

1. As questões

Os ilustres advogados Hermes Vilchez Guerreiro e Castellar Modesto Guimarães Filho, na qualidade de defensores, respectivamente, de Ramon Hollerbach Cardoso e Cristiano de Melo Paz, formulam-me as seguintes questões:

- a. Os tipos penais de peculato (art. 312) e corrupção ativa (art. 333) protegem o mesmo bem jurídico? No caso, a administração pública? Quando o acusado comete estes crimes nas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução, pode-se aplicar o art. 71 (crime continuado), e assim todos eles podem ser considerados um único crime?
- b. Em relação ao crime continuado, o aumento previsto no art. 71, decorrente da continuidade delitiva, deve levar em conta apenas critérios objetivos, isto é, o número de infrações ou deve considerar outros elementos, entre os quais critérios subjetivos (personalidade, etc.)?
- c. Se a evasão de divisas de um valor fixo e previamente determinado ocorrer em várias parcelas/operações, pode se entender que só houve o cometimento de um único crime?
- d. Caso as circunstâncias judiciais (art. 59 do CPB) sejam predominantemente favoráveis ao acusado, a pena pode ser fixada no mínimo legal do tipo penal?

2. A unidade ou pluralidade de fato

O concurso de crimes, segundo **Jescheck**, começou a estar presente, de modo mais intenso, na doutrina jurídica, a partir da obra de **Koch**, de 1791, que procedia a uma diferenciação entre *concursus simultaneus*, *concursus succesivus* e *concursus continuatum*, os quais se resolviam,

respectivamente, pelos critérios da absorção, exasperação e unidade.¹ A informação prestada por **Jescheck** demonstra que a matéria de concurso de crimes tem, como pressuposto, a solução acerca dos conceitos de unidade e pluralidade de ações.

A doutrina penal tem trabalhado sob dois critérios para selar a conclusão se determinada sequência de condutas constitui unidade ou pluralidade: o critério da ação natural e o critério da unidade naturalística de ação.² O primeiro pode ser desdobrado conforme o reconhecimento se faça em torno do conceito de ação, como conduta causal, final, social ou funcional. O segundo, utilizado pelo Supremo Tribunal da Alemanha (Bundesgerichtshof), corresponde a ponderações de valor proferidas sobre o significado dos tipos penais diante do caso concreto, de modo a possibilitar, no plano empírico, que uma sequência possa ser classificada como unidade ou pluralidade segundo um juízo objetivo efetuado por um observador neutro.

Não há uniformidade doutrinária, por outro lado, no que toca ao conceito de ação natural. **Roxin**, por exemplo, entende haver ação em sentido natural quando se verifique “uma exteriorização jurídico-penalmente relevante da personalidade, que nos delitos comissivos se manifesta como um desprendimento de energia, geralmente na forma de um movimento corpóreo vinculado à vontade do autor.”³ Essa formulação de **Roxin**, ainda que associada à sua concepção personalista de ação, tem precedentes em **Beling**, segundo o qual a ação, como ação natural, seria basicamente representada pelo movimento corpóreo. **Beling**, porém, alertado pela dificuldade resultante de seu próprio conceito, já afirmava que, na decisão acerca da unidade ou pluralidade, importante não seria propriamente um movimento corpóreo único, senão sua relação com o fato, tomado como

¹ Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, 5^a edição, Berlim, 1996, p. 709.

² Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, II, München, 2003, p. 801 e ss.

³ Claus Roxin, nota 2.

manifestação vital. Disso resulta, a partir daí, não se falar de unidade de ação, mas, sim, de unidade de fato.⁴

Embora para as questões de concurso importante seja mesmo a unidade de fato, há que se proceder, contudo, à diferenciação entre unidade de ação e unidade de fato. A unidade de fato corresponde, via de regra, à prática de uma única ação, ou seja, de uma só manifestação de vontade ou de um só movimento corpóreo, a chamada ação unitária. Quando haja apenas uma manifestação de vontade, haverá só uma ação, a qual deve corresponder o fato. Quem dá apenas um tiro e, com isso, mata duas pessoas realizou apenas uma ação que conduz à unidade de fato, ou seja, os dois homicídios compõem único fato. A questão a ser discutida, porém, não é a de concluir que uma ação unitária conduz a um fato só, porque isso é de uma evidência cristalina. O problema está em determinar se é possível tratar como unidade de ação situações complexas, nas quais haja uma sequência de condutas. Esse é o problema, que parece não ser resolvido suficientemente com o conceito de ação natural, até mesmo pela variedade de seus conceitos.

