

OS ELEMENTOS E A NOÇÃO DO CRIME CONTINUADO

Ensaio de uma solução

Pelo Dr. GONÇALO DE MESQUITELA

CAPÍTULO I

ELEMENTOS E NOÇÃO DO CRIME CONTINUADO

§ 1.º — *Elementos do crime continuado:*

ANALISEMOS, em primeiro lugar, os elementos do crime, para depois tentarmos analisar a questão da noção e da natureza do delito continuado.

No trabalho que temos perante nós encontramos-nos mais próximos da técnica seguida pelos autores alemães no esforço realizado, que dos italianos. É que estes últimos têm o precioso auxílio de uma norma legal cuidadosamente elaborada que permite a dissecação dos seus elementos e dá ela própria uma noção aceitável a todos os títulos perante a doutrina. Entre nós, porém, o § 3.º do art. 421.º do Código Penal, única disposição expressa, está redigida de modo tal que abre lugar às discussões acêrca da própria noção que prevê, como veremos adiante.

Por isto temos de abandonar a análise do artigo neste capítulo, a fim de construirmos uma noção puramente doutrinária,

na qual procuraremos depois integrar o § 3.º do art. 421.º do Código Penal, quando dele fizermos objecto do nosso exame.

O elemento básico que tem que entrar nesta noção é a pluralidade de resultantes de uma actividade humana, infractora do mesmo preceito penal, como aliás sempre que se queira estudar o crime, dado que é sempre resultado de actividade humana.

Ora será de considerar para a noção o conceito de evento, como quer Leone?

Esta distinção tem importância porque se admitirmos a segunda hipótese temos que considerar a existência do crime continuado, mesmo quando por uma mesma acção se verifiquem várias infracções por serem vários os preceitos violados, enquanto que este caso fugirá à noção de crime continuado se apoiarmos a primeira tese.

Mas a solução deste problema exige que outro seja resolvido antes: o de se saber qual o sentido a dar-se à exigência basilar, que toda a doutrina formula, de ser violado o mesmo preceito.

E isto porque duas posições extremas se podem pôr:

a) — Considerar-se como tal o mesmo artigo da lei.

b) — Considerar-se o mesmo preceito geral, isto é, a mesma objectividade incriminada.

No caso de ser a primeira a seguida, a solução é a de que os vários actos constitutivos do crime continuado têm que ser violadores do mesmo artigo e no caso de existir um acto só que produza várias violações ao mesmo artigo, este acto nunca poderia dar origem ao crime continuado mas a um só crime, havendo quando muito *concurso ideal da infracção*.

Se seguirmos a segunda, já as posições são diferentes, pois podem vários actos ofender artigos diferentes, que desde que estes sejam resultantes de aspectos distintos de uma mesma realidade objectiva são consideráveis para a constituição da figura que estamos tratando.

A terceira questão a resolver será a do nexa existente entre as várias consequências da actividade humana, nexa este quer objectivo quer subjectivo.

Isto é, teremos de investigar três pontos distintos, que nos vão levar a mais presupostos :

- 1.º — O objecto da unificação feita por lei;
- 2.º — O sentido a dar à necessidade de *violação de um mesmo preceito*;
- 3.º — O nexó entre as várias acções ou omissões.

Por necessidade lógica, trataremos em primeiro lugar da questão de saber qual o sentido a dar à «violação do mesmo preceito».

Para estudarmos este ponto temos que adiantar a afirmação de que o crime continuado é resultante de uma pluralidade material de acções ou omissões resultantes da conduta humana, e portanto consciente.

Estas acções ou omissões têm que se resolver na violação do *mesmo preceito legal*, o que é unânimemente aceite na doutrina, dividindo-se esta apenas no sentido a dar a esta exigência.

É evidente que toda a discussão à volta deste conceito repousa fundamentalmente na própria concepção material ou formal do crime e na sua estrutura.

Já vimos que duas posições básicas se podem tomar nesta questão: o *mesmo artigo* ou a *mesma unidade objectiva (o mesmo tipo geral)*.

Não nos parece de aceitar a primeira hipótese, dado que a lei, ao admitir a figura do crime continuado, atende, como diz Leone, ao objecto do crime que, no dizer de Rocco, é constituído pelo objecto da tutela jurídica penal, os interesses pela norma, contra a ameaça que para eles representa o crime.

Assim, cremos realmente que não têm razão os autores que vêm como motivo que levou à admissão legal da figura, o de uma unificação fictícia destinada a permitir uma maior comodidade de julgamento e uma melhor razão de justiça.

Não há dúvidas de que a razão de justiça existe e apenas ela, no que se refere aos fundamentos da política legal penal. É ela que nos leva a negar o primeiro dos fundamentos apontados. Nunca as consequências a que leva o crime continuado se aplicariam apenas por comodidade de julgamento, embora este pudesse exigir uma simplificação técnica de processo.

Mas, mesmo assim, consideramos que este fundamento só existirá no momento posterior à fase em que a comodidade e simplificação especificadas interessam — a instrução.

Já no julgamento, outros processos técnicos de simplificação nos aparecem delineados na lei.

Sendo assim a razão de justiça a imperativa, examinamos essa.

Vimos que o crime representa uma antítese de interesses sociais, cujo equilíbrio é tentado pela pena. Ora, sendo assim, a continuação delituosa representa uma forma particular desta antítese, que, é evidente, é fundada na essência humana dos actos danosos, a responsabilidade que deriva do elemento voluntário dos actos.

Razão de justiça, portanto, que tem que se traduzir num fundamento mais profundo que a razão de comodidade ou meramente material de resultar da violação do mesmo artigo da lei.

É à função da punição que há que atender, indubitavelmente.

E esta reside no aspecto especial que toma o objecto da tutela jurídica que nunca é, senão por coincidência não necessária, o artigo, materialmente considerado. A lei protege, sim, interesses que pela sua configuração própria dão origem à forma penal da protecção.

Fala Leone em *objectividaãe específica da tutela jurídica penal*.

Será talvez de aceitar esta expressão, que em Martini é traduzida por *facto criminoso típico*.

