

## **POR UMA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA BASEADA NO FATOS: UM ESTUDO DE CASO**

### **FOR AN INDIVIDUALIZED PENALTY BASED ON THE FACT: A CASE STUDY**

#### **Luiz Renato Skroch Andretta**

Professor adjunto de Direito Penal da Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Paraná. Advogado.

#### **Luiz Eduardo Trigo Roncaglio**

Professor titular de Direito Penal do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL). Especialista em Ciências Penais (UFPR). Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Paraná. Advogado.

#### **Guilherme Henrique Gonçalves**

Mestrando em Direito do Estado (UFPR). Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC). Especialista em Direito e Processo Penal (ABDConst). Bacharel em Direito (UTP). Advogado. E-mail: gui.goncalves@yahoo.com

**Resumo:** O presente artigo objetiva apresentar como a teoria da individualização da pena se instrumentaliza na prática forense, de modo que, sempre calcada na culpabilidade pelo fato, a dosimetria guarde estreitas relações com a adequação típica da conduta imputada ao acusado. Para isso, o quadro será examinado a partir das estruturas internas do delito de peculato-apropriação. Neste estudo de caso, com especial enfoque para os critérios relacionados à continuidade delitiva, procedeu-se à uma revisão de alguns conceitos fundamentais à teoria do delito e à teoria da aplicação da pena.

**Palavras-chave:** Dosimetria. Individualização da pena. Culpabilidade. Continuidade delitiva.

**Abstract:** This article aims to present how the theory of individualization of punishment is used in forensic practice, so that, always based on guilt for the fact, dosimetry keeps close relations with the offense of the conduct imputed to the defendant. For this, the framework will be examined from the internal structures of the offense of embezzlement-appropriation. In this case study, with a special focus on the criteria related to criminal continuity, a review of some fundamental concepts to the theory of the crime and the theory of the application of the sentence was carried out.

**Keywords:** Dosimetry. Individualization of the penalty. Guilt. Criminal continuity.

## **INTRODUÇÃO**

O presente estudo de caso foi elaborado como parecer técnico e versa sobre os fundamentos dos critérios de individualização da pena, especialmente daquela aplicada a três réus, aqui genericamente nominados, aos quais não se dispensou o devido tratamento jurídico-penal.

Desse modo, a questão central gira em torno da necessidade de aprofundamento dogmático acerca da dosimetria da pena e suas profundas raízes com o direito penal do fato, com a legalidade e, como não poderia deixar de ser, com a adequação típica da conduta imputada.

A incompreensão dessa necessária relação pode levar a uma incorreta valoração de importantes instrumentos asseguradores da correta aplicação da lei penal, fazendo com que, ante a má valoração de determinados institutos, chegue-se a contaminar profundamente as raízes ilustradas de nosso sistema jurídico-penal.

Dessa forma, reestruturado como um estudo de caso, em um primeiro momento, procedeu-se à análise das *premissas fundamentais* que ditam o sistema de individualização de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Esta primeira etapa é logicamente necessária à compreensão e valoração do contexto fático sobre o qual posteriormente virá a ser examinada a pena aplicada.

E é este o segundo momento pelo qual passa o presente artigo. Trata-se da etapa de confluência entre premissas teóricas e práticas, em razão da qual a dosimetria da pena então aplicada aos acusados é colocada em observação profunda, cotejada com elementos típicos essenciais à figura delitiva imputada e, finalmente, valorada a partir das premissas fundamentais anteriormente delimitadas.

Uma vez realizadas essas colocações, passa-se a demonstrar a inadequação da leitura originariamente realizada pelo d. magistrado sentenciante a respeito do “crime continuado” (*ex vi*, art. 71, do CP). O diagnóstico é fruto de uma dosimetria pautada no princípio do fato, ou seja, da orientação que exige que ao acusado seja aplicada a pena em razão do tipo incriminador que efetivamente praticou.

## **PREMISSAS FUNDAMENTAIS**

Adota-se no Código Penal brasileiro o critério trifásico de fixação da pena, isto é, em decorrência do art. 68, do diploma repressivo, a operação de fixação da pena deve se desenvolver em três fases: **i)** valoração das circunstâncias judiciais; **ii)** incidência das circunstâncias legais; **iii)** aplicação de minorantes ou majorantes sobre o remanescente das operações anteriores (neste sentido, a unanimidade da doutrina recente, por todos, *v.g.*, BITENCOURT, 2016, p. 785), quando se obtém, então, a pena definitiva – a segunda e terceira fases recaem sobre o produto das operações anteriores, segundo orientação tecnicamente mais correta, para se evitar, *v.g.*, a pena zero em algumas situações peculiares, mas cada qual delas deve ser objeto de fundamentação independente, para que se evite um vedado *bis in idem*.

De igual modo, não pode escapar à observação, a matriz constitucional a nortear a operação de fixação da pena, insculpida no art. 5º, XXXIX e XLVI, bem como o princípio do art. 93, IX (obrigatoriedade de fundamentação), ambos da Constituição da República.

Na mesma toada, não é demais lembrar que, no tocante à fixação da pena, vige o princípio da *relativa indeterminação*, isto é, como ensina Fragoso, “*não há poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio*” (2006, p. 410). Ou, em outras palavras: o juiz, dentre o mínimo e o máximo abstratamente cominados ao injusto, poderá fixar a pena na primeira e na segunda fase preconizadas no art. 68, do CP, a seu prudente alvedrio, desde que o faça espraiando explicitamente seu critério, não só para demonstrá-lo como para o fim de garantir ao réu o sagrado direito à objeção, se o entender deslocado.

