

ASPECTOS DO CRIME CONTINUADO *

ALCIDES MUNHOZ NETTO

(Docente Livre e Professor Adjunto de Direito Penal.)

Sumário: Os problemas da continuação criminosa; 2. O tradicional fundamento do crime continuado; 3. Crítica às teorias da unidade; 4. A culpabilidade na continuação criminosa; 5. A continuação como forma de concurso material; 6. Os reflexos desta concepção; 7. Conclusão.

1. Não é sem razão que se considera o crime continuado um dos mais árduos temas penais. O seu conceito, como assinala a Exposição de Motivos do Código Penal do Brasil, "constitui-se em verdadeira **crux** para os criminalistas" (¹) sendo conhecidas as disputas doutrinárias acerca de sua natureza jurídica, estrutura e consequências. No terreno da aplicação da lei, os critérios para o reconhecimento da continuidade criminosa não se têm revelado satisfatórios: aos objetivistas, basta, via de regra, que os delitos sejam da mesma espécie e temporalmente conexos, para que se admita a homogeneidade de execução e a existência do crime continuado; para os subjetivistas, a dificuldade de pesquisa da unidade de resolução ou de desígnio leva, comumente, a que tal fator psíquico seja deduzido da simples afirmação do autor, de que teria praticado os vários crimes, segundo um prévio programa ou plano, ou sob o domínio de uma vontade única para a satisfação de um interesse desde o início visado. Esta facilidade de reconhecimento do componente subjetivo da continuação criminosa tem sido, aliás, objeto de várias críticas. Há queixas na Itália quanto à desenvoltura atribuída pelos juízes à unidade de desígnio, que o Código ROCCO incorporou à estrutura do crime continuado (²) e, na Alemanha, a unidade subjetiva, requerida pelos tribunais na continuação criminosa, é apontada como conceito jurídico sem con-

(*) Tese oficial aprovada pelo III Congresso Nacional de Direito Penal, realizado em São Paulo, de 24 a 30 de novembro de 1968.

(1) FRANCISCO CAMPOS, Exposição de Motivos do Código Penal do Brasil, n.º 27.

(2) MASSIMO PUNZO, **Reato Continuato**, pág. 135.

teúdo e verdadeira letra morta, despida de qualquer realidade prática. (3)

Não há como negar que tal tendência de, em concreto, presumir-se a continuidade entre delitos da mesma espécie, ante uma relativa homogeneidade executiva ou em face de meros indícios de unidade de dolo, vem comprometendo a realização da justiça e a eficiência da defesa social. O ideal de proporcionar a pena à culpabilidade do autor, ou seja ao grau de censurabilidade que sobre ele recai, não é satisfatoriamente atendido e o instituto aproveita, com freqüência, aos que reiteram o crime por pura inclinação para o delito, ou em condições, que, longe de diminuirem, agravam o juízo de reprovabilidade pessoal. Com isso a figura do crime continuado chega às vezes a atuar como estímulo à delinqüência, pois, ciente de que, após a prática da segunda das infrações da mesma espécie, mínima será a agravamento da pena pelos delitos subseqüentes, o criminoso encontra incentivo para prosseguir em suas atividades ilícitas.

Parece, portanto, que é necessário e útil rever a disciplina da continuação criminosa, com a procura de uma fórmula que, além de diminuir os problemas jurídicos relacionados ao tema, apresente uma flexibilidade capaz de permitir a adequação da pena à culpa do agente e melhor atender aos fins preventivos do Direito Penal.

2. Talvez a maior parte das atuais dificuldades quanto à continuação delituosa decorra do artificialismo desta construção jurídica. A doutrina tradicional parte da idéia básica de que as várias infrações que a integram, em verdade, constituem partes de um crime único, seja esta unidade natural, jurídica ou ficta. Tal unidade é que justificaria a não aplicação das normas do concurso material ao crime continuado.

Este pensamento remonta aos práticos italianos, os quais, em vista da precariedade dos recursos teóricos de que dispunha o Direito Penal nos séculos XV e XVI, viram-se obrigados a considerar uma pluralidade de crimes da mesma espécie como um delito único, para mitigar o rigor da acumulação das penas, sobretudo quanto ao crime de furto, punido com a morte em sua terceira prática. (4)

(3) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, vol. II, pág. 357, DILLER, GRAF ZU DOHNA e MAX ERNEST MAYER, citados por PEDRO ERNESTO CORREA, *El Delito Continuado*, pág. 154.

