

AS ALTERAÇÕES AO CÓDIGO PENAL DE 1995, RELATIVAS AO CRIME CONTINUADO, PROPOSTAS NO ANTEPROJECTO DE REVISÃO DO CÓDIGO PENAL *

Maria da Conceição Valdágua**

I. Objecto e plano da exposição

1. Cabe-nos fazer, com a brevidade adequada às circunstâncias, uma apreciação crítica fundamentada das alterações ao regime do crime continuado previstas no Anteprojecto de Revisão do Código Penal (CP), elaborado pela Unidade de Missão para a Reforma Penal.

Embora na respectiva Exposição de Motivos se diga expressamente que o âmbito do Anteprojecto “é circunscrito, compreendendo um número limitado de regimes e mantendo incólume, no essencial, o sistema do Código Penal de 1995”, afigura-se-nos que a apreciação crítica que nos foi pedida não deve incidir apenas sobre as singulares alterações (aditamentos) que o Anteprojecto prevê para algumas das disposições da Parte Geral do CP de 1995 que contemplam o crime continuado, mas deve abranger também a solução, adoptada no Anteprojecto, de manter essas disposições, que são: o artigo 30º n.º 2 do CP, que estatui o reconhecimento, pelo legislador, da figura do crime continuado e contém a definição deste, o artigo 79º do CP, que

* Texto de uma palestra proferida na Universidade Lusíada de Lisboa, em Maio de 2006, no âmbito de um Colóquio sobre a Revisão do Código Penal de 1995.

** Prof.ª da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa; Membro da Comissão de Programas Especiais de Segurança.

Revista do Ministério Público do RS	Porto Alegre	n. 66	maio 2010 – ago. 2010	p. 271-280
-------------------------------------	--------------	-------	-----------------------	------------

estabelece o regime da punição do crime continuado, e o artigo 119º n.º 2 alínea b) do CP, que fixa o início do prazo da prescrição do procedimento criminal para os singulares actos do agente abrangidos pela continuação criminosa.

Na verdade – e sem que isto signifique esquecer que a regulamentação do crime continuado no CP de 1995 continua a reflectir, no essencial, o pensamento de um dos mais prestigiados especialistas desta matéria e Autor dos Projectos subjacentes ao CP de 1982 – não pode deixar de considerar-se, pelo menos, altamente duvidoso o acerto da solução acolhida no Anteprojecto, em face dos argumentos contrapostos, com particular intensidade nos últimos tempos, à manutenção da figura do crime continuado. Esses argumentos, alguns dos quais serão adiante referidos, reflectem, fundamentalmente, preocupações de justiça material e de garantia dos direitos do arguido e levaram, na última década do século XX, primeiro o Tribunal Federal suíço (*Bundesgericht*) e pouco depois o Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), a abandonar a figura do crime continuado, que tinham acolhido e aplicado até então, em jurisprudência constante, durante várias dezenas de anos.

2. As considerações subsequentes serão expostas em conformidade com o seguinte sumário:

Começaremos por recordar (II, *infra*), em síntese, os aspectos mais relevantes (para os fins desta exposição) das referidas disposições da Parte Geral do CP de 1995 que expressamente se referem ao crime continuado.

Em seguida (III, *infra*), procuraremos mostrar em que consiste, que alcance tem e até que ponto merece concordância ou discordância (no contexto de uma solução de manutenção da figura do crime continuado) cada uma das duas alterações do CP de 1995 previstas, nesta matéria, pelo Anteprojecto: o aditamento de um n.º 3 ao art. 30º e de um n.º 2 ao art. 79º.

Finalmente (IV, *infra*), procederemos a uma breve análise crítica da opção, feita pela Unidade de Missão, de manter as três mencionadas disposições da Parte Geral do CP que expressamente contemplam o crime continuado.

II. **As disposições da Parte Geral do CP de 1995 expressamente respeitantes ao crime continuado**

3. Começamos por recordar o teor literal e, na medida indispensável para os fins da presente exposição, também outros aspectos importantes, das três já mencionadas disposições legais que, no CP de 1995, se referem expressamente ao crime continuado.