Nesse sentido:

A ponderação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado. (FRAGOSO, 2006, p. 410).

Desse modo, faz-se mister a análise de cada uma dessas fases, notadamente das duas primeiras delas num primeiro momento, para que se conclua se, na hipótese vertente, foram ou não observadas as diretrizes legais.

## QUANTO ÀS PENAS FIXADAS A CADA UM DOS RÉUS

### A) Georgie

Conforme a acusação, Georgie, durante vários e sucessivos meses teria se apropriado da força de trabalho de servidores públicos comissionados do Poder Legislativo, para que realizassem atividades externas, destinadas à viabilização da *“expansão das bases eleitorais [do Deputado Alex DeLarge], possibilitando a manutenção de toda a estrutura que a eles era disposta”*. Com isso, ainda segundo os termos da denúncia, os acusados lograriam sua perpetuação dentro dos quadros funcionais do Legislativo na medida em que o então Deputado se mantivesse no poder.

Com efeito, vale assinalar, esta expansão de bases eleitorais se manifestava pelo aparelhamento da Presidência do Legislativo com servidores demissíveis *ad nutum* (vulgar e equivocadamente denominados “agentes políticos”) contratados pelos acusados, com o aval da Presidência do Legislativo, e que restaram incumbidos de realizar atividades externas, tipicamente político-eleitoreiras, sem qualquer vinculação com o assessoramento perante o Legislativo. Narra a acusação, ainda, que se almejava a propagação da imagem de Alex DeLarge com o intuito de torná-lo apto a concorrer na disputa das vindouras eleições.

Ao revés do que seria presumível e objetivamente aceitável, a acusação deduzida em Juízo buscou o reconhecimento da continuidade delitiva pelo pagamento de vencimentos em face de cada servidor, isso equivale a dizer que em todas as oportunidades em que o réu direcionou os valores para a remuneração de seu *staff*, cometeu, segundo a r. Sentença, algo entre dezesseis a trinta e seis delitos de peculato em continuidade delitiva em cada um dos fatos narrados no item 2 na peça acusatória.

Na ocasião, também se sustentou ser cabível aplicar o concurso material para todas as contratações dos mencionados servidores.

Essas foram, reconhecidamente, as teses vencedoras perante o Juízo monocrático, quedando fixada uma pena privativa de liberdade de 49 (quarenta e nove) anos, 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, além de 205 (duzentos e cinco) dias-multa.

### B) Dim

Conforme a acusação, Dim, aliado aos demais corréus, *“braços fortes”* de Alex DeLarge, por vários e sucessivos meses teria, de igual modo, apropriado-se da força de trabalho de funcionários do Legislativo, cujos vencimentos eram efetuados pelos cofres públicos, destinando o labor à *“expansão das bases eleitorais [de Alex DeLarge], possibilitando a manutenção de toda a estrutura que a eles era disposta”*. Com isso, ainda segundo os termos da denúncia, os acusados lograriam sua perpetuação dentro dos quadros funcionais do Legislativo na medida em que o então Deputado se mantivesse no poder.

Com efeito, esta expansão de bases eleitorais se manifestava pelo aparelhamento da Presidência do Legislativo com servidores demissíveis *ad nutum* (vulgar e equivocadamente denominados “agentes políticos”) contratados pelos acusados, com o aval da Presidência do Legislativo, e que eram incumbidos de realizar atividades externas, tipicamente político-eleitoreiras, sem qualquer vinculação com o assessoramento perante a Casa de Leis, propagando a imagem de Alex DeLarge com o intuito de torná-lo apto a concorrer na disputa das vindouras eleições.

Ao revés do que seria presumível e objetivamente aceitável, a acusação deduzida em Juízo buscou o reconhecimento da continuidade delitiva pelo pagamento de vencimentos em face de cada servidor, isso equivale a dizer que em todas as oportunidades em que o réu direcionou os valores para a remuneração de seu *staff*, cometeu, segundo a r. Sentença, algo entre dezesseis a trinta e seis delitos de peculato em continuidade delitiva, isso em cada um dos fatos narrados no item 2 na peça acusatória.

Na ocasião, também se sustentou ser cabível aplicar o concurso material para todas as contratações dos mencionados servidores.

Esta foi, reconhecidamente, a tese vencedora perante o Juízo monocrático, quedando fixada uma pena privativa de liberdade de 49 (quarenta e nove) anos, 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, além de 205 (duzentos e cinco) dias-multa.

#### C) Pete

Conforme a acusação, Pete, aliado aos demais corrêus, "*braços fortes*" de Alex DeLarge, por vários e sucessivos meses apropriou-se da força de trabalho de funcionários do Legislativo, mediante contraprestação efetuada pelos cofres públicos, com o intuito de viabilizar a "*expansão das bases eleitorais* [do Deputado Alex DeLarge], *possibilitando a manutenção de toda a estrutura que a eles era disposta*", bem como manter a posição de gestão em que o acusado estava lotado, dado que ao tempo dos fatos ocupava posição comissionada de destaque junto à Presidência daquela Casa Legislativa.

Com efeito, esta expansão de bases eleitorais se manifestava pelo aparelhamento da Presidência da Legislativo com servidores demissíveis *ad nutum* (vulgar e equivocadamente denominados "agentes políticos") contratados pelos acusados, com o aval da Presidência do Legislativo, e que eram incumbidos de realizar atividades externas, tipicamente político-eleitoreiras, sem qualquer vinculação com o assessoramento perante a Casa de Leis, propagando a imagem de Alex DeLarge com o intuito de torná-lo apto a pleitear nas vindouras eleições.

