

DIREITO & JUSTIÇA

Crime continuado e habitualidade criminosa

Luiz Vicente Cernicchiaro

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O crime continuado, consoante o disposto no art. 71, do Código Penal, reúne, em unidade jurídica, prática de dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser

havidos como continuação do primeiro.

Na doutrina pátria, registre-se, a lei nacional sufragou a teoria objetiva, ou seja, contenta-se com a semelhança do aspecto objetivo, desprezando-se, para tal fim, o contexto subjetivo.

Basileu Garcia, crítico dessa concepção, observa, apesar disso, tornar-se necessário recorrer ao elemento subjetivo a fim de reunir a pluralidade em unidade. Alguns autores, não obstante a impropriedade técnica, afirmam que o crime continuado é uma ficção jurídica. Definição normativa, entretanto, jamais é ficção. É realidade do Direito. A impropriedade decorre da concepção de o jurídico dever sempre reproduzir o naturalístico.

Ainda que se raciocine no âmbito da concepção objetiva, a interpretação do art. 71, C.P.; não pode ser literal. Urge considerar a íntegra da situação jurídica.

A continuidade traduz idéia de seqüência, repetição de condutas, todavia com um nexos comum, como elemento básico, unificador.

Sem levar o raciocínio, à moda da teoria objetivo-subjetiva, ou como ocorre com a legislação italiana que impõe para o instituto "il medesimo disegno criminoso", cumpre interpretar a cláusula legal "devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro". Sem considerar ainda a imagem de Roberto Lyra de o crime continuado ser "um livro escrito em capítulos", impede divisar, na pluralidade, conexão das várias condutas.

Não vou a ponto de levar em consideração, elegendo elemento constitutivo, o elemento subjetivo, ou seja, o agente elaborar plano delituoso, escolhendo a prática de mais de um crime. Se assim o fizesse, incluiria requisito a mais na lei, vale dizer, o elemento moral.

Apesar dessa ressalva, exigir-se-à que a pluralidade se desenvolva no mesmo contexto, legalmente definido pelos elementos objetivos.

Arriscaria um exemplo. Uma pessoa pratica furto. Em seguida, circunstancialmente, é estimulado para realizar outra subtração. Embora não houvesse planejado as duas infrações; todavia, objetivamente, próximas e semelhantes, por inspiração histórica, o Código Penal confere tratamento mitigado.

Diferente, contudo, se o agente elege a criminalidade como *modus vivendi*.

Os códigos que adotam o crime continuado não descartam a chamada criminalidade habitual. Nesta, o agente comete o crime reiteradamente.

A habitualidade é incompatível com a continuidade.

A primeira recrudescer, a segunda ameniza o tratamento penal. Ou, em outras palavras, a culpabilidade (no sentido de reprovabilidade) é mais intensa na habitualidade do que na continuidade.

Em sendo assim, jurídico-penalmente, são situações distintas. Não podem, outrossim, conduzir ao mesmo tratamento jurídico.

O crime continuado favorece o delinqüente. A habitualidade impõe reprovação maior, de que a pena é expressão.

Em se projetando estas considerações para o plano da experiência, evidencia-se, a análise do comportamento do condenado (não se confunde com a definição do elemento subjetivo do crime) é muito importante, talvez fundamental

Evidenciado que a pluralidade de infrações penais conforma mera eventualidade, poder-se-à sufragar a continuidade. Ao contrário, ao traduzir projeto de vida para a criminalidade, configura-se a habitualidade.

Na continuidade, há sucessão ocasional ou limitada de crimes. Na habitualidade, sucessão planejada, ilimitada de delitos.

Nesse sentido, dever-se-à interpretar o art. 71, parágrafo único do Código Penal, introduzido, aliás, pela reforma, Lei nº 7.209/84.

Não é possível de um instituto benéfico extrair-se sanção mais rigorosa, como é contraditório do instituto mais severo resultar pena mais branda.

Não se pode perder de vista que o crime continuado é modalidade do concurso material, como também acontece na habitualidade.

Em sua origem histórica, o crime continuado resultou do que, mais tarde, passou a ser chamado Política Criminal. Os praxistas e glosadores impressionaram-se com a pena capital imposta ao agente do furto, de pequeno valor, na segunda reincidência. Daí os referidos autores referirem-se à ficção jurídica.

A Política Criminal moderna registra nítida distinção entre a culpabilidade exacerbada e a culpabilidade mitigada, a fim de distinguir situações.

Nesse contexto se colocar o art. 59, do Código Penal, ao evidenciar a finalidade da pena, ou seja "conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".

O crime, pois, é elemento fundamental na individualização da pena. Constitui roteiro indispensável para definir a qualidade e a quantidade da *sanctio iuris*.