De qualquer modo, seja qual fôr a expressão utilizada, pare-nos que o mesmo preceito a que alude a doutrina tem que ser entendido como constituído por o mesmo *tipo basilar penal*, que corresponde aos elementos fundamentais do interesse protegido, e que pode tomar formas concretas várias, correspondendo a cada uma um artigo e até possivelmente uma designação própria. Exemplo: furto, roubo, que constituem duas formas de uma mesma violação de um interesse típico: a propriedade. E se quisermos ir mais longe, aprofundando mais a posse do objecto roubado, porque considerado este elemento como o fundamental na propriedade, quando olhado sob o aspecto da sua violação, dado que é a forma de ataque que mais rápida e vivamente fere

os direitos de propriedade, porque se traduz na privação de disposição.

Unidade objectiva, portanto, é o que indica o *mesmo preceito*, que doutrinamente se exige para a existência do crime continuado.

E, materialmente, traduz-se esta expressão em diversos artigos, os quais não podem nunca ser violados sem que, por ser violada a ideia central, o sejam também os outros, que no seu tipo específico se diferenciam por uma característica ou outra. Esta solução, porque assente num interesse básico protegido, levanta o problema dos titulares desse interesse, que adiante trataremos.

É aliás a orientação da jurisprudência dos nossos tribunais, como se vê dos Acórdãos da Relação de Lisboa, de 4-12-1937 e 16-6-1937.

Colocado assim o primeiro elemento essencial para estabelecer a noção, vejamos o segundo que naturalmente se impõe que seja o *objecto da unificação feita por lei*.

Já anteriormente, obedecendo a necessidades lógicas, tivemos que adiantar noções, afirmando que o objecto desta unificação são acções ou omissões.

Mas os autores não são unânimes nesta afirmação.

Para os autores portugueses e outros, o crime continuado é constituído *por várias acções ou omissões* lesivas do mesmo preceito.

E, realmente, parece haver razão para afirmar esta composição do elemento que estamos examinando, dado que no crime este é um dos elementos essenciais, o principal porventura.

Outros autores, porém, como Giovanni Leone, não apoiam esta tese. Para ele, o que interessa à continuação existente no crime continuado é, não a acção e omissão, mas o evento de cada uma dessas resultantes da actividade do agente. Daqui parte ele para a sua noção de crime continuado (1). Eventos descontínuos, pois, são o que forma o complexo que vai depois ser unificado na figura que estamos tratando.

Onde estará a razão?

(1) Leone, *Il complesso di più eventi discontinui*, pág. 222.

Julgamos que a solução não se pode afastar muito da que dá Impallomeni (1).

Para este autor a unidade ou pluralidade das acções com as quais estão em choque vários direitos, não é em muitos casos mais que um mero acidente que não pode influir sobre a valorização jurídica do facto. A acção em si não é mais que o modo por que se efectua a violação da lei; e o verificarem-se vários fins criminosos como por meio de uma só ou várias acções, é indiferente. O que interessa como unidade nos elementos do crime, não é a materialidade das acções, mas a lesão jurídica e a intenção de a produzir.

De facto, assim nos parece ser. A acção ou omissão, portanto, não nos interessaria sobremodo se não representasse o meio para conseguir o evento, o fim a conseguir no acto quando é praticado e que a lei procura impedir.

Não se confunda porém este evento com o evento contínuo. Leone frisa-o bem, ao afirmar que os vários eventos que se exigem têm de ser *de continuos*, sem o que sairíamos da figura do crime continuado para cairmos na do crime permanente. Não é necessário que o processo executivo seja o único, mas sim que a pluralidade dos eventos se verifique.

Esta solução vai permitir que, dado o caso de com uma única acção se produzirem vários crimes (exemplo: uma só agressão a tiro matou várias pessoas intencionalmente), nem ela seja considerada como constituindo vários crimes distintos — dado que o sentimento de justiça se revolta contra esta solução, porque a intenção foi a mesma e o mesmo foi o acto — nem seja considerada como um concurso de infracções.

Mas tem como inconveniente, esta doutrina, levar à necessidade de um aprofundamento tal na averiguação da intenção que torna quase impraticável a sua aplicação.

Realmente, o considerarmos o evento, leva-nos a ter que averiguar a intenção com que foram praticados os actos que o originaram de tal modo que possamos fazer a distinção entre os que obedeceram a intenções distintas, o que nos levaria a classificá-los como concurso de infracções ou crimes distintos.

(1) Impallomeni, *Tratado de Diritto Penale*, Torino, 1921, pág. 455.

É de afastar, pois, pela dificuldade prática que se põe, o critério do evento, embora o evento em si nos interesse para se verificar a sua concordância com a intenção com que foi praticado o acto.

Mas isto já no campo geral do crime.

Para mais, a consideração dos crimes como constituindo ou não o crime continuado, só se põe depois de se apurar que pertencem à categoria geral do crime. E pelos elementos concordantes que neles se verificam, é que podemos afirmar que constituem ou não aquela figura.

Assim, parece-nos que, embora seja de aceitar a doutrina de Leone em abstracto, a sua aplicação prática nos força a regeitá-la na sua totalidade.

Mas a verdade basilar de Impallomeni mantém-se. É para nós clara a verdade da sua afirmação, de que o que interessa como unidade nos elementos do crime não é a materialidade das acções ou omissões, mas as lesões jurídicas e a intenção de as produzir.

Por isto, embora afirmando, como a maioria dos autores, a pluralidade das acções ou omissões criminosas, como elementos do crime continuado, não podemos deixar de fazer a limitação de que, para tal, têm que obedecer ao requisito de produzirem determinados eventos, que se caracterizam pela circunstância de estarem unificados.

Um dos elementos do crime continuado é a pluralidade de acções ou omissões criminosas.

Outro é a verificação da existência condicionada por aspectos, que adiante procuraremos determinar, dos eventos produzidos por essas acções ou omissões criminosas, violando o mesmo preceito legal. Eventos esses que, como Leone, consideramos terem que ser descontínuos, sem o que cairemos na figura do crime permanente.