(4) A propósito da norma que punia com a morte o autor no terceiro furto, observava FARINACCIO: "eandem regulam pro tribus furtis fur suspendi possit non procedere, quando plures res eodem tempore quis furatur, quia tunc unicum reputatur furtum, et propterea fur non potest poena mortis puniri... ut furta non dicantur plura, sed unicum, quando quis ex uno loco tempore tamen diverso, sed continuato et sucessivo, unam rem, sive plures furatur. Continuatio enim temporis unitatem important" (Apud LUIGI PILLITU, *Il Reato Continuato*, pág. 23).

Muito embora, com o evoluir dos tempos, hajam desaparecido, em grande parte, os motivos em que se inspirava o sentimento de humanidade dos práticos e apesar de a ciência penal vir fornecendo soluções mais lógicas e científicas para o tratamento do denominado crime continuado, a idéia da unidade prepondera, quase que pacificamente, até nossos dias, dividindo-se os autores entre a teoria da unidade real, da ficção e da unidade jurídica.

Para os adeptos da teoria da unidade real, (5) o crime continuado seria "uma confederação de delitos", unidos pela identidade de resolução ou de desígnio criminoso. Por se subordinarem a um dolo unitário, a um mesmo elemento subjetivo, os vários crimes praticados em continuação seriam manifestações parciais de uma mesma e real unidade psicológica, não resultante da lei, mas por ela apenas reconhecida. Corolário lógico desta posição, é a de que o crime continuado teria características próprias, possuindo ação, evento, momento consumativo e elemento psíquico diversos dos delitos que o compõem. Ademais, para todos os efeitos penais e processuais, não se consideraria, conforme a doutrina dominante na Alemanha, a autonomia dos crimes integrantes. A prescrição, por exemplo, sobre ter o seu término inicial situado na data em que cessou a continuação, seria calculada, após a sentença, pela pena concretizada, sem se desprezar o acréscimo decorrente da continuidade.

Segundo a teoria da ficção, (6) a unidade do crime continuado resulta de "um compromisso entre a coerência lógica e a eqüidade", constituindo-se numa exceção jurídica às normas sobre o concurso real de crimes. Unifica-se, legislativamente, uma pluralidade de delitos numa entidade fictícia, que não existiria sem a vontade do legis-

(5) Entre outros, filiam-se à teoria da unidade real: ALIMENA, *Del Concorso di Reati e di Penale*, n.º 13, pág. 403, PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, vol. I, pág. 306, FLORIAN, *Diritto Penale*, vol. I, § 614, pág. 745, IMPALLOMENI, *Istituzioni di Diritto Penale*, vol. I, pág. 276. DE MARSICO, *Diritto Penale*, pág. 393, PISAPPIA, *Reato Continuato*, pág. 193, MASSIMO PUNZO, *Reato Continuato*, pág. 146, PEDRO ERNESTO CORREA, *El Delito Continuado*, pág. 154, BRUSA, *Saggio di una Dottrina Generale del Reato*, pág. 250, ROBERTO LYRA, *Comentários ao Código Penal*, vol. II, pág. 380, BASILEU GARCIA, *Instituições de Direito Penal*, vol. I, tomo II, pág. 513, ANIBAL BRUNO, *Direito Penal*, tomo II, pág. 678.

(6) Como adeptos da teoria da ficção podem ser mencionados: CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, § 519. V. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale*, vol. II, pág. 545, GIOVANNI LEONE, *Del Reato Abituale, Continuato e Permanente*, pág. 320, BETTIOL, *Diritto Penale*, pág. 412, PILLITU, ob. cit., pág. 41, CUELLO CALON, *Derecho Penal*, pág. 576, JUAN DEL ROSAL, *Sobre el Delito Continuado*, in *Estudios Penales*, pág. 175, PEDRO VERGARA, *Das Penas Principais e sua Aplicação*, pág. 467, NELSON HUNGRIA, *Crime Continuado*, in *Novas Questões Jurídico-Penais*, pág. 99, MAGALHÃES NORONHA, *Direito Penal*, pág. 342, vol. I, LYDIO M. BANDEIRA DE MELLO, *Da Capitulação dos Crimes e da Fixação das Penas*, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, vol. II, pág. 354, e MANOEL PEDRO PIMENTEL, *Do Crime Continuado*, pág. 90.

lador. Com cada infração realiza-se integralmente um tipo, com todas as consequências penais que a lei lhe associa, mas a conduta é considerada como parte de um crime único, juntamente com outros análogos.

