidade qualificada do crime.

17 — As mesmas considerações se dirigem aos crimes de roubo e extorsão, que também prevêm a espécie qualificada.

No tocante ao roubo o problema toma maior vulto, dado que no *caput* do art. 157 é descrito o — roubo próprio — não merecendo a mesma disciplina a conduta indicada no respectivo parágrafo 1º — roubo impróprio.

Que dizer-se então do — roubo qualificado? É sabido, a grande violência é sempre praticada “com emprego de arma”, com o “concurso de duas ou mais pessoas”, que autorizam a amenização própria do crime continuado.

E o latrocínio? A doutrina e a jurisprudência propendem por entender que o art. 157 § 3º do Código Penal, por sua redação, relativamente, aos — crimes qualificados pelo resultado — em virtude de a pena cominada ser maior do que a definida ao homicídio qualificado (única hipótese do código) não pode ser entendida como albergando “dolo no antecedente e culpa no conseqüente”, porém modalidade de morte dolosa. É a interpretação correta.

O anteprojetado, no entanto, rigoroso com o roubo próprio simples, autoriza a continuação no latrocínio.

Acredito, a ilustre Comissão, certamente, contrária à atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a continuação no roubo, pretendeu modificar a legislação. Contudo, o fez, somente em parte, deixando a descoberto os casos de maior gravidade.

18 — A extorsão mediante seqüestro, como foi acentuado, envolve todas as modalidades, compreendendo a forma qualificada e as qualificadas pelo resultado.

19— Por sua vez, o estupro também apresenta modalidade qualificada, dado o disposto no art. 226 compreender todos os crimes definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial do Código Penal.

E as mesmas considerações são válidas; se o autor do estupro, por exemplo, for casado e cometer dois delitos nas circunstâncias do art. 71 do anteprojeto, será beneficiado pela continuação, o que não acontecerá se o delinqüente for solteiro.

20— Acentue-se, o casuismo conduziu a tratamento desigual casos que, por suas características, impunham-no igual.

Retorne-se ao homicídio.

Sabe-se, e as estatísticas confirmam, o homicida, como regra geral, não reincide. O contrário ocorre com os autores de abortamento, pelo menos as pessoas que, com intuito de lucro, praticam reiteradamente essa ação delituosa.

Ambos os delitos estão classificados como crimes contra a — Vida; no entanto, a interrupção da gravidez com o sacrifício do produto da concepção ensejará ao agente a disciplina de crime continuado.

21— Atualmente, ante o silêncio da lei quanto à polêmica doutrinária, a jurisprudência de modo majoritário repele a continuação nos crimes que ofendam bens eminentemente pessoais.

Se o anteprojeto for aprovado, parece-me, a divergência da literatura deixará de existir; o legislador terá firmado posição dogmática indicando, exaustivamente, os casos que refogem ao crime continuado, cumprindo extrair-se a conclusão de que os não mencionados são compatíveis com a continuação.

22— A redação do parágrafo único do art. 71 do anteprojeto não autorizará interpretação diferente, ensejando concluir que a indicação do crime simples compreende as modalidades circunstanciadas. Seria admissível se não houvesse menção explícita ao art. 159 (e somente a ele) de "seus parágrafos". É intuitivo, nos outros casos excluí os respectivos parágrafos, acarretando as conseqüências indicadas.

23— O crime continuado — surgiu da sensibilidade de *Bartolo e Farinaccio*; não deve ser visto somente como instituto de mitigação da pena, mas retrato de uma forma de conduta delituosa, ou seja, reunião de crimes cometidos numa seqüência que os revela concatenados, de modo a indicar que a pluralidade se amolda em uma unidade.

24— Melhor seria modificar a estrutura normativa do crime continuado, incluindo também, para sua constituição, o elemento subjetivo, isto é, "o mesmo desígnio criminoso". Com isso, afastar-se-iam os inconvenientes revelados pela teoria objetiva, com a vantagem de se cortarem cerce as divergências de incompatibilidade com algumas infrações penais.

25— O mesmo — "desígnio criminoso" — terá a vantagem de reunir pluralidade de ações delituosas como unidade jurídica, o que qualificará, não por piedade, ou para contornar as conseqüências severas, cominação própria da pena.

26 — O cometer vários crimes, com o mesmo desígnio é uma situação fática diferente do praticar infrações penais, sem nenhuma conexão entre elas. É, pois, uma realidade que acarreta tratamento normativo distinto, a fim de a individualização da pena — garantia constitucional — ser realizada em sua plenitude.

27 — A adoção sugerida para o crime continuado tornará desnecessária a discriminação do parágrafo único do art. 71 do anteprojeto porque o instituto será configurado quando as infrações estiverem unidas por um ponto comum, concretizando a imagem que se costuma dar desse instituto — “obra escrita por capítulos”.

28 — Dessa forma, sugerimos:

- 28 — a) incluir como requisito do crime continuado o mesmo — desígnio criminoso — unindo as várias infrações penais;
- b) suprimir o parágrafo único do art. 71 do anteprojeto da Parte Geral do Código Penal.