Por sua vez, a doutrina, em geral, apresenta reservas à concepção de uma unidade naturalística de ação, cujos postulados já estariam inseridos no conceito de ação natural e não forneceriam um critério seguro para delimitar os casos de unidade e pluralidade de ação.⁵

Uma vez decidida acerca da unidade ou pluralidade de ação, há que se proceder à diferenciação entre unidade ou pluralidade de fato e unidade ou pluralidade de delito. A decisão acerca da unidade ou pluralidade de delito não está mais associada, exclusivamente, à unidade ou pluralidade de ação, mas, sim, a critérios valorativos, que costumam ser classificados em três ordens: especialidade, subsidiariedade e consunção. O acolhimento de qualquer desses critérios implicará o reconhecimento de delito único. Por exemplo, na sequência de lesão e homicídio dela decorrente, restará tão

⁴ Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, p. 335.

⁵ Wessels/Beulke, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 40^a edição, Heidelberg, 2010, p. 301; .

somente o crime de homicídio. Nesse caso, não há necessidade de se invocar um conceito naturalístico de conduta para solucionar o aparente conflito; a própria ordem jurídica fornece os elementos para tanto, os quais serão, como ocorre com qualquer norma, submetidos aos processos de interpretação.

Independentemente da conclusão acerca da unidade de delito, é importante verificar como será possível tratar da unidade de conduta e quais os efeitos que isso gera na aplicação da pena. O principal efeito da afirmação da unidade de conduta será, sem dúvida, a eliminação do concurso material de infrações, o qual pressupõe uma pluralidade de condutas independentes. Por seu turno, o reconhecimento da unidade de conduta não decorre, automaticamente, dos enunciados naturalísticos de conduta. Estes enunciados são idôneos, mas para acarretarem o efeito de excluir o concurso material será preciso que a própria ordem jurídica os assimile como enunciados jurídicos, ou melhor, como unidade jurídica. A unidade jurídica de ação pode se manifestar de vários modos: a) como unidade típica (tipos mistos alternativos, delitos permanentes, delitos de vários atos, delitos habituais, delitos complexos e delitos omissivos); b) como unidade de produção causal; c) como crime continuado.

Muitas vezes, o próprio tipo já dispõe como unidade o que, de fato, subsiste como pluralidade. Em função da unidade típica, por exemplo, nos crimes de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (tipo misto alternativo), roubo (crime complexo), sequestro (crime permanente) e exercício ilegal da medicina (crime habitual) há mais de uma ação que a ordem jurídica acolhe como unidade.

Igualmente haverá unidade de delito quando a ação se desdobra em alguns segmentos, sem comprometer, contudo, a sequência causal iniciada com o primeiro ato em face da mesma lesão de bem jurídico. Se alguém, ao furtar uma residência, faz várias viagens de caminhão para transportar o material subtraído, porque este é de tal monta que não pode ser transportado de uma só vez, pode-se dizer que haverá unidade de ação, porque os vários

movimentos corpóreos seguem a mesma sequência iniciada com o primeiro transporte. Haverá, portanto, apenas um delito de furto.⁶ Nesse particular reside a tese de **Enrique Cury**, pela qual a violação da norma será única quando não for possível sua execução total de uma única vez, senão de uma forma fracionada.⁷

Convém dizer que o concurso formal não constitui, propriamente, caso de unidade jurídica de ação. O concurso formal constitui uma unidade de fato, resultante do reconhecimento de uma ação unitária que realiza dois ou mais tipos penais. Essa é clássica definição do concurso formal. **Mezger** vai mais além e admite também concurso formal quando se trate de uma unidade jurídica de ação, mediante a qual se realizem dois ou mais tipos. O ladrão, que com uma só ameaça subtrai bens de duas pessoas, realiza, naturalisticamente, várias ações, as quais, no entanto, constituem uma unidade jurídica (roubo), em concurso formal.