Entramos agora no estudo de outro aspecto que vimos ser essencial: o *nexo entre as várias acções e omissões*.

Aqui também verificamos as hesitações da doutrina.

Para os italianos a discussão girou toda em torno de um elemento que nos falta: a disposição legal expressa sob a forma *medesimo disegno criminoso*.

Mas o elemento em si existia deste modo.

Já nos aproximamos mais da posição dos doutrinários alemães, aos quais falta também a disposição concreta.

Duas correntes se separam justamente ao encarar este aspecto.

Para uns, o nexu unificador das várias acções ou omissões é objectivo, estranho ao agente.

Para outros, é o subjectivo que impera.

Entre nós a maioria dos autores, dos quais apenas se afasta o Prof. Cavaleiro de Ferreira, exige a unificação pelo nexu psicológico.

Será realmente o nexu psicológico a unificar os vários factos típicos ?

Verificámos atrás que o sentido da expressão «o mesmo preceito legal» era o de a mesma objectividade jurídica, isto é, o mesmo interesse jurídico protegido por lei e lesado pelas acções ou omissões.

Ora, este mesmo interesse jurídico é o objecto da protecção legal concedida pela lei penal ao considerar certos factos criminosos. E este interesse não é violado pela acção ou omissão mas pelo evento delas nascido. Daqui o considerarmos o problema a tratar agora, deslocado do plano da atitude humana para o dos seus efeitos — o evento. A unificação vai dar-se em relação ao evento, e não só às acções ou omissões.

Assim, qual será realmente o nexu que os une ? A mesma necessidade que leva a considerar criminoso o acto que o gera : a protecção ao interesse jurídico.

Por isso parece que deve ser este realmente o nexu unificador : unidade de interesse ofendido.

Mas apenas isto ? Será bastante afirmarmos este elemento ? Não. A protecção ao interesse jurídico justificaria a sanção una aos vários actos que fossem a razão da sua violação.

Mas não justificava então a distinção a fazer-se quando o mesmo interesse fosse violado por pessoas distintas. Se apenas fosse este o critério, neste caso seria de unificar também a responsabilidade destes agentes, o que se não dá a não ser no caso em que haja um nexu intencional. Ora, é este elemento que nos parece levar à solução.

A razão que leva a lei a considerar o concurso de pessoas

para a incriminação e demais efeitos processuais, embora as distinga depois na personalização das penas, é a mesma que nos parece ser uma das bases da unificação dos vários actos: o *nexo psicológico* existente entre os agentes das diversas acções que levaram a gerar os eventos combatidos pela lei, e que aqui toma a forma inversa do *nexo psicológico unificador dos vários eventos produzidos pelas acções de uma mesma pessoa*.

Vemos até que se aquela posição se justifica plenamente pela intenção, com maioria de razão esta se defende, dado que se trate de um mesmo autor dos actos.

E qual a configuração deste *nexo psicológico*?

Neste aspecto vemos a doutrina manifestar-se de vários modos.

Assim, Ortolan advoga a unidade de resolução e define, *l'unité de conception, de resolution et de but des plusieurs delits relié en un seul et même delit qu'on peut qualifier de delit continue ou successif*.

Posteriormente, dois franceses também, Vidal e Magnol, defendem que além da *pluralité des actions* e *l'unité et identité de droit violé* exista *l'unité de resolution et de but chez l'agent, qu'il ne faut pas confondre avec l'indépendance de passion*.

O elemento moral é também objecto de vivo debate entre os alemães, dividindo-os nas duas escolas apontadas: a objectiva (puramente objectiva) e a subjectivo-objectiva.

Esta última é a seguida pelo Tribunal do Império, o ex-S. T. Alemão, que exige que exista no crime continuado a pluralidade de crimes unidos por um *dolo único*. Este dolo, deve em princípio unir o evento total e estar presente na realização do evento complexo através das acções singulares independentes, cada qual realiza um tipo criminal próprio.

É a distinção entre o *dolo específico* (o que preside à realização de cada um dos crimes) e o *dolo genérico* (o que preside à totalidade dos eventos).

Beling ataca esta orientação, partindo do princípio de que a construção do Direito Penal se tem que fundar na acção e não na fonte espiritual dela, donde são as acções que se tornam puníveis e não as resoluções delituosas.

Ora, como afirmamos atrás, não pode realmente deixar de

ser considerado este elemento constituído pelas acções ou omissões.

Mas também vimos que estas só por si não justificam que a lei lhes dê o tratamento de crime — como regra geral à qual foge apenas o caso dos crimes formais em que o fundamento é o perigo que representam pela produção normal de eventos a afastar.

Para que a acção seja criminosa, é necessário que exista uma consequência, um resultado exterior, que pode ser ou não de ordem material (como no caso da difamação).

Assim, parece-nos que, uma vez que afirmamos que como elementos do crime temos de considerar as acções ou omissões e além destas o evento, no seu sentido lato de resultado típico exterior da acção ou omissão, podemos encontrar a solução do problema que estamos examinando.

Como determinante do elemento do crime não é de aceitar nem o critério puramente objectivo nem o puramente subjectivo. Mais uma vez *in medio veritas*, como vimos pelas razões expostas atrás.

Parece-nos pois que este elemento que estamos analisando se tem que traduzir em duas realidades distintas :

1.^a — A unidade objectiva das acções ou omissões, no que tem de típico : *unidade típica de acções ou omissões*.

2.^a — Unidade subjectiva de eventos, isto é, a unificação destes pela intenção que presidiu à prática das acções ou omissões.

Outros problemas se põem, porém, ao considerarmos os elementos.

Qual a configuração *temporal* das várias acções ou omissões e dos vários eventos delas resultantes ?

Já vimos a necessidade de considerarmos os diversos eventos como *descontínuos*, isto é, os eventos produzidos devem sê-lo sem qualquer nexó temporal a uni-los. Devem ser distintos no tempo, produzindo-se separadamente, sem o que cairemos na figura do crime permanente, como também assinalámos.

E quando se dê o caso de se verificarem vários eventos dis-

tintos no tempo, mas produzidos por uma mesma acção ou omissão, não estaremos perante uma hipótese de crime continuado, em virtude de se verificar a pluralidade de eventos, a sua unidade subjectiva intencional e até possivelmente a figura do dolo genérico?