4. O nº 2 do art. 30º do CP de 1995, que estatui o acolhimento, pelo legislador, da figura do crime continuado e contém a definição deste, reproduz *ipsis verbis* o nº 2 do art. 30º do CP de 1982, o qual, por sua vez, corresponde, sem qualquer alteração de substância, ao § único do art. 33º do Projecto da Parte Geral do CP do Prof. EDUARDO CORREIA. Esse nº 2 do art. 30º do CP vigente estabelece: “*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, executada por forma essencialmente homogénea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.*”.

Na 13ª Sessão da Comissão Revisora do CP, que teve lugar em 8 de Fevereiro de 1964, o Dr. MAIA GONÇALVES propôs que ficasse explicitado no texto legal (em aditamento ao § único do art. 33º do Projecto do Prof. EDUARDO CORREIA), que “*a continuação não se verifica (...) quando são violados bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo tratando-se da mesma vítima*”. Esta proposta foi aprovada por maioria, embora o Prof. EDUARDO CORREIA não tivesse considerado indispensável o aditamento, uma vez que a conclusão nele contida já se retiraria da expressão “*o mesmo bem jurídico*”.¹

Aliás, é indubitável que a proposta apresentada pelo Dr. MAIA GONÇALVES estava em plena sintonia com o pensamento do Autor do Projecto, exposto na sua dissertação de doutoramento, sendo de notar que já aí o Prof. EDUARDO CORREIA havia posto em relevo não se tratar de uma excepção à regra da unidade de tipo legal ou de bem jurídico, como pressuposto do crime continuado.²

No entanto, esse aditamento proposto pelo Dr. MAIA GONÇALVES para o § único do art. 33º do Projecto do Prof. EDUARDO CORREIA e aprovado por maioria na mencionada sessão da Comissão Revisora não foi acolhido no CP de 1982.

5. O art. 79º do CP de 1995, que reproduz, sem qualquer alteração substancial, o nº 5 do art. 78º do Projecto de CP de 1982, estabelece: “*O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação*”.

No âmbito dos trabalhos da Comissão de Revisão levada a cabo pelo DL 48/95, de 15 de Março, o Prof. FIGUEIREDO DIAS, pronunciando-se sobre este preceito, referiu que a solução aí contida, embora muito discutível, sempre havia sido defendida pelo Prof. EDUARDO CORREIA.³

¹ Actas da Comissão Revisora do Código Penal, Parte Geral, I v-, ed. AAFDL, p. 213.

² EDUARDO CORREIA, *Unidade e Pluralidade de Infracções*, Coimbra, 1945, p.s. 350 ss. (352).

³ *Código Penal, Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Lisboa, 1993, p. 84.

O referido preceito veio a ser autonomizado num novo artigo, como preconizou o Procurador-Geral da República,⁴ dando lugar ao actual art. 79º.

Como bem nota o Prof. FIGUEIREDO DIAS, o art. 79º do CP não deve ser entendido como consagração de um puro *princípio de absorção*, mas sim de um *princípio de exasperação*:⁵ “o que o Tribunal terá de fazer é, numa primeira operação, eleger a **modalidade penal mais grave** cabida aos diversos actos singulares; eleita esta, ele irá determinar dentro dela, segundo as regras gerais, a **medida da pena** do crime continuado”.⁶

É, no entanto, importante, para a compreensão da análise crítica, que adiante se fará, da figura do crime continuado, reter que o regime da punição deste, embora não consagre um puro *princípio de absorção*, também não implica a determinação prévia das penas concretas que cabem, respectivamente, aos actos singulares do agente abrangidos pela continuação criminosa. O Tribunal, em suma, não tem de efectuar qualquer operação prévia correspondente àquelas a que deve proceder no caso de concurso de crimes, nos termos do art. 77º do CP, que exige a determinação preliminar das “*penas concretamente aplicadas aos vários crimes*”.