3. A natureza do crime continuado

Geralmente, informam os tratados de direito penal que o crime continuado tem origem nos práticos italianos, entre os quais **Farinacio**, como instrumento de política criminal limitadora, a fim de evitar a aplicação da pena de morte ao ladrão pelo terceiro furto.⁸ **Reyes Alvarado**, no entanto, acolhendo a informação de **Pedro Ernesto Correa**, entende que o crime continuado tem uma origem mais antiga, ainda nos glosadores e pós-glosadores, entre os anos de 1250 e 1450.⁹ Esse último, ao interpretar as glosas empreendidas sobre o Digesto, chega à conclusão de que, ao contrário do que propunham os práticos, a criação da figura do crime continuado não se afirma como espécie de *favor rei*, mas como o reconhecimento de se tratar de uma só ação. Por este entendimento, então,

⁶ Walter Gropp, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin-Heidelberg-New York, 2001, p. 508.

⁷ Enrique Cury Ursua, Derecho penal, parte general, II, Santiago, 1985, p. 278.

⁸ Giuseppe Bettoli, Direito Penal, II, tradução brasileira de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco, São Paulo, 1971, p. 312; Aníbal Bruno, Comentários ao código penal, vol. II, Rio de Janeiro, 1969, p. 162.

⁹ Yesid Reyes Alvarado, El concurso de delitos, Bogotá, 1990, p. 159.

ao admitir o crime continuado no caso concreto, o juiz não estaria beneficiando o acusado, mas, sim, unicamente reconhecendo a existência de unidade e não de pluralidade de ações.

As discussões em torno da natureza do crime continuado conduzem, por seu turno, a diversas formulações doutrinárias, as quais se dividem em considerá-lo uma ficção jurídica ou uma hipótese de unidade de ação. Ainda que se aceitem as ponderações em torno da unidade de ação, parece, porém, que a adoção do crime continuado pelo direito moderno foi muito mais produto de uma fórmula normativa de política criminal do que, propriamente, de base empírica. Daí a importância que a doutrina tem dado às lições de **Farinacio**, como o fez a doutrina italiana desde o século XIX. Essa é uma questão ainda sujeita a especulações, mas isso não interfere na caracterização do instituto.

Por força da concepção normativa e não propriamente de um produto empírico, foi possível atribuir ao crime continuado determinados efeitos, independentemente da presença de várias ações, cada uma delas adequadas a vários tipos penais. É nessa linha de raciocínio que se manifesta **Carrara**: “*Por isso, é intuitivo que a continuação não é, absolutamente, uma circunstância agravante, pois importa em diminuir a imputação total (correspondente à soma da imputação da primeira violação com a da segunda, etc.) da diferença entre ela e a que se dá a um único delito, aumentada pela continuação.*”¹⁰

4. O retorno ao conceito de ação

Estimulada pela lição de **Carrara**, a argumentação pode seguir adiante para verificar se ainda existe necessidade de um conceito de ação para caracterizar o crime continuado. Ao admitir-se uma natureza de política criminal ao crime continuado, no sentido de lhe atribuir a qualidade de uma circunstância atenuante e não propriamente de uma causa de especial aumento de pena, pareceria, à primeira vista, que não mais teria sentido

¹⁰ Francesco Carrara, Programa do curso de direito criminal, tradução brasileira de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra , São Paulo, 1956, p. 364.

invocar, mais uma vez, o conceito de ação para sedimentá-lo. Para decidir sobre isso, não basta seguir os passos da doutrina estrangeira mais moderna. Isto poderia valer se o crime continuado não tivesse uma regulação legal, como o faz o Código Penal brasileiro, em seu art. 71. A partir de sua regulação legal, pode-se ver que alguns elementos manejados pela doutrina estrangeira para identificar o crime continuado não são adequados ao nosso direito. Primeiramente, porque alguns códigos, como o alemão, não preveem esses elementos, e outros, como o italiano (art. 81), o fazem de forma diversa daquela adotada no código brasileiro. Em face da ausência de uma regulação explícita, os tratadistas alemães exploram as repercussões do conceito de ação sobre a caracterização do crime continuado, dando sequência a uma avaliação pelo elemento subjetivo, quer pelo dolo total, quer pelo dolo inicial, quer pelo dolo de continuidade, quer pela finalidade. Mais recentemente, inclusive, manifestam uma tendência de tratar o crime continuado como unidade de ação e, consequentemente, como unidade de delito e não mais como um instituto autônomo.¹¹