Não a consideramos possível, dado que a acção é única, faltando-lhe portanto o primeiro elemento apontado — pluralidade de acções ou omissões.

O Supremo Tribunal Italiano, chamado a pronunciar-se sobre um caso de um incêndio ateado com o fim de matar as pessoas, recusou a classificação de crime continuado aos delitos, alegando que correspondiam a uma pluralidade efectiva de bens violados e a uma pluralidade de infracções jurídicas. Uma pluralidade que é o concurso de infracções, o qual não se refere a uma única resolução que tenha presidido às várias acções, mas a uma dupla violação e resolução, embora dependentes de uma única paixão determinante da actividade criminosa.

Assim, afastada a hipótese do evento contínuo e dos vários eventos produzidos por uma mesma acção, podemos concluir que é necessária uma diferenciação temporal entre os vários actos.

Mas levaremos esta consequência a não considerarmos limitações de tempo na determinação do crime continuado?

Parece-nos que ela é imprescindível como regra.

A falta de regime expresso na lei sobre a figura que estamos estudando, temos que recorrer a regimes subsidiários. Isto porque só a lei pode marcar este período, dado que não há elementos de ordem psicológica que nos permitam indicar com relativa precisão um período considerado como o máximo para que se mantenha uma unidade de desígnio.

O nosso Código Penal, ao tratar de reincidência e de sucessão de crimes (arts. 35.º e 36.º do Código Penal), estabelece como prazo máximo para a existência de tais figuras o de 8 anos.

Será de aceitar?

Como dissemos atrás, parece-nos impossível aceitar um período como o mais perfeito neste campo. Mas a necessidade de certeza que se impõe nesta matéria, que tem que obedecer à necessidade essencialmente prática, leva-nos a aceitá-lo como período entre os vários actos.

Salvo — e trata-se de uma derrogação imprescindível — quando se verifique que a intenção do agente se formou atendendo também ao tempo; neste caso, se o período fôr alargado, será abandonada aquela limitação.

Assim será também de exigir uma limitação temporal, com a prevenção de que esta desaparecerá quando se verificar aquela condição estabelecida — a de no intuito criminoso estar previsto um prazo maior.

É evidente que como limitação a esta excepção está aquele outro prazo indicado por lei para a prescrição, não sendo de considerar os crimes prescritos, embora unificados pelos elementos apontados, o que traz como consequência a pluralidade, como crime simples, do que fôr cometido além desse intervalo, pela razão óbvia de que o 1.º não existe para a lei.

Outro problema que tem preocupado os autores e que, como vimos, nasce da posição tomada quanto aos elementos anteriores, é o de se saber se devem conceber-se como elementos do crime continuado determinadas características dos sujeitos.

Afastada a hipótese da pluralidade dos sujeitos activos, que levaria à consideração da figura do concurso de sujeitos, distinta da categoria geral a que pertence a figura do crime continuado, fica-nos a análise do sujeito passivo.

Em primeiro lugar, há a considerar o problema de saber se é *admissível* a unidade e a pluralidade deste polo subjectivo do acto. Poderão ser vários os titulares dos interesses lesados, ou deverá haver unidade neste titular?

O fundamento objectivo do crime é o interesse lesado pelas diversas acções produtoras de eventos distintos.

Ora, este interesse terá forçosamente que pertencer ao mesmo titular, ou pode-se dar o caso de pertencer a diversos?

Para que se possa manter a continuidade delitosa será indispensável a primeira condição, como querem certos autores?

Há aqui que abrir certas distinções.

Em primeiro lugar atendendo à própria natureza dos interesses.

Quanto a estes, há os que têm uma natureza puramente pessoal, de tal modo que a sua protecção se traduz pela atribuição, ao seu titular, de um direito pessoalíssimo.

É o direito à vida, o direito ao bom nome, o direito à integridade física, etc.

Ora aqui temos casos em que é evidente que a continuidade é impossível. É a hipótese de atentado contra o direito à vida, na forma de crime consumado. Este, uma vez verificado, não é susceptível de novo atentado e, portanto exclui o crime continuado. Mas poder-se-á dar quando se dêem vários crimes contra esse interesse, nas suas formas de tentativa e crime frustrado?

Este problema vai-se enquadrar em matéria a tratar no número seguinte e, assim, apenas adiantaremos a sua solução. Que-re-nos parecer que não há razão para não considerar a continuidade criminosa quando as ofensas ao interesse protegido resultam de crimes nas suas várias formas, desde que a natureza intrínseca do direito violado o permita. Assim, as várias tentativas ou crimes frustrados, desde que obedeçam aos requisitos exigidos para o crime continuado, poderão constituir este.

Mas nos direitos pessoalíssimos é de admitir a figura do crime continuado?

Desde que a natureza dos interesses e do crime permita a sua violação plúrima, parece-nos que deve ser de admitir.

É que na realidade os elementos apontados se mantêm.

Mas será exigida a unidade de sujeito passivo?

Aqui também é a natureza do interesse violado que o impõe. Os direitos pessoalíssimos, por definição excluem a possibilidade de uma pluralidade de titulares.

Logo, nestes, é necessária unidade de sujeito passivo.

Mas outros interesses deixam de apresentar uma forma tão rigidamente pessoal. Neste campo estão os direitos patrimoniais que, por natureza, são transmissíveis, susceptíveis, pois, de, representando a protecção legal e um interesse objectivamente idêntico, pertencer à esfera jurídica doutra pessoa. Assim, subjectivamente, constitui um interesse distinto.

Esta divergência é que levanta o problema. Não nos parece porém que a solução possa ser diferente da que admite que, mesmo neste caso, é admissível o crime continuado.

Vejamos porquê.

O motivo da prática dos crimes vários contra o mesmo inte-

resse objectivamente considerado, mantém-se. A unidade de designio assim verifica-se.

O facto de pertencer a titulariedade do direito a diversas pessoas, de modo algum vai afectar a intenção delituosa.