6. Quanto à disposição legal do **art. 119º nº 2 alínea b) do CP de 1995**, que não tem correspondência no CP de 1982, importa assinalar aqui que se trata de um preceito **desfavorável ao agente do crime continuado**, pois protela o início do prazo de prescrição do procedimento criminal relativamente a todos os actos singulares do agente abrangidos pela continuação criminosa, excepto o último.

Assim sendo, este preceito não pode, em qualquer caso, ser explicado e muito menos fundamentado através daquela **considerável diminuição da culpa do agente** (resultante de uma determinada solitação exterior), que constitui a quintessência da figura do crime continuado, nos termos do art. 30º, nº 2 do CP.

III. **As alterações do direito vigente previstas no Anteprojecto, em matéria de crime continuado**

7. O Anteprojecto prevê um aditamento, ao art. 30º do CP, de um nº 3, cujo teor literal é o seguinte:

“3 – *O disposto no número anterior não abrange os crimes praticados contra bens eminentemente pessoais, salvo tratando-se da mesma vítima.*”

⁴ *Código Penal, Actas...*, cit, p. 160.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português, Parte Geral*, II, Coimbra, 1993, p. 296 s.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, *ob. cit.*, p. 296.

Este aditamento tem, substancialmente, o mesmo conteúdo que a mencionada proposta feita pelo Dr. MAIA GONÇALVES em 1964, na 13ª Sessão da Comissão Revisora do CP, a qual, como se referiu, foi aprovada por maioria pela Comissão Revisora, sem, no entanto, vir a ser acolhida no CP de 1982. Será de aplaudir a introdução, no direito vigente, deste esclarecimento, que o Prof. EDUARDO CORREIA e o legislador de 1982 consideraram dispensável ?

O Prof. EDUARDO CORREIA, que largamente fundamentou a exclusão, do âmbito do crime continuado, da ofensa de bens jurídicos eminentemente pessoais de que não fosse titular a mesma vítima,⁷ entendia, como já se viu, não ser necessário consagrar expressamente tal solução, através de um aditamento à definição legal de crime continuado, até porque, na sua opinião, não se trata de uma excepção ou restrição aposta a essa definição, mas sim de uma consequência do requisito “*mesmo bem jurídico*”, já constante da definição de crime continuado (art. 30º nº 2 do CP).

Afigura-se-nos duvidoso que, decorridos mais de 40 anos sobre a proposta do Dr. MAIA GONÇALVES e mais de 20 sobre a publicação do CP de 1982, onde o legislador não considerou necessário acolher essa proposta, se justifique aditar ao art. 30º do CP vigente um nº 3 que tem, substancialmente, o mesmo conteúdo que a dita proposta. Com efeito, trata-se de uma delimitação do âmbito da figura do crime continuado que foi exaustiva e convincentemente fundamentada pelo Prof. EDUARDO CORREIA na sua dissertação de doutoramento e que não nos parece que possa ser facilmente ignorada. Assim, a introdução do esclarecimento numa Reforma do CP que viesse a entrar em vigor em 2006, até poderia envolver o perigo de alguma jurisprudência vir a entender que se trata de um “regime novo”, o qual, por ser *contra reum*, não seria aplicável aos casos ocorridos anteriormente ao início da vigência dessa Reforma. Daí poderiam decorrer, como bem se compreende, consequências que seriam manifestamente de rejeitar, nomeadamente em matéria de crimes contra a liberdade sexual, praticados pelo mesmo agente contra uma pluralidade de vítimas, “*no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior*” (art. 30º nº 2 do CP).

Isto, aliás, é tanto mais assim quanto é certo que na Exposição de Motivos se lê, a respeito do projectado aditamento do nº 3 ao art. 30º, que o conteúdo desse aditamento está “*de acordo (...) com o entendimento da jurisprudência*”.⁸ Para quê, então, correr o risco de produzir, com a introdução do referido aditamento, exactamente a consequência que se pretende evitar?