A teoria objetiva do crime continuado, por seu turno, que era dominante desde o século XIX, por força de sua formulação mais acabada proposta por **Merkel** em sua tese para a cátedra,¹² e reforçada pela interferência de **Mezger**,¹³ foi acolhida pelo Código Penal brasileiro. **Mezger**, ao defender sua posição, fez notar que o crime continuado constituía uma forma de unidade de ação, presidida pela conexão de elementos objetivos.¹⁴ A continuidade decorre, assim, de elementos relacionados ao fato e à sua forma de execução e não à finalidade do autor. A vinculação do código à teoria objetiva faz prescindir de qualquer laime subjetivo entre os diversos delitos que compõem a cadeia de continuidade.

¹¹ Por todos, Wessels/Beulke, nota 5, p. 303.

¹² Adolf Merkel, *Zur Lehre der fortgesetzten Verbrechen*, Darmstadt, 1862, p. 82 e ss.; Adolf Merkel, *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, tradução espanhol da Pedro Dorado Montero, 2006, p. 277.

¹³ Edmund Mezger, *Tratado de derecho penal*, tradução espanhola de José Arturo Rodríguez Muñoz, Madri, 1957, p. 372.

¹⁴ Mezger, Nota 13, p. 369.

Entretanto, o conceito de ação pode, nesse contexto, tomar outros rumos. É de se observar que no crime continuado não existe unidade de fato, aqui há duas ou mais ações que correspondem a mais de um delito. Assim, será necessário estabelecer critérios definidores de como se poderá trabalhar a continuidade. Nesse ponto, como o código adota a teoria objetiva, seriam inservíveis para o reconhecimento do crime continuado as teorias de ação que estivessem associadas a um elemento subjetivo, quer seja a finalidade, quer o plano do autor. Claro que seria muito mais fácil tratar do crime continuado se os fatos pudessem estar unidos por uma finalidade comum, que estivesse aclarada por suas circunstâncias, mas esse não é o caso. Quando **Merkel** adotou a teoria objetiva para caracterizar os elementos do crime continuado, tratou de demonstrar que esse era o critério que mais se ajustava aos objetivos do instituto, de dar indicações precisas capazes de evitar o arbítrio judicial e proporcionar um ajuste na condenação em face da intensidade da agressão jurídica. Com esse propósito, assinalava não se poder tratar o crime continuado em função de apenas um objetivo individual de proteção. Criticando a posição contrária, que postulava por uma subjetivação do injusto, dizia: “Assim, deixou-se de considerar nos delitos patrimoniais que, aqui, o que importa, como objeto do delito, não é o direito a uma determinada coisa, em particular, como o direito de um indivíduo sobre ela, mas, sim, o interesse patrimonial juridicamente protegido, conforme assentado pelo legislador.”¹⁵ Com isso, ampliava a possibilidade de reconhecimento do crime continuado, que não ficaria subordinado a uma finalidade ou desígnio.

Uma vez que a lei brasileira, por outra parte, optou por elementos objetivos para afirmar a existência de crime continuado, afigura-se necessário traçar a base desses elementos. O principal ponto de apoio da teoria objetiva reside na demonstração de que os elementos relacionados ao fato e suas circunstâncias estão compostos numa cadeia causal, demonstrativa de uma homogeneidade da lesão jurídica. Assim, pode-se dizer que esses elementos

¹⁵ Merkel, Zur Lehre, Nota 12, p. 5.

não podem prescindir, para comporem uma unidade, de um laime que os vincule aos diversos fatos realizados.

Ao tratar acerca dos propósitos da formulação de um conceito de ação, **Jescheck** assinalou-lhe quatro funções: de classificação, de definição, de conexão e de delimitação. A função de classificação serviria para abrancar, no âmbito da teoria do delito, todas formas e espécies de delito: doloso, culposo, comissivo, omissivo. A função de definição possibilitaria o esclarecimento acerca do conteúdo da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, que passariam a ser vistas sob o ângulo do comportamento humano e não como simples dados normativos. A função de conexão objetivaria tornar coerente a análise do delito e suas correlações, sem se perder em elementos estranhos ao fato. Finalmente, a função de delimitação assinalaria o descarte, desde logo, de condutas irrelevantes à lesão de bem jurídico.¹⁶