Desta concepção compartilham os seguidores da unidade jurídica, (7) a qual admite ser o crime continuado uma realidade criada pelo Direito, não coincidente com a realidade natural. Como não é cabível negar caráter fictício a uma unidade resultante, exclusivamente, da lei, é possível identificar esta posição com a anterior. (8)

Sendo o crime continuado mera criação legal, não são absolutos, perante as duas últimas teorias, os efeitos da unificação. Ao talante do legislador e, às vezes, do próprio intérprete, fica circunscrever as consequências da unidade tão somente a determinação da quantidade da pena, (9) ou estendê-las a outros efeitos penais ou processuais, como o reconhecimento da habitualidade, da profissionalidade e da preclusão da **res judicata**. A unidade ficta, porém, não subsistiria em matéria de prescrição e **indulgentia principis**, persistindo então a autonomia dos crimes integrantes. (10)

3. Nenhuma destas justificações parece inteiramente satisfatória, nem se apresentam isentas de críticas as tentativas de reduzir à unidade uma pluralidade de infrações, cada uma das quais reunindo em si mesma as características do crime. O notável esforço que se dispendeu neste mister não chegou ainda a lograr inteiro êxito.

Como unidade natural não se nos afigura viável considerar o crime continuado. As diversas ações a que corresponde cada um dos crimes concorrentes, não perdem as suas características de condutas autônoma mente puníveis, de sorte a se transformarem em meros atos de uma figura mais ampla, como ocorre nos crimes complexos. Tanto isto é certo, que, se após a prática do primeiro crime da série que o agente pretendia executar, fôr ele obstado de dar início ao segundo, não existirá tentativa de crime continuado, mas consumação de um único delito. Constando de uma pluralidade de violações à norma jurídica e de uma pluralidade de eventos, o crime continuado não é redutível a uma conduta única, mesmo porque a unidade de re-

(7) A teoria da unidade jurídica é sustentada por F. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, vol. III, pág. 150, MASSARI, *Dottrina Generale Del Diritto Penale*, pág. 222, ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, pág. 325, parecendo ser também a posição de EDUARDO HENRIQUE DA SILVA CORREIA, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, pág. 279.

(8) G. LEONE, ob. cit. pág. 323, e M. P. PIMENTEL, ob. cit. pág. 81.

(9) É o critério de MANZINI, ob. cit. II, pág. 546.

(10) G. LEONE, ob. cit. 328, L. PILLITU, ob. cit. pág. 45, J. F. MARQUES, ob. cit. II, pág. 354.

solução criminosa, apontada como o fator unificante, não se equipara ao dolo, elemento psicológico essencial à maioria dos crimes, porquanto o dolo é de natureza volitiva e a resolução é meramente intelectiva. Sem contar com uma modalidade de ação específica, nem possuir uma forma de culpabilidade própria, o crime continuado não oferece, assim, os requisitos necessários a ser considerado uma unidade real, ao menos no sentido de crime único. Quanto aos efeitos, a concepção em análise revela-se igualmente insatisfatória, sobretudo no terreno prescricional. É que, após a condenação, calculado o lapso de tempo necessário à extinção da punibilidade segundo a pena do crime continuado, e não conforme a sanção de cada um dos crimes singulares, o autor da continuação criminosa ficará em pior situação do que o condenado por vários crimes em concurso material, solução incompatível com a própria razão de eqüidade de que derivou o instituto.

Embora menos vulnerável, a teoria da ficção também não consegue convencer seja o crime continuado um delito único. Desde que, segundo ela, a unidade só prepondera para alguns efeitos, a existência de um crime único torna-se duvidosa, apresentando-se, em última análise, um autêntico concurso real de crimes, para o qual o legislador estabeleceu uma disciplina penal menos severa. (11) Além disso, de todos os ramos do ordenamento jurídico, o Direito Penal é o que mais deve estar em contacto com a realidade e, portanto, o menos compatível com as ficções. Estas só devem ser mantidas por imperativo de justiça e enquanto não fôr possível substituí-las por construções lógicas, científicas e reais.