Ao revés do que seria presumível e objetivamente aceitável, a acusação deduzida em Juízo buscou o reconhecimento da continuidade delitiva pelo pagamento de vencimentos em face de cada servidor, isso equivale a dizer que em todas as oportunidades em que o réu direcionou os valores para a remuneração de seu *staff*, cometeu, segundo a r. Sentença, algo entre dezesseis a trinta e seis delitos de peculato em continuidade delitiva em cada um dos fatos narrados no item 2 na peça acusatória.

Na ocasião, também se sustentou ser cabível aplicar o concurso material para todas as contratações dos mencionados servidores.

Esta foi, reconhecidamente, a tese vencedora perante o Juízo monocrático, quedando fixada uma pena privativa de liberdade de 49 (quarenta e nove) anos, 6 (seis) meses e 21 (vinte e um) dias de reclusão, além de 205 (duzentos e cinco) dias-multa.

#### **DA FIXAÇÃO DAS PENAS DOS RÉUS**

A operação de fixação das penas dos réus observou um critério linear, isto é, o Juiz sentenciante objetivamente – e ainda que nessa quadra a lei e a Constituição falem em obrigatória *individualização da pena* – aplicou idênticas penas a cada um dos condenados, expendendo argumentos iguais para chegar a um resultado comum.

Isso, por si, já seria estranhável<sup>1</sup> – ainda que se diga, como sói acontecer em casos quejandos, que as circunstâncias são as mesmas para todos os réus, seria um equívoco acreditar nessa premissa: o art. 59, do CP, *v.g.*, alude a condições de caráter personalíssimo - aliás, vale salientar, condições cujas quais apresentam maior valor em todo o processo de determinação da pena, vide art. 67, do CP -, como, por exemplo, culpabilidade, personalidade, conduta social etc., cuja valoração não pode, em regra, coincidir para todos os acusados num mesmo feito.

Posto isso, não escapa à observação que para cada um dos réus houve, na fixação das penas, situações de *bis in idem* injustificáveis, ainda que Sua Excelência, o il. Juiz *a quo*, tenha negado tal evidência.

Com efeito, ao fixar a pena-base para cada um dos réus obtemperou-se, à conta de valoração das 'circunstâncias do crime', que *"a circunstância judicial em questão exige majoração, porquanto o crime foi praticado ao tempo em que os réus estavam inseridos na cúpula do Poder Legislativo, aproveitando-se de tal condição, bem como perdurou por quase quatro anos, denotando condição incomum e grave..."*.

Logo em seguida, na segunda fase do critério preconizado no art. 68, do CP, o il. Juiz de primeiro grau aplicou a agravante genérica do art. 61, II, letra 'g', do CP, argumentando que os réus praticaram os crimes com *"a violação do dever de probidade inerente ao cargo possuído"...*

Ora, por menos que se queira admitir, é fato que houve dupla valoração da mesma circunstância – atuação com violação de dever inerente ao exercício de cargo público; e, desse modo, ou bem persiste a exacerbação da pena na 1ª fase, ou bem persiste a incidência da circunstância agravante genérica (art. 61, II, 'g', do CP) da 2ª fase, de modo que a dupla fundamentação, assentada na mesma premissa, representa, sim, *bis in idem, data venia*.

Nesse sentido:

Em relação ao aumento pela agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal, verifica-se que a violação do dever funcional configura elementar do tipo previsto art. 312 do Código Penal, crime classificado como próprio, no qual o agente se assenhora de bem que detinha a posse em razão do cargo por ele exercido. Assim, não se mostra razoável o incremento da reprimenda na segunda fase da dosimetria consubstanciado em elemento do delito funcional, sob pena de incorrer **in bis in idem**. (STJ. **HC 300214/RR** – 5ª T – Rel. Min. RIBEIRO DANTAS – DJ 14.02.2017).

Com efeito, impende gizar que o art. 61, *caput*, do CP, assinala que *"são circunstâncias que sempre agravam a pena quando não constituem ou qualificam o crime"*, enumerando, a partir daí, algumas situações.

Ora, despidendo dizer que atitude de improbidade é elementar da figura típica do art. 312, do CP – e, pois, se constitui o crime não pode, ao depois, agravar a pena, nos moldes já aludidos. Não se cogita, *v. g.*, de funcionário probo que se aproprie de valores oriundos dos cofres públicos, como criminaliza o art. 312, do CP.

Registre-se, por oportuno, que isso vale para os três réus, porquanto a fundamentação para todos eles foi produto de mera repetição das mesmas palavras pelo Juízo sentenciante, como antes já acentuado.

<sup>1</sup> No ponto, não é demais lembrar que "Individualizar a pena é torná-la única, singular, específica para o caso concreto e seu autor. A garantia previne o tratamento de massa em direito penal.", sendo certo que, "A individualização é, portanto, atividade mais ampla que a atividade de aplicação da pena, destinada, mais restritamente, a estabelecer a quantidade certa de pena necessária e suficiente para os fins de prevenção e da repressão penal." (BOSCHI, 2013, p. 45 - destaques no original). Também Luiz Regis Prado salienta que: "é imprescindível a observância, pelo juiz, do dever processual de motivação e da obrigação jurídico material de fundamentação do ato decisório. (...) Exige-se, portanto, sobretudo em razão do duplo grau de jurisdição, o atendimento não apenas do dever processual de motivação como também da obrigação jurídico-material de fundamentação da decisão." (PRADO, 2011, p. 728).