E este elemento, juntamente com a unidade objectiva do interesse violado, permite-nos afirmar que apenas se altera a titularidade da protecção jurídica.

Este carácter não nos afasta do ponto central da continuidade, como o determinámos atrás.

O interesse é o mesmo, as várias violações são distintas, mas praticadas afim de obter um resultado igual.

Assim, e a não ser que a alteração subjectiva da titularidade jurídica da protecção altere a natureza intrínseca do direito, não nos parece obstar à continuidade a circunstância de serem distintos os sujeitos passivos.

Neste caso, forçando a nota, podemos afirmar que não interessa esta titularidade.

Assim, concluímos que a unidade de sujeito passivo apenas interessa no caso de se tratar de direitos pessoalíssimos.

Nos outros, a inidentidade é admissível.

Cabe agora a vez a um último problema acêrca dos elementos.

Constitui mais um esclarecimento na determinação de um deles, que pròpriamente na destrição de outro.

Poderão os crimes ser constituídos nas suas diversas formas — crime consumado, tentativa e frustrado — ou têm que ser constituídos por infracções iguais atendendo a este critério?

Vimos já que se exige a unidade de tipo básico violado pelos vários eventos resultantes das distintas acções ou omissões.

Ora, esta unidade de tipo básico levou-nos a admitir que os crimes não necessitavam de constituir a violação ao mesmo artigo, mas sim a violação do mesmo preceito básico.

Com maioria de razão, as suas diversas formas devem ser admitidas, dado que mais não representam que violação aos seus vários estados de consumação.

Tanto mais que estas são só de admitir quando se trata de violações do mesmo artigo. Aqui é este requisito exigido.

Assim, podem constituir o crime continuado as violações de

vários artigos em que o preceito base se desdobra, mesmo que numa se trate de crime consumado, noutra de uma tentativa e numa terceira de crime frustrado, dado que continuam representado violações do mesmo tipo básico.

O mesmo quando, contra o que diz o Prof. Cavaleiro de Ferreira, se verifiquem os vários factos típicos nas suas formas de crime simples, qualificado e privilegiado, dado que a unidade de interesse lesado se mantém, nascendo apenas formas de tratamento diversas dadas pela lei, que para tal atende a circunstâncias exteriores à natureza do interesse.

*

Parece-nos, pois, que podemos indicar agora quais os elementos que consideramos no crime continuado:

- 1 — Pluralidade de acções ou omissões criminosas;
- 2 — Pluralidade de eventos descontínuos;
- 3 — Unidade objectiva dos interesses violados;
- 4 — Nexo subjectivo dos elementos;
- 5 — Nexo objectivo (típico) das acções e omissões;
- 6 — Conexão temporal entre os eventos; e
- 7 — Unidade subjectiva quanto aos crimes contra direitos pessoalíssimos.

*

§ 2.º — *A noção de crime continuado*

Uma vez determinados os elementos, cremos poder indicar agora uma noção doutrinal do crime continuado, que lhes corresponda.

Assim, diremos que o crime continuado é o *crime constituído por uma pluralidade de acções ou omissões, unificadas pela intenção que presidiu à sua prática, geradora de eventos descontínuos unificados pela unidade objectiva do interesse básico ofendido, existindo entre eles certa conexão temporal, sendo ainda necessária a unidade de sujeito passivo, dos vários crimes, quando estes ofendam um interesse de natureza pessoal.*

CAPÍTULO II

A NATUREZA JURIDICA DO CRIME CONTINUADO

Na doutrina, este ponto estabelece divergências que se cifram essencialmente nestas três posições a tomar pelos autores :

1.º — A unidade do crime continuado é uma ficção jurídica.

2.º — O crime continuado é uma realidade natural, na sua unidade.

3.º — A unidade do crime continuado tem uma base real e jurídica.

Analisemos estas várias posições ao tomarmos a nossa perante o problema.

Quanto à primeira não a aceitamos, porque partimos de um conceito de *ficção* diferente daquele de que partem os autores que a defendem no crime continuado.

Assim, *ficzione jùridica* é, para *Ruggiero* (seguido por Leone) o processo da lei ou da jurisprudência pelo qual se apresenta como existente o que não existe, ou não existente o que existe, para atribuir determinados efeitos jurídicos ao que se finge, a fim de se tornarem possíveis certos efeitos emergentes de um facto jurídico que por si os não admitiria.

É portanto um processo legal ou jurisprudencial para transferir ao âmbito de uma norma factos ou efeitos jurídicos que normalmente se não verificariam.

O mesmo conceito segue Manzini, ao afirmar que o crime continuado constitui uma ficção, porquanto a vontade do Estado *imponendo di considerare come un sole reato* uma pluralidade de crimes, baseado numa excepcional apresentação do desígnio criminoso, deu cientemente uma noção que em si não é verdadeira (1).

Assim, baseia a ficção na vontade do Estado legalmente expressa.

(1) Manzini, *Tratato di Diritto Penale secondo il Codice de 1930*.

Leone baseia a sua construção da ficção no crime continuado nestes factores: a) *formação histórica do instituto* e da «mens legis» actual, porque diz: *quoto al diritto romano, la dotrina del reato continuato fu introdotta dal giuristi medievali e, posteriormente, ripresa dai pratici per una finalitá di equitá e di mitezza: allo scopo, cioé, di exidare la pena di morte per tre o piú furti.*

Há, assim, para ele, uma ficção que nasce dogmática e se transforma em legal.

Logo:

a) *a estrutura da norma* que prevê a continuação (a norma aqui é o art. 38.º do Código Penal Italiano, quer na sua forma definitiva quer no trabalho para a sua elaboração);

b) *a forma de unificação*, porquanto se vai basear no exame psicológico dos vários crimes, considerando-os por esse facto como unidade.

Ora bem, como afirmamos, não é de aceitar esta noção de ficção, porque, ao afirmá-la, naturalmente se considera que em técnica jurídica todo o elemento positivo, legal, pode ser susceptível de ser considerado como ficção.