4. No atual estádio do Direito Penal, pensamos que para fundamentar o tratamento mais benévolos da continuação criminosa, em cotejo com o que se dispensa ao concurso real de crimes, não é mais necessário insistir em considerar uma pluralidade de infrações reiteradas como uma unidade real, nem lançar mão da ficção jurídica do crime único, tão imprecisa quanto aos limites em que a ficção se deve conter e tão comprometedora sob o aspecto científico.

Ainda que se encare a continuação delituosa em sua verdadeira estrutura, isto é, como uma forma de concurso material de crimes, subordinada à existência de dois ou mais delitos e não apenas a uma sucessão de atos de uma só ação criminosa, (12) os efeitos de mitigação da pena podem ser obtidos sem muitos dos inconvenientes que decorrem do sistema atual e sem comprometimento da retribuição justa.

(11) ALDO MORO, *Unità e Pluralità di Reati*, pág. 224.

(12) J. F. MARQUES, ob. cit. II, pág. 354, M. P. PIMENTEL, ob. cit. pág. 5.

No Direito Penal da culpa, a medida da pena está em função do grau da culpabilidade do autor. Desde que se admite que a culpa possui um conteúdo normativo e que não se esgota no nexo psicológico entre o autor e o seu ato, mas reside no juízo de censurabilidade pessoal sobre quem praticou a violação penal de que se poderia abster, a culpabilidade, além de indeclinável pressuposto da pena, constitui-se em fator preponderante de sua mensuração. A pena, daí, justifica-se como retribuição, de acordo com o grau de culpabilidade do autor. (13)

Realmente, introduzida no conceito de culpa a censurabilidade pessoal, que admite uma graduação infinitamente maior que a da intensidade do dolo ou da gravidade da negligência, a pena pode ser perfeitamente adequada à culpabilidade. Nesse ajustamento, além da endógena resistência do autor às solicitações criminosas, deduzida de sua imputabilidade, terão de ser considerados os fatores exógenos, idôneos a influir no livre jogo dos motivos e contra-motivos da formação da vontade ilícita. Tanto mais censurável será o sujeito, quanto melhores forem suas condições pessoais de reprimir o impulso delituoso e quanto menores as forças externas que o conduziram ao crime. A censurabilidade pessoal acentua-se na medida em que mais exigível fôsse uma conduta diversa.

Com base nestes princípios, não é difícil concluir que o verdadeiro fundamento do favor penal deferido à continuação criminosa reside, precisamente, na diminuição da culpabilidade de seu autor. (14) Após a prática do primeiro crime, amortecem-se e relaxam-se as inibidoras reações morais e jurídicas, superam-se o medo da descoberta do delito e o receio da pena, surgindo no autor a consciência de poder vencer os obstáculos objetivos à ação delituosa, além de tornarem-se mais intensas as solicitações para a reiteração, sobretudo quando as condições exteriores forem propícias. Em consequência desta maior facilidade para a repetição do delito praticado e do embotamento da sensibilidade do criminoso com a correlata dificuldade em reagir às circunstâncias e ocasiões favoráveis à reiteração, diminui-se a sua liberdade de decidir, fator que, em princípio, intervém para atenuar o juízo de censura e, portanto, para reduzir a culpabilidade.

Não se pode, efetivamente, deixar de reconhecer, que há certas circunstâncias e situações exteriores que quase arrastam o delinquente à repetição da conduta criminosa. Nos crimes bilaterais de encontro,

(13) HANS WELZEL, **Derecho Penal, Parte General**, pág. 234.

(14) É o pensamento de KRAUSHAAR, MITTERMAYER e DILLER, citados por EDUARDO SILVA CORREIA, ob. cit., págs. 205, 209 e 272.

a inicial atividade criminosa geralmente faz nascer uma relação entre os co-réus, que facilita a repetição do delito. Assim, depois da primeira relação adulterina, estabelece-se entre os co-adúlteros uma disposição para novos convênios amorosos, a par de uma facilidade antes inexistente. Outras vezes, a renovação do crime decorre de haver-se repetido a mesma oportunidade anteriormente aproveitada, como no episódio clássico do caixeiro, que se vale das distrações do patrão para subtrair pequenas somas da caixa registradora. A permanência em poder do agente dos meios utilizados na primeira conduta delituosa também pode propiciar a fácil reiteração do crime, a exemplo do que sucederia com o falsário de moedas, que continuasse a fabricá-las, por prosseguir na posse dos petrechos a isto destinados. ⁽¹⁵⁾

Em situações como estas, que não podem ser previstas casuisticamente pelo legislador, mas que são passíveis de investigação judicial, é manifesta a redução da culpabilidade, pela menor censura de que o agente se faz objeto, em cotejo com o que comete delitos diversos em concurso material, sem que a prática dos primeiros e a repetição de ocasiões favoráveis, possam ser invocadas em seu benefício.