Na mesma toada, observa-se que esse lapso foi por igual repetido mais uma vez quando da valoração das penas dos crimes de peculato imputados aos réus – dupla valoração da mesma circunstância em dois momentos do critério trifásico de fixação das penas.

Não foge à observação que ao ponderar a circunstância genérica da ‘culpabilidade’ houve, sistematicamente, a alusão de que *“o grau de reprovabilidade/censurabilidade do agente se mostrou elevado e no quesito em análise deve ser considerado anormal, merecendo exacerbação adequada, porquanto exercendo cargo comissionado, ciente do compromisso social que possuía, notadamente porque realizava seu labor junto à Presidência do Legislativo...”*.

Isso se repete quando da análise das ‘circunstâncias do crime’, momento em que se alude que *“o réu se utilizou da estrutura da Presidência do Legislativo que tinha a seu dispor para, assim, aproveitando-se de tal circunstância, realizar a nomeação dos servidores...”*.

Não obstante essa argumentação, na 3ª fase do art. 68, do CP, o il. Juiz *a quo* aplicou o aumento de pena do § 2º do art. 327, do CP, isto é, o cometimento do crime na condição de ocupante de cargo em comissão, em evidente *bis in idem*.

Isso se deu em relação a todos os crimes de peculato e para todos os réus.

A jurisprudência mais abalizada rechaça essa dupla incidência:

A consideração da mesma circunstância tanto na primeira etapa da dosimetria, para exasperar a pena-base, quanto na terceira fase, para justificar a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 327, § 2º, do CP, configura inadmissível *bis in idem*. (AgRg no AREsp 397.464/GO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, 6ª T – julgado em 07/04/2016, DJe 20/04/2016).

Como se vê, pois, ou bem se considera o exercício de cargo em comissão como circunstância judicial negativa, ou se o faz à conta do § 2º do art. 327, do CP – as duas coisas cumuladas importam em claro e inadmissível *bis in idem*.

Lapso mais drástico, todavia, parece-nos ter ocorrido na aplicação da figura do *crime continuado* (*ex vi*, art. 71, do CP) em relação a todos os crimes de peculato e para todos os réus, em evidente prejuízo que tornou as reprimendas infligidas injustificadamente excessivas.

De fato, veja-se que os réus receberam à conta dos peculatos que lhes foram atribuídos a pena de reclusão de 48 anos, 01 (um) mês e 06 (seis) dias, além de multa, observado o regime inicial fechado.

Esse *quantum*, com todo respeito, está, a nosso sentir, equivocado – decorre de um lapso de observação dos fatos que, ao fim e ao cabo, faz confundir *atos* com *ações* e acabou por desvirtuar o instituto do crime continuado.

Obtempere-se, nessa quadra, que a ideia de valorar a *apropriação* de força de trabalho de servidores do Legislativo, mediante o pagamento de sua remuneração mensal pelos cofres públicos, como crimes autônomos, isto é, a cada pagamento de vencimento aos “agentes políticos” restou consumado um peculato para, ao depois, em relação aos diversos meses aplicar a regra do crime continuado, não é razoável.

Com o devido respeito, não há como concordar com essa posição, dado que, como salientam Zaffaroni, Slokar e Alagia, deve-se sempre *“recorrer a interpretações racionais do tipo para evitar o absurdo.”* (ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR, 2014, p. 861).

Antes de ulteriores considerações, vale o destaque, é necessário realizar mais precisa apuração quanto ao *meio* pelo qual os desvios imputados foram realizados. É esta a via adequada para que se possa precisar o momento exato em que a conduta típica se consumou, sendo esse o elemento determinante para fins de continuidade delitiva.

Isso porque o peculato-próprio, por tratar-se de delito material, exige que o resultado externo, previsto no tipo, seja empiricamente verificado - aqui consubstanciado num desvio patrimonial alheio - para que o delito desenhado legalmente reste consumado (PIZARRO BELEZA, 1983, p. 376). Significa dizer: o injusto exige uma modificação no mundo, e para examiná-la, o julgador, sistematicamente, será conduzido à avaliação do *iter criminis* da conduta imputada.

Com efeito, *iter criminis* é o caminho percorrido pelo agente durante a prática do crime, que vai da *cogitatio* (cogitação), passa pelo *conatus remotus* (atos preparatórios), ingressa no *conatus proximus* (tentativa), até desaguar na *meta optata* (consumação).

Desta forma, assinala Welzel, o delito consumado "*passa por uma sucessão continuada de etapas de concreções parciais*" (WELZEL, 1956, p. 190), isto é, esgotadas as etapas do ilícito, e reunidos os atos conductuais, ter-se-á consumada a prática do tipo incriminador.

Ao que se descortina, os réus Georgie, Pete e Dim, em benefício do então deputado Alex DeLarge, à época Presidente do Legislativo, nomearam servidores para redirecionar sua força laboral a fim de aplica-las em benefício do Presidente da Casa de Leis, que, a seu turno, pretendia usar disso para implementar campanhas de promoção pessoal com o objetivo de se perpetuar no poder.