Vê-se que para **Jescheck** a ação deve cumprir ainda um papel relevante no direito penal, principalmente para vincular seus elementos dentro de um sistema coerente. Para tanto será necessário trabalhar-se, então, com uma teoria de ação que possa desempenhar essas funções. Dito de outro modo, o conceito de ação deve ser adequado a enfocar os diversos elementos do fato. Especificamente, no crime continuado, a ação desempenhará a função de esclarecer acerca da vinculação entre as diversas condutas, de modo a tornar possível o reconhecimento de uma unidade entre os diversos fatos e, consequentemente, de seus efeitos. Esse panorama da ação já era levado em conta por **von Liszt**, que argumentava ser necessário ao crime continuado uma relação de semelhança na forma de execução das condutas.¹⁷

O objetivo de um conceito de ação de tal ordem só poderá ser preenchido, então, por um conceito que possibilite analisar como os diversos fatos serviram, objetivamente, de pontos de referência para a conduta do

¹⁶ Jescheck, Nota 1, p. 219.

¹⁷ Franz von Liszt, Lehrbuch des Strafrechts, 20^a edição, Berlin, 1914, p. 240.

agente. Para tanto, pode-se valer do chamado conceito perlocucionário (performático) de ação. Este conceito decorre de uma proposição da filosofia analítica, pela qual a conduta humana tem que ser avaliada, não como simples entidade causal ou final, mas em face do sistema normativo e de seus efeitos.

Os prenúncios desse conceito podem ser encontrados já em **Max Weber**, com sua formulação em torno de uma ação estratégica. Dizia ele, então, que a conduta social deve estar orientada para comportamentos passados e futuros de outrem.¹⁸ Isso significa que a conduta social não se resume a uma finalidade ou a uma simples causalidade, necessita de um ponto de referência para sua orientação. Levado esse conceito ao plano jurídico, pode-se dizer que, quando o agente realiza uma conduta, está também objetivamente associado a preceitos normativos que a regulamentam e os quais lhe servem de referência para a consecução de seus objetivos. Como, juridicamente, quem realiza uma conduta está também subordinado a suas consequências, positivas (ao obter uma vantagem) ou negativas (ao sofrer sanções), a conduta penalmente relevante só pode ser uma conduta perlocucionária (performática), que tem como características tanto a orientação em face de outras pessoas e dos preceitos normativos quanto em face de suas consequências. Em todo esse processo, quando se discute a identificação do crime continuado, relevante será notar a vinculação entre sujeito e norma, pela qual será possível verificar como se desenvolveram as condutas e se entre elas subsiste uma conexão de continuidade.

5. Os elementos do crime continuado

De acordo com o art. 71 do Código Penal, o crime continuado está subordinado aos seguintes elementos: a) a realização de duas ou mais ações; b) a prática de dois ou mais crimes da mesma espécie; c) a existência de condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras; d)

¹⁸ Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5^a edição, Tübingen, 1980, p. 11.

um liame objetivo entre essas várias condições semelhantes, de modo que objetivamente os crimes possam ser vistos como em uma continuidade.

Superada a questão da unidade ou pluralidade de condutas, o primeiro requisito a ser elucidado diz respeito à prática de dois ou mais crimes de mesma espécie. A doutrina estrangeira tem afirmado que o primeiro requisito se refere à lesão ou ao perigo de lesão do mesmo bem jurídico.¹⁹ Na terminologia empregada no código, a ideia será a mesma: crimes de mesma espécie devem ser aqueles definidos no mesmo dispositivo penal ou, mesmo em dispositivos diversos, que violem o mesmo bem jurídico. Essa é a lição da doutrina²⁰ e grande parte da jurisprudência. Mediante a adoção, porém, de um conceito performático de conduta, pode-se proceder a uma outra interpretação desse requisito. Crimes da mesma espécie seriam, assim, não apenas aqueles que violassem o mesmo bem jurídico, senão também aqueles crimes correlatos que se inserissem na mesma zona de ilícito na qual foram realizadas as condutas. O bem jurídico é um dado de valor da ordem jurídica e tem que estar situado nos limites do injusto, caso contrário passaria a constituir um elemento estranho à ordem jurídica. Por outro lado, o bem jurídico não é apenas um dado estático e amorfo. Sua inserção na ordem jurídica, como pressuposto da realização do ato típico e antijurídico, serve também para a orientação de conduta do próprio sujeito. Mas a orientação do agente para realizar as respectivas ações não se pauta, exclusivamente, por um mesmo, único e restrito ponto de referência. Como na vida, em geral, esse ponto de referência (o bem jurídico) também se conecta com outros, cujo conjunto compõe o quadro de orientação do sujeito. Nesse caso, por crimes da mesma espécie devem ser entendidos aqueles que lesem ou ponham em perigo o mesmo bem jurídico ou outros bens