É certo que haverá casos em que a reiteração, mais do que de estímulos externos, decorrerá primordialmente da tendência para o crime, por características da própria personalidade. No transcurso de sua existência, desprezou o agente os imperativos da ordem jurídica, habituando-se a desobedecê-los, sem corrigir as suas tendências de manter-se fora do caminho do Direito. Esta culpabilidade pelo modo de vida, embora insuficiente para os efeitos da imputação quando não acompanhada da culpabilidade referida no ato isolado, ⁽¹⁶⁾ deve influir na medida da pena, desde que se possa censurar no agente a formação de uma personalidade hostil às normas de convivência social e propensa à delinquência. Mas só quando tal inclinação efetivamente existe é que desaparecerá a atenuação da culpa. Nas demais hipóteses, a diminuição da censurabilidade pessoal revestir-se-á de uma evidência indissimulável.

Esta realidade psicológica foi, entre nós, focalizada por PEDRO VERGARA, que justificava a menor gravidade penal da continuação em ser "a vontade do imputado menos intensa e grave que no concurso real, dada a facilidade que vai encontrando nos atos sucessivos". "O que se considera, dizia o autor, é o menor grau de culpa **lato**

(15) Estas situações são expostas e analizadas por E. SILVA CORREIA, ob. cit. pág. 246.

(16) ALCIDES MUNHOZ NETTO, *Erro de Fato e Erro de Direito*, no *Anteprojeto do Código Penal*, in *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, vol. IV, pág. 75.

sensu". (17) Por igual assinalou NELSON HUNGRIA que, "o êxito ou a impunidade da primeira ação e a persistência da ocasião propícia exercem uma poderosa influência psicológica, no sentido de quebrantar ainda mais a resistência à tentação. Logo a repetição do mau passo, em tais condições, é menos censurável do que a que resulta de um propósito firmado de antemão". (18) Estas idéias foram, aliás, reproduzidas em escrito recente, em que o eminentíssimo autor do Anteprojeto do Código Penal observa haver "uma razão de ordem psicológica que faz considerar o crime continuado como um **minus** em relação ao concurso... Deve-se ter em consideração que o êxito ou impunidade do primeiro crime e a persistência ou repetição da ocasião propícia exercem, inegavelmente, uma forte influência psicológica, no sentido de quebrantar, de afrouxar o poder de inibição do agente ou sua resistência à tentação. Ali reside, como justamente acentua NINO LEVI, a mais eficaz justificação da menor repressão ao crime continuado". (19) A M. P. PIMENTEL também parece que "o crime continuado apresenta a particularidade, no confronto com o concurso real de crimes, de encontrar-se o agente em meio a um processo de redução dos freios inibitórios, já porque deu o primeiro e bem sucedido passo criminoso, já porque perduravam as mesmas razões que o levaram a delinqüir pela primeira vez". (20)

5. Ora, se a continuação criminosa é tratada mais suavemente que o concurso material, pela diminuição da culpa e não pela pretensa unidade dos crimes sucessivamente praticados, por que não considerar, realisticamente, o crime continuado como uma forma atenuada de concurso real? E, sob outro aspecto, se é certo que esta menor culpabilidade nem sempre resulta da repetição homogênea de crimes, máxime quando a reiteração decorre de uma acentuada inclinação do agente para o delito, por que não emprestar um caráter facultativo a tal atenuação penal, dentro de limites suficientemente amplos, para que o juiz possa atender, em cada caso, o grau de censurabilidade pessoal e, portanto, a culpabilidade do autor?

Solução semelhante já era preconizada por DILLER, para quem o crime continuado, **de lege ferenda**, deveria ser apenado na órbita do concurso material, deixando-se ao juiz uma larga margem na aplicação da pena, de modo a poder adequá-la àqueles casos em

(17) PEDRO VERGARA, ob. cit. pág. 472.

(18) NELSON HUNGRIA, ob. cit. pág. 95.

(19) N. HUNGRIA, *Em torno do Anteprojeto de Código Penal*, III, in *Rev. Bras. Dir. Penal e Crim.*, vol. 5, pág. 10.