Nessa dinâmica - e atento à orientação de que se deve implementar sempre uma interpretação racional dos institutos de Direito - é imperioso reconhecer que a eventual apropriação da força de trabalho de servidores, e sua decorrente contraprestação pecuniária pelos cofres públicos, deve ser encarada como fato único e não fracionado; ou, em outras palavras, o peculato ocorre quando há a apropriação como um todo, como crime único, relativo ao *quantum* total, e não pelas parcelas amealhadas, a indicar um crime para cada qual delas, sob pena de se chegar a uma punição absurda, como a que, registre-se, se chegou no caso vertente - 48 (quarenta e oito) anos, 01 (um) mês e 06 (seis) dias de reclusão - o equivalente, *v.g.*, a cerca de 04 (quatro) homicídios qualificados; 01 (um) latrocínio e mais 01 (um) homicídio qualificado; cerca de 09 (nove) roubos agravados; 12 (doze) furtos qualificados etc.

Obtempere-se: quem se apropria de valores absurdos, *v.g.*, mas o faz de uma só vez, comete um peculato, mas quem se apropria parceladamente durante certo tempo dos mesmos valores responderá por tantos peculatos quantas sejam as parcelas de apropriação...

*Ad argumentandum tantum*, a prevalecer o raciocínio encampado na r. decisão *a quo*, se um mecânico da FAB pretende montar um avião particular e para tanto subtrai, em semanas ou meses subsequentes, dois motores da oficina da Força Aérea Brasileira terá cometido *dois* peculatos, mas se um piloto, saindo de São José dos Campos em direção a Campinas resolve se apropriar de um avião bimotor pertencente à Aeronáutica e o leva a um aeroporto particular para descaracterizá-lo e não mais devolvê-lo, terá cometido apenas *um* crime de peculato...

Na mesma linha de raciocínio, se um mecânico da Polícia Militar resolve toda semana subtrair peças de viaturas sob sua responsabilidade para usá-las em seu veículo particular, terá cometido tantos peculatos quantos tenham sido as subtrações; se, contudo, outro mecânico nas mesmas condições levar uma viatura inteira, terá cometido apenas um peculato.

Obviamente, não se pode ser incoerente a esse ponto.

*Mutatis mutandis*, quem furta um veículo responde por um crime de furto, mas por essa lógica, se o veículo estiver financiado, com um saldo de 18 parcelas a vencer, deverá responder por 18 furtos, em continuidade delitiva.

Na toada dos crimes apurados nos autos, é curioso indagar: se os funcionários recebessem por quinzena, haveria o dobro de peculatos? Mas se, como ocorre em outros países, recebessem remuneração anual, ainda que mais expressiva, haveria um só crime?

Ademais, da r. Sentença também se extrai que o il. Magistrado optou por aplicar a cumulação contida no art. 69 do Código Penal, em vez da exasperação lida no art. 71, também do Código Penal, porque os acusados *“adotaram a prática de crimes contra a administração pública como prática profissional no ambiente do Legislativo, havendo, portanto, nos crimes de peculato descritos na denúncia, reiteração criminosa e não continuidade delitiva no caso dos peculatos narrados nos subitens de n. 2.”* delitiva no caso dos peculatos narrados nos subitens de n. 2”.

Destarte, embora aplicada a exasperação – como até então debatido – entre cada mês de apropriação realizada, optara-se pelo critério da cumulação (*ex vi* art. 69, do CP) entre cada nomeação de servidor para os quadros do Legislativo, a tanto, valendo-se desatinadamente da *habitualidade delitiva* como conceito apto a afastar as regras do art. 71, do Código Penal.

É preciso, *permissa venia*, melhor manejar o instituto do crime continuado.

## DA CONTINUIDADE DELITIVA

Legalmente conceituado no art. 71, do Código Penal, reputa-se continuado o delito *“Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie”,* sendo que *“pelos condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes (sic) ser havidos como continuação do primeiro (...)”*. Destarte, o Código Penal prevê agravação da reprimenda em um sexto a dois terços da pena comum, se idêntica, ou da mais grave, se diversas.<sup>2</sup>

Primeiramente, afastando-nos dos recorrentes dissensos doutrinários que perfilham o instituto, sabe-se que o legislador optou, em decorrência - mas não só - de Política Criminal, por abrandar a carga penal oriunda da responsabilidade do agente pela prática de sucessivas condutas que contenham idoneidade típica (CREUS, 1992, p. 293), desde que teleologicamente orientadas, a fim de, com isso, evitar penas demasiado desproporcionais.

Assim, com uma representação abstrata da realidade natural - dado que, sem essa abstração, estaríamos diante de concurso material de infrações -, o legislador inaugurou uma teoria ficcional da continuidade delitiva.

Com efeito, ainda que indiretamente, quatro requisitos são extraídos daquele conceito legal: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de afetações a idêntico bem jurídico; III) mesmas condições temporais, espaciais e modais de execução; e, por fim, seguindo o raciocínio objetivo-subjetivo – de clara matriz finalista - que estriba a *Lex Criminalis* (PRADO, 2011, p. 595; CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 438), IV) a unidade de desígnios.<sup>3</sup>

Ademais, colhe-se dos requisitos antecipados que, tal qual todo o desenvolvimento teórico do Direito Penal, a conduta, e seu necessário desdobramento, assume especial relevância no delito continuado, eis que seu requisito elementar.

Com efeito, e a tanto, cabe recordar instigante indagação de Hans Welzel (1956, p. 215), ao examinar o tema em terras germânicas: *“O que quer dizer ‘uma’ ação e quando se executam*

<sup>2</sup> É cediço que jurisprudencialmente estabeleceu-se que o critério a ser observado na determinação da fração ideal ao aumento devido é o da “quantidade de infrações penais praticadas”. Confira-se: “8. Esta Corte Superior firmou a compreensão de que a fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações (HC 342.475/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 23/2/2016)”.