¹⁹ Wessels/Beulke, Nota 5, p. 302.

²⁰ Juarez Cirino dos Santos, *Direito penal, parte geral*, 2^a edição, Curitiba, 2007, p. 415; Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal brasileiro*, 11^a edição, São Paulo, 2012, p. 595; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de direito penal, parte geral*, 13^a edição, Rio de Janeiro, 1991, p. 351; Cesar Roberto Bitencourt, *Tratado de direito penal*, 15^a edição, São Paulo, 2010, p. 684; René Ariel Dotti, *Curso de direito penal*, 3^a edição, São Paulo, 2010, p. 630.

jurídicos correlatos, de modo que façam parte do conjunto que imprime sentido à ação continuada.

Embora se pautando por um complexo objetivo-subjetivo, esse é também o entendimento de **Juarez Cirino dos Santos**, para quem “*crime de igual espécie são fatos típicos equivalentes, tanto do ponto de vista objetivo quanto subjetivo.*”²¹ Nessa linha, portanto, podem receber a qualidade de crimes da mesma espécie aqueles que estejam vinculados à mesma zona de ilícito, na qual se manifesta a lesão de bem jurídico. Geralmente, a identidade da mesma zona de ilícito está representada por um mesmo título ou capítulo da parte especial do código penal, mas isso não implica que delitos da mesma espécie não possam estar situados até mesmo em legislações diversas. Os crimes de homicídio e lesão corporal culposos previstos no Código de Trânsito Brasileiro (arts. 302 e 303) são da mesma espécie de seus congêneres previstos nos arts. 121, § 3º e 129, § 6º do Código Penal.

A existência de circunstâncias semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras serve para fundamentar a base objetiva da continuidade. Por circunstâncias semelhantes devem ser entendidas aquelas que correspondem aos elementos acessórios do tipo, que o transportam para a realidade da vida. Nesse ponto, é de se destacar que as circunstâncias de tempo e de lugar não implicam uma divisão matemática. Poderá haver semelhança de tempo tanto no fato que se realiza em diferença de minutos, quanto naquele que transcorre em meses. Tudo depende da forma como está organizada a ação típica. Para delitos que podem ser praticados de uma só vez, como o furto, por exemplo, a semelhança depende de um espaço de tempo menor. Para delitos que só podem ser praticados sob uma protração da ação executiva, porque dependem também de trâmites burocráticos, como ocorre, por exemplo com o contrabando ou com a evasão de divisas, o espaço de tempo entre as ações deve ser dilatado. É possível reconhecer-se, portanto, continuidade delitiva de contrabando ou de evasão que se

²¹ Juarez Cirino dos Santos, Nota 20, p. 415.

estendam por vários meses. A extensão temporal, nesse caso, não descaracteriza a semelhança. O mesmo se diga do lugar.

No que toca à ação executiva, como se trata de delitos que estão subordinados à mesma zona de ilícito, a qual é configurada de conformidade com o grau de lesão de bem jurídico, a aferição da semelhança também ficará na dependência da forma de sua previsão típica. No estelionato, por exemplo, ainda que as ações de induzir e de manter em erro a vítima sejam, empiricamente, diversas, nada obsta a que se afirme a semelhança entre ambas por causa de sua subordinação ao resultado final, que é o estado de erro em que é vítima é colocada ou mantida. Haverá, assim, estelionato continuado quando o agente, na primeira ação típica, induz a vítima e, na segunda, a mantém em erro. Para se descaracterizar a semelhança de execução é preciso que as ações não se prendam a qualquer contexto típico.