(20) M. P. PIMENTEL, ob. cit. 117.

que a reiteração de violações executivas revela-se mais grave. (21) Também SILVA CORREIA a ela faz referência, salientando que num sistema em que a punição do concurso seja de tal forma elástica, que oscile entre a moldura penal da unidade e a possibilidade de uma larga agravação desta, como se prevê no relatório da comissão para reforma do Direito Penal Alemão, mal se comprehende a construção do crime continuado como uma unidade, já que a especial diminuição de culpa na continuação criminosa pode ser tomada na devida conta, no quadro da moldura penal elástica que assim se estabelece para o concurso. (22)

Apontam-se, todavia, como obstáculo à adoção desta fórmula motivos de natureza prática. A concepção do crime continuado como unidade consultaria ao princípio de economia processual, pois, como muitas vêzes é difícil determinar quantas foram as infrações cometidas em continuidade, uma só acusação e uma só sentença bastariam para todos, não sendo necessário descrever cada uma pormenorizadamente, o que imporia aos tribunais um trabalho árduo e inútil. Ademais, sempre que, após a sentença condenatória, fôsse descoberto um novo crime compreendido na continuação, haveria a vantagem de evitar-se novo processo, o qual esbarraria no obstáculo da coisa julgada. (23)

É bem de ver, contudo, que o simples receio de exigir dos tribunais um trabalho mais árduo, jamais legitimaria o instituto, pois, nunca "por uma simples razão de comodidade processual se poderia aceitar o sacrifício da retribuição justa e de punição adequada do agente". É o que reconhece SILVA CORREIA, apesar de entender ser a unidade da continuação delituosa decorrência da necessidade de economia processual. (24) E realmente o que, em verdade, importa é destacar os efeitos atenuantes da culpa diminuída na reiteração de infrações, sendo, para este efeito, preferível o sistema que melhor possibilite a adequação da pena ao grau de censurabilidade do agente.

6. Considerada a continuação criminosa como causa de facultativa diminuição das penas do concurso material, encontrariam melhor solução alguns dos problemas que, na matéria, proliferam.

a) Não mais haveria razão para a disputa entre os que incluem no crime continuado uma unidade de resolução, de desígnio ou de

(21) DILLER, *apud* N. HUNGRIA, ob. cit. pág. 98.

(22) E. SILVA CORREIA, ob. cit. pág. 272.

(23) CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ, *El Delito Continuado*, pág. 40.

(24) E. SILVA CORREIA, ob. cit. 272.

dolo (25) e os que se contentam com a homogeneidade objetiva dos delitos concorrentes, deduzida de uma certa conexão local, temporal e executiva dos crimes da mesma espécie. (26) Na verdade, se o que importa investigar é a menor censurabilidade do autor, nem sempre será exigível a presença de um dolo complexivo, pois, se este é capaz de atestar a existência de uma poderosa pressão externa, determinante do planejamento e reiteração dos crimes, para a satisfação de um determinado interesse, é igualmente idôneo, em outras hipóteses, a comprovar a firmeza e intensidade da vontade delituosa, reveladoras de uma maior culpabilidade. Tudo depende, em última análise, das circunstâncias determinantes da formação do dolo unitário, ou, do desígnio único, sobretudo das relacionadas à intensidade das pressões exteriores sofridas pelo agente. Quanto mais poderosas forem estas, menor será a reprovação incidente sobre o autor dos sucessivos atos delituosos. Suponha-se, v.g., que um bancário a fim de custear o tratamento de um filho, só possível no exterior, por médico altamente especializado, planeje e execute várias apropriações indébitas, com as quais pretende obter a quantia suficiente ao custeio da viagem e despesas. Imagine-se, agora, o exemplo de um outro empregado, que, por mera cobiça, houvesse, idealizado e cometido as apropriações indébitas necessárias para alcançar a soma prèviamente visada. Parece evidente, que só na primeira hipótese, a unidade de desígnio deve ser considerada a favor do agente, posto que, no segundo caso, cabe o raciocínio de que mais censurável é o delinqüente que, com obstinação, resolve praticar vários crimes e os executa com vontade inquebrantável, não experimentando, no curso de suas ações sucessivas, qualquer remorso, do que o criminoso que, após a prática, em momento de tentação, do primeiro delito, não pretende, arrependido, renovar a conduta ilícita, mas a ela se vê arrastado por nova oportunidade, altamente favorável. (27)