<sup>3</sup> Não se ignora que a exposição de motivos do CP (nº 54) dispensou critério subjetivo por reputar bastante a teoria objetiva ao deslinde de casos ordinários. Contudo, cabe aqui primar pelo raciocínio sistemático, próprio da dogmática finalista, e estancar a incoerência legislativa a fim de admitir a unidade idealística como requisito essencial da continuidade delitiva. Neste palmilhar, na dogmática brasileira, é a orientação de (CIRINO DOS SANTOS, 2012, p. 438).

*várias ações?*". A partir disso, o mestre tedesco pretendeu instigar o aprofundamento teórico do instituto, bem como acurar a visão dogmática no que diz respeito a determinação de uma pluralidade de fatos puníveis.

Tal indagação demonstra a necessidade de precisar a distinção entre condutas, ou ações, e atos conductuais, dado que *"o crime continuado exige para a sua integração não uma sucessão de atos, mas uma sucessão de ações"* (PIMENTEL, 1969, p. 11),<sup>4,5</sup> naturalmente compreendidas também as omissões, sejam elas próprias ou impróprias.

Essa distinção evidencia que, para algumas classes de delitos, denominadas plurissubsistentes ou de execução fracionada, independentemente do número de atos praticados ter-se-á apenas uma única conduta punível. Com isso, logicamente, restará obstado o reconhecimento de uma unidade continuada de delitos, ao menos enquanto o exame se dirija exclusivamente aos atos conductuais.<sup>6</sup>

Essa também foi a conclusão alcançada por Welzel (1956, p. 215) ao destacar que: *"Como toda ação, tampouco o delito é um acontecimento puramente físico, mas a objetividade da mente humana; uma unidade social com sentido"*. Acrescendo, em conformidade ao raciocínio até aqui exposto, que *"Não interessa a quantidade de movimentos corporais no tempo e no espaço. Se bem pode ser 'uma' ação um único movimento corporal (um golpe ou um empurrão, lesão corporal ou dano a coisa), a maioria das ações se estruturam sobre um conjunto de movimentos corporais"* (id. Ibid.). Está-se, notadamente, diante de uma compreensão orgânica do conceito de ação.

Não é precoce dizer que por sua própria natureza, v. g., para a consumação do peculato-desvio, a própria semântica lançada no tipo incriminador possibilita o desdobramento da execução da conduta em diversos e distintos segmentos (PRADO; CARVALHO; CARVALHO, 2011, p. 1317). Afinal, o elemento nuclear sugere que o agente tenha a posse direta do objeto material, e ulteriormente dê a ele diversa destinação, seja qual for o meio que utilizado para fazê-lo.

Isso denota que o olhar lançado para a verificação de uma unidade delitiva a esta espécie típica exige muito mais do que apenas um mero vislumbre sobre os atos praticados; reclama, isso sim, a compreensão e valoração do todo. (FAYET JUNIOR, 2001, p. 87 - Entretanto, há que se advertir que isso não se traduz numa autorização para a leviandade).

Vale repetir, nesta quadra, que o pressuposto necessário de algumas formas de concurso de delitos em geral, e da continuidade delitiva em especial, é precisamente a pluralidade de condutas (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2014, p. 860).

Entretanto, atestar este pressuposto não é tarefa fácil. Dogmaticamente já se reconheceu a dificuldade na identificação de uma pluralidade de condutas para fins de concurso de crimes (FAYET JUNIOR, 2001, p. 96 e ss.). Contudo, isso jamais poderá se traduzir numa autorização para a leviandade interpretativa. Assim é que, a nosso juízo, quem melhor elucida a questão é Eugenio Raúl Zaffaroni ao traçar que uma pluralidade de atos deve ser interpretada como uma única ação quando *"os distintos atos parciais de uma decisão comum de vontade se produzem*

4 Adiante, e para naufragar qualquer dúvida, o argumento é reforçado nos seguintes termos: "[...] antes de tudo, o crime continuado consta de uma pluralidade de ações ou omissões – portanto de condutas – e não apenas de uma pluralidade de atos, que nada mais são do que segmentos e partes da ação." PIMENTEL, 1969, p. 14).

5 Essa distinção elementar se fazia presente nas aulas de Carrara, ainda no século XIX, ao lecionar que "A noção do crime continuado (pelo menos no sentido em que foi sempre entendida pelos práticos italianos) pressupõe a repetição de diversas ações, cada qual representando uma perfeita violação da lei." (CARRARA, 1956, p. 361 – destaques no original).

6 Esta noção foi subscrita por FAYET JUNIOR, verbis: "A significação jurídica do conceito de ação deve ser debatida com vagar, pois, para a configuração da continuação delitiva, deverá haver, pelo menos, mais de uma ação. Ou, em outras palavras: deve-se estabelecer, com precisão, quando se apresenta o caráter unitário da ação (quando a ação é única) ou quando se afirma a pluralidade de ações."

*e permanecem espaço-temporalmente em tão estreita conexão que são percebidos como uma unidade por um observador ou partícipe*" (ZAFFARONI, 1988, p. 525).

Desta forma, e amiúde, o *decisum* proferido pelo e. Magistrado de primeiro grau reputou – equivocadamente, a nosso juízo – configurada uma série de peculatos em continuação, cada qual cometido segundo a redação de cada subitem da acusação, alçando atos conductuais como se condutas perfeitas fossem.