Seguindo o Prof. Paulo Cunha (1), no campo doutrinário ou jurisprudencial é que se pode situar o recurso à ficção, mas nunca no legal, dado que uma vez nele já não se pode falar em ficções. O que acontece é que, por vezes, a lei organiza abstrações, as quais, porém, são sempre reais, visto que eficientemente criadas por lei.

Logo, a construção dos autores que baseiam a construção da natureza jurídica do crime continuado no facto da lei afirmar tal unidade, não nos satisfaz.

A própria afirmação de Leone é pouco satisfatória, porquanto ao basear a sua construção no processo legislativo, mais não faz que confirmar — a nosso ver — a teoria de que o legislador italiano, ao afirmar unificados psicológicamente os vários actos cons-

(1) *Lições de Direito de Família*, 1941, pág. 517.

tituitivos da unidade jurídica crime continuado, está a reconhecer uma realidade (embora baseada num elemento não exclusivamente jurídico) e não a criar uma ficção.

Além de que a opinião de Leone se baseia em elementos positivos da lei italiana que nos faltam e que não são gerais ao direito, doutrinalmente considerado na sua generalidade.

Ficar-nos-ia ainda de pé a afirmação de Ruggiero, de que a ficção é uma construção também jurisprudencial.

Ora este factor é de tal modo preso ao positivo, que não o aceitamos para uma construção doutrinal. Quando examinarmos a posição da jurisprudência portuguesa perante o assunto, veremos que se pode fundar nela a teoria da ficção.

Mas, adiantaremos desde já a noção de que não cria uma ficção, mas reconhece uma abstracção.

A outra posição que se nos apresenta, é a que considera a unidade, o crime continuado, como realidade natural.

Ora esta opinião, que analisámos a seu tempo, não nos pode satisfazer, porque onde temos que reconhecer a realidade plural é no campo natural. Não nos podem ficar dúvidas a este respeito, desde que exigimos como elemento da figura do crime continuado a pluralidade de acções e omissões e a pluralidade descontínua de eventos.

Fica-nos para examinar a última posição: a da unidade jurídica do crime continuado.

Afastada a teoria da ficção, como conceber a unidade de elementos que naturalmente consideramos plúrimos?

Pela teoria da abstracção.

Como se distingue esta da da ficção?

A ficção cria figuras considerando existente o que não existe, ou inversamente.

Ora, na abstracção jurídica, a realidade natural existe. Não é mera criação legal. Sòmente, apenas certos elementos dessa realidade são considerados pelo legislador ao elaborar a norma. Quer isto dizer que atrofia a realidade?

De modo algum. O que se passa parece ser o facto de incidir sobre a realidade a atenção do direito apenas em certos pontos

que lhe interessa. No bloco total da realidade, o direito vai encarar certos aspectos salientes dela, para em torno destes formar a sua criação.

Há, assim, em primeiro lugar, uma reelaboração da realidade e depois a sua adaptação às necessidades jurídicas. E é inteiramente legítima tal forma de proceder, porquanto a valorização jurídica de um facto natural se baseia naquele aspecto consciente que atrás examinámos e que, segundo as variações culturais da época e da sociedade em que está integrado o sistema jurídico, incide a sua especial atenção numa ou noutra faceta mais activa.

E como, quando integrados por uma norma ou sistema jurídicos, os factos naturais passam a ter relevância para o direito, desde que este seja levado a considerar só esses elementos da realidade, a realidade jurídica impõe-se com tanta força no campo do direito, como a natural no da natureza.

Isto será criar uma nova realidade distinta da natural? Não. Apenas, aproveitar desta o que essencialmente pode vinculá-la à vida do direito, para a vincular à realização dos valores a que tende o Direito.

Como exemplo flagrante destas afirmações, temos todas as construções respeitantes à personalidade.

Nesta nota-se bem que, mantendo-se sempre a mesma realidade natural — o indivíduo — a construção da sua forma jurídica varia no tempo e no espaço, sem que se possa afirmar, portanto, que é uma ficção jurídica.

A sua existência é real, mas trabalhada de modo particular pelo direito. É uma abstracção em relação ao homem natural, por aproveitar só alguns elementos — o social e o espiritual — mas uma realidade.

Assim, pelo enunciado do art. 421.º, § 3.º, do Código Penal, vemos que realmente a própria lei assim o considera.

Considera-se como um só furto o total das diversas parcelas subtraídas pelo mesmo indivíduo à mesma pessoa, embora em épocas distintas.

Considera-se como um só furto — a unidade.

O total das diversas parcelas subtraídas pelo mesmo indivíduo à mesma pessoa em épocas distintas — a unificação das várias realidades naturais que não são encaradas como parcelas.

Como se vê daqui, a nossa visão constrói a ficção, mas encara as realidades sob os seus aspectos unificados, a ponto de realizar a sua construção como *parcelas*.

Abstrai dos outros elementos naturais, para encarar apenas esse da unificação, naqueles diversos actos que individualmente se iam incluir na definição do corpo do artigo. Na realidade, qualquer deles consiste em *subtrair fraudulentamente uma coisa que não pertença ao subtractor*.

Mas quando se verifiquem certos elementos, a lei considera tais coisas como *parcelas* de um todo.

Podemos pois afirmar que a natureza do crime continuado é a de uma unidade que constitui uma realidade jurídica, nascida da abstracção legal de dados elementos naturais, para apenas serem considerados os unificadores, mediante a verificação de dados elementos de ordem objectiva e subjectiva.

Tem importância a determinação da natureza do crime continuado deste modo, pois assim é possível applicá-la genèricamente a todas as figuras do crime, desde que nelas se verifiquem os elementos e as limitações que atrás consideramos.

É uma unidade. É uma unidade real, baseada em factores jurídicos.

É uma unidade jurídica, portanto.

CAPÍTULO III

O CRIME CONTINUADO PERANTE A LEI E A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESAS

O único preceito existente na nossa lei penal referente à figura do crime continuado, é o § 3.º do art. 421.º, ao tratar do crime de furto. Esta disposição não acompanha o Código desde a primitiva compilação de leis dispersas que o compõem, mas foi introduzida pelo Decreto n.º 20.146, de 1 de Agosto de 1931, na nova redacção que deu ao art. 421.º do Código Penal (1).