⁷ *Unidade e Pluralidade de Infracções*, cit., ps. 350 ss.

⁸ Exposição de Motivos do Anteprojecto de Revisão do Código Penal, p. 5.

8. A restante alteração do direito vigente, em matéria de crime continuado, prevista pelo Anteprojecto, consiste no aditamento de um n.º 2 ao art. 79.º do CP, com o seguinte teor literal:

“1 – O crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação.

2 – *Se, depois de uma condenação transitada em julgado, for conhecida uma conduta mais grave que integre a continuação, a pena que lhe for aplicável substitui a anterior.*”.

Esta solução merece a nossa inteira concordância, se assentarmos no pressuposto, que, *por enquanto*, não pomos em causa, de que deve manter-se a figura do crime continuado, bem como o regime da punição deste, que consta do actual art. 79.º do CP = n.º 1 do art. 79.º do Anteprojecto. Na verdade, se estiver certo esse pressuposto, o novo n.º 2 do art. 79.º virá eliminar uma grave incongruência do actual regime de punição do crime continuado e fá-lo-á sem desrespeito do art. 29.º n.º 5 da Constituição, onde se consagra o princípio *non bis in idem*, como sublinha, com razão, a Exposição de Motivos.⁹

No entanto, importa acentuar que o aditamento em referência está longe de eliminar todas as consequências que, em nosso entender, constituem um benefício injusto para o autor de um crime continuado, decorrente da articulação da norma *non bis in idem* com o regime de punição do crime continuado estabelecido no actual art. 79.º do CP (= n.º 1 do art. 79.º do Anteprojecto). Adiante voltaremos a este ponto, no âmbito da questão que consiste em saber se a figura do crime continuado deverá ser mantida ou abandonada. Passamos imediatamente a tratar desta questão.

IV. Manutenção ou abandono da figura do crime continuado?

9. A figura do crime continuado encontrou acolhimento em diversas ordens jurídicas, numas por opção expressa do legislador – é, por exemplo, o que se passa em Portugal, bem como no Brasil (art. 71.º, corpo e § único, do CP brasileiro) e em Espanha (art. 74.º n.º s 1, 2 e 3 do CP espanhol) –, noutras por criação jurisprudencial, (como aconteceu, designadamente, na Alemanha, na Áustria e na Suíça).

O Tribunal Federal suíço (*Bundesgericht*) abandonou expressamente a construção do crime continuado em duas decisões que remontam aos anos de 1990 e 1991.¹⁰

⁹ Exposição de Motivos, cit., p. 5.

¹⁰ Cfr., por todos, STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht AT I*, 2ª ed., 1996, p. 475; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5ª ed., 1996, p. 715, n. 33; ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, p. 872, n. 263.

O Tribunal Federal alemão (*Bundesgerichtshof*), num aresto de 3 de Maio de 1994, que chegou a ser denominado “*a decisão do século*”,¹¹ submeteu a uma crítica muito extensa e contundente a figura do crime continuado, para fundamentar a sua rejeição no caso concreto em apreço, e desde então, jamais voltou a admiti-la, tendo-a afastado expressamente em todos os outros casos que foi chamado a decidir, nomeadamente a respeito de crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, crimes de ofensas corporais, furto, extorsão, infidelidade, falsificação de documentos e suborno activo e passivo, entre outros.¹²

Se a isto acrescentarmos que actualmente, na Alemanha, a figura do crime continuado é rejeitada, entre numerosos outros penalistas, por Autores tão representativos como JAKOBS, JESCHECK, ROXIN, SCHMIDHÄUSER e STRATENWERTH, nas respectivas exposições da Parte Geral do Direito Penal, supomos haver tornado, pelo menos, plausível a opinião, que partilhamos, de que se justifica reflectir sobre a manutenção ou eliminação daquela figura, no quadro da projectada Reforma do Direito Penal português.

Com o objectivo de contribuir para essa reflexão, vamos expor, resumidamente, as razões que, segundo cremos, justificam a eliminação das disposições dos arts. 30 n.º 2, 79.º e 119.º n.º 2 alínea b) do CP (esta última, na parte em que alude aos crimes continuados).