Assim, é prudente novamente lembrar, pois a cautela reclamada por Welzel o demanda, a *quaestio* diz respeito à busca pela distinção entre o término de uma conduta e o início de uma nova, com resultados igualmente individualizáveis. Procura-se evitar que uma prolongação de uma mesma consumação produzida no tempo sem solução de continuidade seja interpretada como continuação (CREUS, 1992, p. 294). Exemplificativamente: não há como se adequar tipicamente o fato de inúmeros golpes de faca (leia-se: atos conductuais), desferidos por um agente em face de seu desafeto, como inúmeras lesões corporais tidas em continuação<sup>7</sup>.

*In casu*, examina-se a conduta prescrita no art. 312, do CP, segundo a qual, peculato próprio é a ação de "apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.". Tem por objeto jurídico, portanto, tanto a tutela da probidade da Administração Pública quanto a manutenção da fidelidade de seus agentes, diante da relevância do mister a eles incumbido socialmente (BUSATO, 2016, p. 445; MIRABETE, FABRINI, 2011, p. 261).

Extrai-se do tipo penal, ainda que implicitamente, e feita a devida ressalva da extensão de punibilidade prevista no art. 30 do CP, que sempre o funcionário público figurará como sujeito ativo da conduta; da mesma forma que, e invariavelmente, o próprio Estado estará sempre sujeito à ofensa normativa prescrita (HUNGRIA, 1958, p. 339). Com efeito, também se admite, como sói parecer elementar, a agressão a bens jurídicos de particulares – como, *v.g.*, o patrimônio.

Em suma, o "desvio" a que refere o *caput* do dispositivo traz a ínsita noção de alocação do objeto material em fim diverso do que foi legalmente projetado. Assim é que resta igualmente configurada a noção de que os efeitos do peculato sejam permanentes, embora seja crime de consumação instantânea.

Além disso, o tipo incriminador exige que o desvio tenha se dado em face de *dinheiro, valor* ou outro *bem móvel*. Destarte, com o detalhamento do objeto material, o legislador pretendeu afastar do agasalho tutelar da Lei penal a consumação do peculato quando é apenas o serviço alheio "convolado" ao patrimônio do agente público o objeto da imputação (BUSATO, 2016, p. 445).

Ainda que pareça despidendo, mas visando manter como norte o rigor acadêmico, cumpre observar, com Nucci (2011, p. 1167), que "dinheiro é a moeda em vigor, destinada a proporcionar a aquisição de bens e serviços;" ao passo que "valor é tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro, possuindo poder de compra e trazendo para alguém, mesmo que indiretamente, benefícios materiais;" e por "outro bem móvel", devemos considerar como "fruto de interpretação analógica, isto é, dados os exemplos – dinheiro e valor -, o tipo penal amplia a possibilidade de qualquer outro bem, semelhante aos primeiros, poder constituir a figura do peculato".

Vale mencionar, ademais, que eventual obtenção de vantagem oriunda da prática delitiva em nada interferirá no processo de adequação típica da conduta, influenciando, no máximo, na etapa do exaurimento do fato (BUSATO, 2016, p. 454). O momento a invocar nosso interesse

<sup>7</sup> Neste passo, a *quaestio* somente encontra resolução a partir da análise do elemento subjetivo do agente, isto é, do exame da unidade de resolução criminosa. Somente nesta unidade é possível afirmar a manifestação de um único desígnio. Neste sentido: FAYET JUNIOR, 2001, p. 84.

ocorre em etapa anterior à aquisição do proveito ilícito, dá-se, pois, no exato instante em que a Administração Pública perde o senhorio sobre o *dinheiro, valor* ou *outro bem móvel* de que dispunha.

Em resumo, esta ideia salienta a adequada visão de que a ação de desvio, lograda em razão da facilitação pelo desempenho de cargo público, é suficiente à adequação típica da conduta, sendo irrelevante, portanto, a obtenção da indevida vantagem econômica.

Vale ainda ressaltar, embora o fosse presumível, que neste *Estudo de Caso* não se sustenta o abandono da aplicação da continuidade delitiva aos fatos *sub iudice*, senão todo o oposto disso. Seria inconcebível ponderar qualquer tentativa de relevar a aplicação da Lei penal. Há, sim, unidade continuada de delitos, contudo, não na esteira preconizada no raciocínio sufragado na sentença.

Isto é, preconiza-se como correto o raciocínio segundo o qual há, para cada um dos réus, um crime de peculato para o todo apropriado de cada um dos servidores nomeados e logrados em seus vencimentos – e não um crime para cada parcela de apropriação (no Direito Civil dir-se-ia que não se pode confundir preço com prestação) – com a incidência do crime continuado em relação às apropriações relativas ao número de servidores cujos vencimentos foram desviados, em solução muito mais consentânea com os propósitos da lógica e da Justiça.

No tocante à aplicação dos critérios do concurso material às nomeações de servidores em detrimento da incidência da *continuidade delitiva*, afastada em decorrência de habitualidade criminosa,<sup>8</sup> há que se também levantar necessários reparos a serem realizados por esta instância revisora.

Conceitualmente, habitualidade e continuidade delitiva são institutos cujas linhas mestras apresentam elementos comuns indissociáveis. Enquanto o primeiro se constitui pela reiteração de condutas ilícitas, de maneira a tornar o crime o *“modo de vida dos agentes”*, a *continuidade delitiva* apresenta, como já examinado, similar exigência de reiteração de injusto, destoando da primeira apenas no que toca ao elemento subjetivo geral que, na segunda, deve sempre se fazer presente.