De outra parte, dispensando-se da estrutura da continuação criminosa a unidade de desígnio ou de dolo, fica solucionada a dificuldade com que os subjetivistas se debatem em relação aos crimes culposos. Em geral, os adeptos desta corrente não admitem a continuação em matéria de culpa, pois, enquanto o desígnio criminoso

(25) O critério subjetivo-objetivo é o prevalente na Itália e na Alemanha e entre nós conta com a adesão de ROBERTO LYRA, ob. cit. pág. 377, SALGADO MARTINS, *Sistema de Direito Penal Brasileiro*, pág. 252, MAGALHÃES NORONHA, ob. cit. pág. 341, ANIBAL BRUNO, ob. cit. pág. 678, BASILEU GARCIA, ob. cit. pág. 518, PAULO JOSÉ DA COSTA JUNIOR, *O Concurso de Crimes no Anteprojeto*, in Rev. Bras. Crim. e Direito Penal, vol. III, pág. 27.

(26) O critério objetivo, de FEUERBACH, WORINGER, HIPPEL e FRANK é seguido por COSTA E SILVA, *Código Penal*, I, pág. 305, NELSON HUNGRIA, ob. cit. pág. 97, e JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit. II, pág. 358.

(27) N. HUNGRIA, ob. cit. pág. 95, e E. SILVA CORREIA, ob. cit. pág. 205.

pressupõe que o resultado seja previsto, e, sucessivamente querido, na culpa o resultado não é sequer previsto, e, se previsto, não é querido. Para evitar a iniquidade de se negar o benefício precisamente aos delinqüentes culposos, que a êle têm mais direito, argumenta-se que, no desígnio criminoso, há previsão apenas da conduta que o agente pretende desenvolver para alcançar determinado bem, não entrando em conta os resultados possíveis no curso da atividade. (28) Observe-se, entretanto, que, mesmo assim, não é fácil em matéria de delinqüência culposa, pensar-se em continuação criminosa, porque a ocorrência do primeiro resultado não querido faz despertar a atenção do autor. (29) Na conhecida hipótese do motociclista que, com o propósito de bater um **record** de velocidade, causa sucessivos atropelamentos, (30) é sempre possível pensar-se que, após o primeiro evento, tenha êle aquiescido em ocasionar os demais, que lhe seriam atribuíveis a título de dolo eventual, desaparecendo pois, a figura do crime continuado culposo. A pacífica admissibilidade de uma continuação culposa, perante a teoria subjetiva, só é possível quando se decomponha o conceito de crime continuado, a exemplo do que faz BASILEU GARCIA, incluindo a unidade de desígnio nos crimes dolosos e dispensando-a nos culposos. (31)

Ao contrário, em face da orientação que preconizamos não existe qualquer óbice à continuação criminosa em matéria de culpa **stricto sensu**, deduzida da repetição das circunstâncias e das oportunidades que contribuiram para a primeira conduta negligente. Sem que o agente perceba, renova-se o mesmo estado de coisas que cercou o delito anterior e é êle levado à nova infração culposa, como sucederia com o médico que prescreve ao mesmo doente, por várias vezes, a mesma receita errada e nociva, ou com a cozinheira, que, sem se dar conta, provoca sucessivos envenenamentos, por utilizar-se, em ocasiões diversas, da mesma vasilha com azebre. (32)

b) A presença da culpabilidade diminuída, como condição do tratamento atenuado da continuação criminosa, implica também em exigir-se a identidade dos tipos fundamentais violados e a homogeneidade de sua execução.

Com efeito, desde que os tipos delituosos têm a lastreá-los bens ou interesses jurídicos que, valorizados pelo legislador, são penalmente tutelados, e sendo certo que a conduta criminosa sempre in-

(28) M. PUNZO, ob. cit. pág. 117, e BETTIOL, ob. cit. pág. 416.

(29) V. MANZINI, ob. cit. vol. II, pág. 662.

(30) M. PUNZO, ob. cit. pág. 117.

(31) B. GARCIA, ob. cit. pág. 516.