10. Contra a manutenção da figura do crime continuado militam duas espécies de argumentos: uns de justiça material e outros de ordem garantística (respeitantes aos direitos do arguido em Processo Penal).

Vejamos, em síntese, em que consiste cada um deles.

11. O primeiro argumento de justiça material que temos em vista consiste em assinalar que o regime de punição do crime continuado, estabelecido no art. 79.º do CP, privilegia injustamente o agente do crime continuado, em comparação com o regime de punição do agente de vários crimes em concurso (art. 77.º do CP). Na verdade, como já se referiu, no caso do crime continuado, só dentro da moldura penal aplicável à infracção mais grave abrangida pela continuação podem ser tomados em conta todos os restantes actos singulares, criminalmente relevantes, praticados pelo agente, enquanto que, no caso de concurso de crimes, a cada um dos crimes em concurso é aplicada uma pena e a soma de todas essas penas concretamente aplicadas é que perfaz o limite máximo da pena aplicável ao concurso de crimes.

Poderá objectar-se a isto que a benevolência do regime de punição do crime continuado, em comparação com o regime de punição do concurso de crimes, é justificada porque, no caso do crime continuado, os actos singulares

¹¹ Assim HAMM, NJW 1994, p. 1636 (*apud* ROXIN, *ob. cit.*, p. 878).

¹² Cfr. ROXIN, *ob. cit.*, p. 874 s.

abrangidos na continuação criminosa são praticados no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminui consideravelmente a culpa do agente, como inequivocamente exige o preceito do art. 30º 2º do CP. Mas a objecção não colhe, porque essa diminuição considerável da culpa refere-se, necessariamente, a cada um dos actos singulares abrangidos na continuação e, portanto, nada impediria que, num primeiro momento, fosse aplicada a cada um deles uma determinada pena (correspondente à culpa “consideravelmente diminuída” do agente do crime continuado), à semelhança do que acontece, *mutatis mutandis*, no concurso de crimes.

Em suma: mesmo aceitando que no crime continuado existe uma diminuição considerável da culpa do agente, pela razão indicada no art. 30º 2º do CP, a justa punição do crime continuado seria perfeitamente alcançada com a aplicação das regras de punição do concurso de crimes estabelecidas no art. 77º do CP. Em face disto, o regime do art. 79º do CP constitui um benefício injustificado e injusto. Isto é bem claro se atentarmos em que, nos termos do art. 79º do CP, só dentro da moldura penal aplicável à infracção mais grave abrangida pela continuação criminosa é que podem ser tomados em conta todos os restantes actos singulares do agente do crime continuado, quer eles sejam, por exemplo, apenas dois, ou vinte, ou duzentos.

12. Outro argumento de justiça material que depõe contra a manutenção da figura do crime continuado é o que põe em relevo o benefício injusto que resulta, para o agente do crime continuado, da articulação desta figura com a aplicação do princípio *non bis in idem*, acolhido no art. 29º 5º da CRP.

O Prof. EDUARDO CORREIA teve consciência deste argumento e construiu até um exemplo, do qual resulta muito claramente que a figura do crime continuado pode levar à impunidade de actos singulares abrangidos pela continuação criminosa que só sejam conhecidos depois da condenação do agente. Adaptando esse exemplo ao Direito Penal português vigente, poderemos imaginar que alguém é condenado por furto continuado de quantias de valor diminuto e, depois da condenação, vem a apurar-se que ele praticou, no mesmo período, também vários furtos de valor elevado, abrangidos pela continuação criminosa.

A posição do Prof. EDUARDO CORREIA quanto a esta matéria era que, por um lado, se poderia tolerar nestes casos a violação da justiça material em nome dos “altos benefícios” resultantes da figura do crime continuado para a paz e segurança do direito, e, por outro lado, que, “dada a elasticidade do conceito” (de crime continuado), os Tribunais poderiam sempre negar “a verificação concreta da continuação criminosa”.¹³

¹³ Unidade e Pluralidade de Infracções, cit., p. 378 s., n. 1.