Calha esclarecer, a fim de adequadamente delinear os conceitos referenciados, que há tipos necessariamente habituais - é o caso do *“curandeirismo”*, art. 284 do CP -, e tipos eventualmente habituais - aqui se recorre, v. g., ao tipo de *“roubo”*, art. 157 do CP. Com efeito, aqui apenas nos ocuparemos dos últimos, pois são os únicos a versar sobre a matéria afeta aos delitos de peculato, ora examinados.

A fim de distanciar habitualidade de continuidade, a jurisprudência do STJ vem se pautando na análise dos desígnios assumidos pelo agente durante seu atuar delitivo. Sem embargo, sendo autônomo o elemento subjetivo durante a prática dos fatos em cadeia, estar-se-á diante de habitualidade, afastando-se a incidência da exasperação; por outro lado, se a conjuntura dos fatos denotar unidade dos desígnios, estar-se-á a tratar de crime continuado, aplicando-se os termos do art. 71 do Código Penal<sup>9</sup>.

Dentro desta perspectiva normativa, em que pese algumas vozes dissonantes minoritárias sejam evocadas, a aplicação da *continuidade delitiva* gira em torno da verificação do elemento subjetivo que está por detrás de todo o atuar. Contudo, como bem se sabe, seria incogitável ingressar nas vias intelectivas do sujeito para de lá extrair os seus anseios, propósitos ou motivos, entretanto, a dogmática hoje se inclina pela observância da chamada teoria dos

<sup>8</sup> Esta cláusula implícita de dissuasão de continuidade delitiva foi formulada jurisprudencialmente (vide, informativo de jurisprudência 682, do STF) com o fito de não favorecer agentes que fizessem do crime o seu *“modo de vida”*.

<sup>9</sup> Por todos, no STJ, confira-se: HC 445.214/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 15/06/2018.

*indicadores externos*, cujo fito é determinar contextualmente a eventual unidade idealística do sujeito ativo.

Naturalmente, somente se conhece o subjetivo pelo que foi expressado no atuar objetivo.

Assim também é reconhecido pela própria - pacífica - jurisprudência no tema em questão, pois, para aplicar a regra do art. 71 vem-se oportunizando protagonismo a alguns de seus requisitos em detrimento de outros. Assim ocorre, por exemplo, com o requisito da temporalidade, que vem sendo sistematicamente relativizado quando evidenciado o propósito do sujeito ativo com o auxílio de seu modo de execução.

Destarte, *in casu*, chega a ser incoerente não pontuar que o atuar dos réus não apresentou a unidade de desígnios reclamada jurisprudencialmente pela *continuidade delitiva*, mas, de outro lado, afirmar reiteradamente que as contratações de servidores tinham como propósito “propalar a imagem do então Deputado Alex DeLarge a fim de expandir suas bases eleitorais” mediante atuação como verdadeiros agentes externos, como exaustivamente ressaltado tanto pela inicial acusatória, quanto pela própria sentença condenatória vergastada.

Se há proposição de um fim – expansão de bases eleitorais – seria inconsequente afirmar a presença de desígnios autônomos em cada nomeação.

Aliás, esse necessário exame escapou à óptica do Julgador monocrático, porquanto - mal - solucionou o impasse apenas aludindo que os réus “*adotaram a prática de crimes contra a administração pública como prática profissional no ambiente da Assembleia Legislativa*”. No tópico sequer se faz menção à unidade de desígnios – tão efusivamente salientada noutros parágrafos da r. Sentença de piso.

Noutras Cortes de Justiça da Federação costuma-se fazer alusão à *relação de continuidade* que deve estear todo o exame de eventual aplicação da *continuação delitiva*. Significa dizer: o elemento subjetivo deve expressar que o acusado se valeu do contexto propiciado pelo anterior delito para praticar a conduta ulterior, tal qual um verdadeiro desdobramento delitivo. À farta, e com reconhecimento na própria sentença de piso, é o caso dos autos.

Destarte, não vemos alternativa, senão afastar o critério da cumulação material de penas, de modo a manejar ao feito a aplicação do preceito oferecido pelo art. 71, do CP, isto é, a exasperação das penas.

Em semelhantes oportunidades, diriam os alemães: o terreno da aplicação da pena é o reinado do juiz do fato; não obstante, completemo-los: deve o intérprete acautelar-se para não munir este reinado com despotismo irrefreado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na suma, este manuscrito pretendeu examinar criticamente os fundamentos utilizados na sentença condenatória dos corréus para incrementar a sua pena em tão elevado patamar.

Como técnica destinada à consecução de resultados pautados na legalidade, o Direito Penal deve ser instrumentalizado em favor de leituras consentâneas com a realidade na qual está inserido. Do contrário, isto é, aplicá-lo mais rigorosamente ao sabor da cliente, poderemos esquecer da teoria para passar a tratar da dogmática de maneira meramente especulativa, sem critério e proporcionalidade.

## REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, PG, vol. 1, 22ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte especial 2, v. 3. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**, v. 1. Trad. José Franceschini e Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1956.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal**: parte geral, ICPC: Cursos e Edições, 2012.
- CREUS, Carlos. **Derecho penal**: parte general. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, 1992.
- FAYET JUNIOR, Ney. **Do crime continuado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. IX. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.
- MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. **Manual de direito penal**: parte especial, v. III, 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**, 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**, 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. **Do crime continuado**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.
- PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito penal brasileiro**. 14., ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PIZARRO BELEZA, Teresa. **Direito penal**, 2º vol. Coimbra: Aafdl, editora, 1983.
- WELZEL, Hans. **Derecho penal**: parte general. Trad. Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires: Depalma, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Derecho penal**: parte general. T. IV. Buenos Aires: Ediar, 1988.