O pormenor, aliás, definição normativa, não pode ser descurado quando se define a pena. Confirma, pois, a asserção anterior de a culpabilidade exacerbada atrair sanção mais grave, e a culpabilidade mitigada conduzir à sanção mais branda.

O Código Penal português torna explícito, o que está implícito no Código Penal brasileiro.

Merece transcrição o art. 30,2 daquele texto:

"Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executado por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente".

A interpretação lógico-sistemática é a única que conta. O Direito Penal da culpa impõe rever institutos históricos e úteis, a fim de incorporá-los ao atual esquema normativo. A substituição conceitual - culpabilidade (elemento subjetivo), para culpabilidade (reprovabilidade) — não é mero jogo de palavras. Repercute, isso sim, na economia do tipo penal. A sanção encerra juízo de valor. Aplicá-la, sem considerá-lo, é mero exercício burocrático.

"Evidenciado que a pluralidade de infrações penais conforma mera eventualidade, poder-se-à sufragar a continuidade. Ao contrário, ao traduzir projeto de vida para a criminalidade, configura-se a habitualidade"

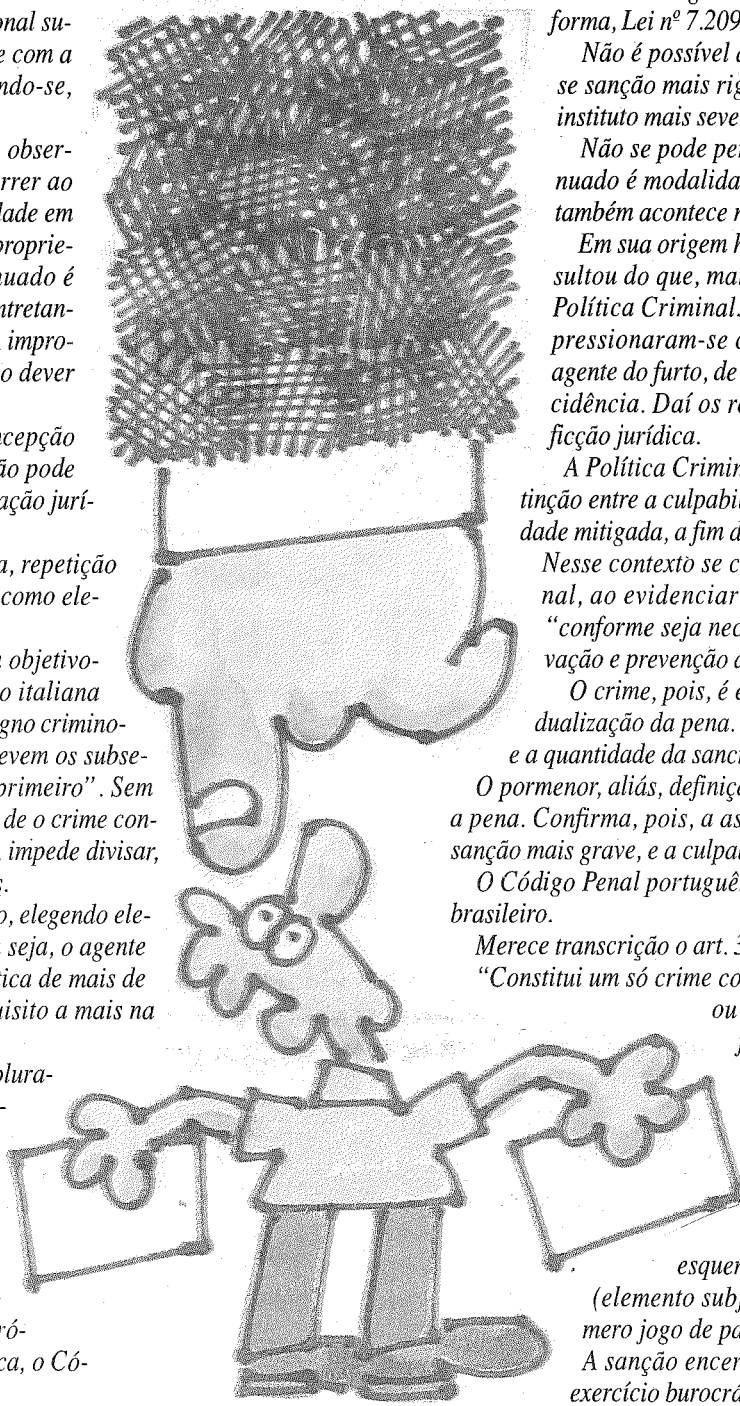


Ilustração: Oscar