Não nos parece que possa sufragar-se a posição do ilustre Mestre de Coimbra, quer no que respeita à aceitação de violações da justiça material, quer no que se refere a uma “elasticidade do conceito” de crime continuado que permitiria ao Juiz negar ou afirmar a existência da continuação criminosa, mesmo quando se verificarem, inequivocamente, os requisitos legais dessa continuação.

Por último, recordar-se-á, a propósito deste argumento contra a manutenção da figura do crime continuado, que ele permanece válido, mesmo que se introduza no art. 79º do CP o aditamento de um nº 2, com o teor literal proposto no Anteprojecto em apreço. Na verdade, o caso previsto e resolvido nesse aditamento é apenas *uma* das situações de injustiça material que podem ocorrer, no âmbito da articulação da figura do crime continuado com a aplicação da norma *non bis in idem*.

13. Na verdade, as violações da justiça material que podem resultar da figura do crime continuado não são apenas as duas assinaladas, que privilegiam injustificadamente o agente do crime continuado, em comparação com o agente do concurso de crimes: aquela figura pode também levar a consequências desfavoráveis e injustas para o agente do crime continuado.

É o que se passa, desde logo, com o regime estabelecido no art. 119º nº 2 alínea b) do CP para a contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal nos crimes continuados. Com efeito, deste preceito resulta que, nos casos de continuação criminosa, é protelado o início do prazo de prescrição do procedimento criminal de todos os actos singulares abrangidos pela continuação, com excepção apenas do último desses actos. Não se vê como possa justificar-se este regime, nomeadamente quando se tenha em conta que a quintessência do crime continuado consiste numa considerável diminuição da culpa do agente, como inequivocamente decorre do art. 30º nº 2 do CP.

14. Outro argumento de justiça material contra a figura do crime continuado, que consiste em assinalar um tratamento desfavorável e injusto do agente da continuação criminosa, resulta das consequências daquela figura para a contagem do prazo de extinção do direito de queixa, nos termos do art. 115º nº 1 do CP.

Se se entender, como geralmente se entende, que esse prazo só começa a contar a partir do conhecimento, pelo titular do direito de queixa, do último acto singular abrangido pela continuação, estamos perante um tratamento discriminatório do agente do crime continuado, semelhante àquele que, como se viu, existe, por força de lei expressa (art. 119 nº 2 alínea b) do CP), a respeito do início do prazo da prescrição do procedimento criminal.

15. Finalmente, não pode esquecer-se que a figura do crime continuado, na medida em que dispensa o Tribunal de determinar o número exacto de actos singulares abrangidos pela continuação criminosa e bem assim de aplicar uma pena a cada um desses actos, como operação prévia semelhante à que necessariamente tem lugar no caso de concurso de crimes, frequentemente estimula uma falta de rigor na averiguação, comprovação e valoração juridico-penal dos factos relevantes para o respectivo processo. Daí pode resultar, como bem se compreende, uma diminuição considerável das possibilidades de defesa do arguido, como acentuou, nomeadamente, o Tribunal Federal alemão na sua referida decisão de Maio de 1994 e é posto justamente em relevo por ROXIN.¹⁴

16. Poderá, sem dúvida, contrapor-se aos argumentos aqui aduzidos contra a figura do crime continuado que tal figura, além de visar um tratamento do agente da continuação criminosa que reflecta a diminuição considerável da sua culpa, prossegue objectivos irrenunciáveis de economia processual e de simplificação da actividade dos Tribunais.

A esta argumentação de sinal contrário terá, porém, de objectar-se que a prossecução de tais objectivos pode e deve ser realizada por normas de índole estritamente processual, que não implicam, de modo algum, as violações da justiça material e das garantias do arguido a que necessariamente levará a manutenção da figura do crime continuado.

¹⁴ Ob cit., ps. 873 s.