(1) *Código Penal Português*, art. 421.º, § 3.º, «Considera-se como um só furto o total das diversas parcelas subtraídas pelo mesmo indivíduo à mesma pessoa, embora em épocas distintas».

Se procurássemos realizar sobre ele a obra que os juristas italianos levaram a efeito sobre o art. 81.º do Novo Código Penal Italiano, sofreríamos a inutilidade do nosso esforço.

Em primeiro lugar, não é uma disposição genérica: é restrita apenas a um crime — o furto.

Em segundo lugar, por isso mesmo, não atende à construção doutrinal que já à época estava desenvolvida para incluir no Código uma disposição deficiente.

Em terceiro lugar, abre lugar a sérias dúvidas de interpretação.

Justifica-se assim o comentário da Revista de Legislação e Jurisprudência (vol. LXV, n.º 3.457, págs. 3 e 4):

«Confronte-se o § 3.º do art. 421.º do nosso Código Penal, introduzido pelo Decreto n.º 20.146, com o art. 81.º do Novo Código Penal Italiano e ver-se-á a diferença entre uma disposição mal redigida, mal pensada, que veio introduzir maiores dúvidas do que as que anteriormente existiam, e um preceito que foi cuidadosamente elaborado e redigido».

No entanto, procuremos determinar os elementos que exige o § 3.º do art. 421.º e as suas contradições com a elaboração doutrinária que procuramos fazer.

- a) — Refere-se apenas aos casos de furto.
- b) — Ao falar de parcelas, parece poder indicar que se há-de tratar de objectos da mesma natureza.
- c) — Exige-se a unidade do sujeito activo e a sua individualidade.

Discordamos do 2.º aspecto, porque, como vimos, nada impede, em nosso entender, que o crime continuado seja realizado por um grupo.

- d) — Exige a unidade genérica do sujeito passivo.
- e) — Exige a descontinuidade temporal.
- f) — É deficientíssimo na indicação dos restantes elementos do crime continuado.

Assim, procuraremos examiná-los :

a) — Ao referir-se apenas ao furto, levanta o problema de se saber se é de aplicar genêricamente, se é restrito àquele crime.

Realmente, a circunstância de a disposição não ter o carácter genérico que tem no Código Penal Italiano, pode-nos levar a declarar a impossibilidade de estender a sua aplicação a outros crimes.

Será assim ?

O crime continuado traduz-se muita vez numa atenuação da pena imposta ao agente. Mas já nos crimes contra o património, se traduz numa agravação, por serem tais crimes punidos segundo o quantitativo pecuniário do dano causado (1).

Assim, para estes últimos nunca seria possível a aplicação analógica, porque prejudicial ao agente.

Mas a norma que o estabelece será uma norma penal positiva ou negativa ?

Tem importância esta determinação, porquanto se a solução fôr a primeira, não é susceptível de aplicação analógica, pelas regras gerais da interpretação da lei penal (art. 11.º do Código Civil, arts. 5.º, 18.º, 34.º, 84.º e 85.º do Código Penal).

Mas se se tratar de norma penal negativa, já esta, por ser excepção à regra geral do direito penal que repõe o estado inicial de liberdade, entra no âmbito da interpretação analógica, por fugir à regra geral da interpretação penal. Logo, é de aplicar a analogia.

Ora, o crime continuado tem por fim atenuar a gravidade da punição do agente dos vários delitos singulares.

E quando se nota o contrário nos crimes patrimoniais, não representa isto uma excepção ao princípio, mas uma mera contingência de técnica legal.

(1) *Código Penal* — P. ex. *furto*, arts. 421.º a 423.º do Código Penal; *roubo*, arts. 432.º a 444.º do Código Penal; *burla*, arts. 450.º a 452.º do Código Penal; *abuso de confiança*, art. 453.º, que remete para os arts. 421.º a 423.º, do mesmo Código.

Assim, mantém-se a natureza da norma penal negativa, aplicável, por isso, analogicamente.

Logo, é aplicável o art. 421.º, § 3.º, do Código Penal a todos os crimes.

b) — Quererá a afirmação do § 3.º do art. 421.º do Código Penal de que é considerado uno o furto de *várias parcelas*, referir-se às diversas, individualizadas, que são elemento do *crime continuado*?

Ou, pelo contrário, querer-se-á realmente referir a partes distintas de um mesmo crime?

Por outras palavras, querer-se-á referir às diversas acções ou eventos, exigindo neste último caso que sejam parcelas constitutivas do todo que forma o objecto do furto?

A própria redacção do artigo parece comprovar as nossas conclusões anteriores. Não destrói, assim, a afirmação feita de que o art. 421.º, § 3.º, do Código Penal, na sua aplicação analógica, admite a generalização a todos os crimes. Isto não seria possível se não fosse considerada a expressão «diversas parcelas» como indicando as diversas acções criminosas, porquanto só aos eventos complexos se podia referir.

Mas não. Ao dizer que *considera-se como um só furto o total das diversas parcelas*, o artigo não se pode querer referir aos eventos, porquanto define furto no corpo do artigo como sendo *a subtracção fraudulenta de uma coisa que não pertence ao agente*.

Podia-se dizer que a verdadeira interpretação do § 3.º, conjugada com o corpo do artigo, justificava a interpretação dada de que ao evento e não às acções se refere.

Mas não concordamos, porquanto considerando aí as *épocas distintas* em que as várias subtracções se verificam, não pode deixar de ser considerada a subtracção de cada parcela como um furto.

Logo, o § 3.º do art. 421.º do Código Penal deve querer dizer: *Considera-se como um só o total de diversos furtos realizados pelo*

mesmo indivíduo à mesma pessoa, embora em épocas distintas, o que é perfeitamente aplicável por analogia aos outros crimes.

c) — Quanto à exigência legal da unidade do sujeito activo, estamos de acôrdo com estes elementos.

Mas já não podemos aceitar a exigência da individualização do sujeito activo porque, como vimos, nada há que obste a uma pluralidade de sujeitos activos, dado que o que se exige é que o lado activo do crime seja uno. Assim, parece-nos que esta indicação da lei tem que ser compreendida extensivamente, o que é admissível porque se trata de uma norma negativa.