(32) E. SILVA CORREIA, ob. cit. pág. 275.

veste contra o preceito que impõe sejam os bens ou interesses respeitados, segue-se que a facilidade em renovar a ação delituosa — fator que fundamenta a menor censurabilidade — só existe quando o delinquente se decide a desobedecer de novo o comando ou proibição que já desrespeitou e a ofender outra vez o mesmo valor jurídico. A atuação contra uma regra preceptiva e contra um valor jurídico diversos apresenta-se sempre mais difícil ao sujeito, que precisará trilhar novos caminhos e urdir novos planos, fatores que hão de exercer um largo poder inibitório na formação de sua vontade e excluir aquela permanência de motivos e solicitações exteriores, de que deriva a menor culpabilidade.

Análoga é a situação quando, embora dirigindo a sua atividade contra a mesma regra preceptiva e contra o mesmo bem jurídico antes desrespeitados, o agente, não em detalhes, mas substancialmente, diversifica a sua maneira de agir. A simples escolha de um novo modo de proceder já é índice de uma capacidade criminosa talvez incompatível com a diminuição da culpa. (33)

c) Desde que o fundamento da atenuação desloca-se para a maior facilidade com que o autor foi impelido à reiteração do crime, soluciona-se com maior lógica o tormentoso problema da continuação quanto aos delitos que violam bens ou interesses eminentemente pessoais, havendo pluralidade de sujeitos passivos. Óbviamente não subsistirá a diminuição da culpabilidade, quando não houver entre os crimes sucessivos, qualquer relação de que se possa inferir sensível afrouxamento dos freios inibitórios decorrente de pressões exteriores à renovação da conduta delituosa, como no caso de homicídios praticados em ocasiões e por motivos díspares. Mas se, ao inverso, o êxito do primeiro delito e a repetição de análogas condições favoráveis, determinarem o ressurgimento do mesmo impulso e a reiteração da mesma conduta delituosa, parece que não se deverá deixar de conceder a redução da pena, ainda que violados valores personalíssimos. Seria, v.g., iníquo, negar a diminuição da culpabilidade, para quem, após cometer, com sucesso, um delito de posse sexual mediante fraude, viesse a reiterar a infração, com o emprêgo do mesmo meio iludente e com mulheres de equivalentes condições psíquicas e culturais. Embora ofendendo bens jurídicos inerentes à personalidade, como a liberdade sexual, os diversos delitos ofereceriam margem para um atenuado juízo de censurabilidade pessoal.

d) Perde, também, muito de seu relêvo a conexão temporal e local, via de regra exigidas como característica da continuação.

(33) E. SILVA CORREIA, ob. cit. pág. 264, e M. P. PIMENTEL, ob. cit. pág. 118.

Sòmente quando um grande intervalo de tempo ou espaço exclua a possibilidade de uma redução da culpa, tornando impossível pensar-se na facilidade de reiteração, decorrente da mesma situação exterior e da repetição da mesma oportunidade, é que a idéia de continuação desaparecerá.

e) Quanto à prescrição, uma vez que o crime continuado deixa de ser uma unidade, reduzindo-se a uma atenuada forma de concurso real, nunca será cabível calculá-la segundo a pena total, fixada pela sentença, já que os autônomos prazos prescpcionais necessariamente decorrerão da pena de cada um dos crimes praticados. Além disso, o término inicial de sua contagem não se situará na data em que cessou a continuação, como atualmente ocorre, mas na data da consumação ou da tentativa de cada crime concorrente. Com isso corrige-se a iniqüidade de ser mais fácil a prescrição para quem cometa sucessivamente vários crimes diversos, cujos prazos prescpcionais autônomos são contados da data de cada um dos delitos, do que para o autor de repetidas infrações da mesma espécie, a primeira das quais com início no prazo da prescrição subordinado à cessação da última atividade delituosa.

7. Em vista do que foi exposto, parece possível concluir que, em matéria de continuação criminosa, é útil uma revisão de conceitos, para, **de lege ferenda**, considerá-la como simples forma atenuada do concurso real de crimes, outorgando-se ao juiz, em amplos limites, a faculdade de reduzir as penas cumulativamente aplicadas, segundo a culpabilidade do autor.

Esta solução, sobre ser a que melhor se harmoniza com as atuais concepções da culpa **lato sensu** e de sua preponderante influência na medida da pena, corresponde à tendência universal de aumentar os poderes discricionários do juiz, tornando inclusive facultativa a atribuição de efeitos às agravantes e às atenuantes, conforme decidiu o IX Congresso Internacional de Direito Penal, reunido em Haia, no ano de 1954. (34)

(34) Rev. Bras. de Dir. Penal e Criminologia, vol. III, pág. 124.