A expressão *pelo mesmo indivíduo* tem que ser entendida como tratando-se *dos mesmos agentes*.

d) — Outro problema que a sua interpretação levanta, é a exigência de *unidade genérica do sujeito passivo*.

Na construção que esboçámos atrás, concluímos que esta só é exigível nos crimes que violem interesses protegidos por aqueles direitos doutrinamente conhecidos por *peçoalíssimos*, em consequência da unidade de interesse lesado.

O Prof. Beza dos Santos tenta resolver essa dificuldade dizendo: «O § 3.º, interpretado à letra, supõe a identidade do sujeito passivo; ousadamente interpretado estende-se à *ratio legis*, pode não exigir tal identidade» (1).

Parece-nos que será ousadia demais interpretá-lo deste modo.

Na realidade, a lei diz que o sujeito passivo terá que ser o mesmo para o crime de furto.

Indicará isto porém que na aplicação analógica que se faça tem que se considerar esta identidade?

Quere-nos parecer que não, porque o § 3.º do art. 421.º do Código Penal representa o afloramento do princípio geral de que o crime continuado é de aceitar na nossa lei.

E assim, porque essa exigência foge a toda a construção doutrinal, e mesmo aos imperativos que o estado cultural da consciência jurídica social impõe, não deve ser — a nosso ver — atendida na figura geral.

(1) Beza dos Santos, *Lições de Direito Penal*, 1935-36, pág. 285.

Em todo o caso, porque é expressa a disposição do § 3.º do art. 421.º, não deve haver outra solução senão considerá-la no crime de furto.

Nos outros, porém, deve ser de aplicar a doutrina exposta, pela qual só a violação dos direitos pessoalíssimos deve exigí-la.

É aliás a orientação que neste tema os nossos tribunais têm por vezes seguido, embora não se possa afirmar a sua unidade de pontos de vista.

Assim, a exigência da unidade de sujeito passivo no furto, para este se considerar crime continuado, aparece no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 26 de Abril de 1938 e no da Relação do Porto, de 31 de Março de 1943.

A aplicação da figura do crime continuado a crimes diversos dos do furto, é aceite pela Relação de Lisboa, no seu Acórdão de 26 de Março de 1938, em que se manda aplicar a disposição do § 3.º do art. 421.º do Código Penal ao crime previsto no art. 453.º do mesmo Código (abuso de confiança).

Não é exigida também nos considerandos do acórdão de 7 de Novembro de 1944, do Supremo Tribunal de Justiça, em que se diz: «O delicto continuado ou repetido dá-se quando há unidade de determinação e de interesse jurídico violado, mas pluralidade de acções distintas no tempo». Nestes elementos, próximos dos que nós indicamos, não se faz referência ao sujeito passivo (1).

Por isto, embora a jurisprudência não seja unânime, vemos que a nossa solução é condicente com as decisões judiciais portuguesas.

Logo, a identidade do sujeito passivo perante a nossa lei e parte da nossa jurisprudência, é exigida sempre nos crimes de furto, mas já o não é na sua aplicação aos outros, salva, é evidente, a reserva feita para os crimes contra direitos pessoalíssimos.

e) — Na redacção da disposição que estamos examinando, vemos bem a descontinuidade dos eventos que consideramos como elementos: *embora em épocas distintas.*

(1) No mesmo sentido, ver considerandos do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Abril de 1931.

Aqui, porém, diz-se: *embora em épocas distintas*, o que parece levar à interpretação de que podê-lo-á ser também na mesma.

Mas em nada destrói a nossa construção, pois indicará, quando muito, que em regra se considera na mesma época.

Época e não momento, o que permite manter a nossa exigência de descontinuidade de eventos, sendo só aí a conexão temporal mais estreita.

Assim, vemos que os elementos que a lei considera estão de acordo com os que apontamos, «*mutatis mutandis*».

f) — Mas outros há que pertencem exclusivamente à jurisprudência, a considerar dado que a lei lhes não faz referência.

E, na verdade, alguns encontramos.

Unidade de desígnio, unidade de resolução ou determinação, vamos encontrar exigidas no citado acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Novembro de 1944 (1).

No mesmo acórdão se exige a unidade de interesse violado.

A permissão das formas várias do mesmo crime, foi também aceite num caso em que se tratava de um crime consumado de furto e de tentativa de outro, no acórdão da Relação do Porto, de 15 de Março de 1939.

Vemos ainda na nossa jurisprudência a tendência para admitir a figura do crime continuado fora dos casos de furto, e de considerar a solução que apontamos aqui para o problema da identidade de sujeito passivo. Quanto a este último, vamos notando nos últimos acórdãos a tendência para o considerar como sendo o titular do mesmo interesse, como se vê no acórdão citado da Relação do Porto, de 31 de Março de 1943.

Perante a deficiência da nossa lei, cabe aos tribunais a construção da figura que, como vimos atrás, é aceite pela jurisprudência como decididamente integrada no nosso sistema penal.

O próprio Supremo Tribunal de Justiça, no seu acórdão de 13 de Abril de 1947, considera a figura do crime continuado como

(1) No mesmo sentido, Acórdão da Relação de Lourenço Marques, de 20 de Outubro de 1931.

tradicional no nosso direito, consignada na nossa lei, dizendo : «A classe dos crimes contínuos não é mera criação doutrinal; acha-se referida no art. 1.029.º da Novíssima Reforma Judiciária e foi sancionada para o furto pelo § 3.º do art. 421.º do Código Penal e adoptada pela jurisprudência».

Podemos, pois, afirmar que, pelas razões expostas, a figura do crime continuado constitui uma figura aceite pela nossa lei, como de aplicação geral, e pela jurisprudência portuguesa.

De desejar será que no próximo Código Penal, a cuja elaboração se estão dedicando eminentes penalistas portugueses, tal figura seja estudada e regulada com o cuidado e clareza com que o foi no Código Penal Italiano.

Gonçalo de Mesquitela