Preenchidos esses requisitos, resta examinar como todas essas semelhanças podem ser compreendidas em uma sequência de continuidade. Talvez esse seja o ponto de gravidade do reconhecimento do crime continuado. Para os adeptos da teoria subjetiva, como os autores italianos que interpretam o respectivo código penal (art. 81), a continuidade seria dada pelo reconhecimento de uma mesma finalidade ou desígnio.²² Aos adeptos da teoria objetiva, por força do que dispõe o art. 71 do Código Penal brasileiro, o fundamento da continuidade reside no sentido objetivo das diversas ações, de modo a perfazerem um conjunto homogêneo em torno da mesma ou semelhante lesão de bem jurídico. O sentido das ações é extraído justamente da semelhança das circunstâncias, mas também de sua correlação. O agente que realiza várias subtrações, distanciadas em poucos dias, surpreendendo as vítimas pela destreza, certamente imprime um sentido em sua atividade, de modo a concretizar, com maior eficácia, a lesão patrimonial. Pode-se dizer, então, que se operou uma continuidade. A continuidade, portanto, nesse caso, está evidenciada pelo sentido da atividade. Não importa para a identificação desse sentido a finalidade do

²² Luigi Tramontano, *Codice penale annotato con la giurisprudenza*, 2006, p. 44; Fiandaca/Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bolonha, 1993, p. 496.

agente, por exemplo, de querer auferir maior proveito com a prática do delito ou de juntar uma quantia maior. O sentido da atividade é dado pelo processo de sua orientação em face da vítima (a ação estratégica de que falava Max Weber) e da ordem jurídica. O emprego da destreza, portanto, é uma circunstância que mostra como o agente se orienta em face da proibição, buscando executar sua conduta com o menor risco possível.

Essa concepção de sentido está de acordo, ademais, com sua compreensão filosófica. Conforme **Thiel**, deve-se entender por “sentido” uma instância de intermediação entre os elementos de uma cultura ou elementos que lhe possam ser associados por processos analógicos de modo a possibilitar sua compreensão.²³ Para fundar esse processo de compreensão será preciso, então, verificar objetivamente como se relacionam os elementos do fato com a lesão de bem jurídico. A relação dos elementos idênticos ou análogos do fato fornecem o material para que o agente imprima sentido à sua atividade diante da proibição. Uma vez que se reconheça que o agente orientou suas atividades, todas as vezes, por elementos semelhantes, pode-se dizer que imprimiu o mesmo sentido às diversas ações, o que lhe confere a qualidade de uma continuação.

6. Os efeitos do crime continuado

De acordo com o Código Penal, uma vez reconhecida a continuidade delitiva, impõe-se à ao condenado uma pena resultante de um processo de ponderação. Pode-se falar de ponderação, porque o código, ao reconhecer a continuidade, faz operar uma redução daquela pena que decorreria, normalmente, do concurso material. A doutrina chama a esse processo de exasperação para diferenciá-lo da acumulação, mas essa não é uma denominação comum, porque há autores que entendem que, aqui, não se trata de aumento de pena pela pluralidade de ações, senão uma diminuição por conta de sua unidade ou mesmo por questões de política criminal.

Fernando Velázquez, por exemplo, que trabalha o crime continuado

²³ Christian Thiel, in Jürgen Mittelstraß (coordenador) *Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Stuttgart/Weimar, 2004, p. 810.

independentemente do código colombiano, que não o prevê, entende tratar-se de uma unidade de ação. Tratando-o como tal, afigura-se-lhe presente um delito único, com pena, portanto, muito menor do que resultaria da acumulação de todas as ações.²⁴ Reconhecido o crime continuado, por constituir uma unidade de ação²⁵ ou mesmo um recurso de política criminal,²⁶ a pena aplicada será a de um só dos crimes, quando idênticas, ou a mais grave, quando diversas, aumentada de um sexto a dois terços (CP, art. 71).

Tampouco há entendimento quanto aos critérios a serem adotados na medição do grau de exasperação. Convém observar que a escolha desses critérios não constitui, propriamente, um tema do crime continuado, mas, sim, da individualização da pena. A análise do crime continuado se esgota em seu reconhecimento. A norma do art. 71 deve ser tomada, portanto, em dois aspectos: o primeiro, que busca caracterizar o crime continuado; o segundo, que trata dos seus efeitos. Seus efeitos são temas puros de individualização, porque dizem respeito à medida da pena. Nesse patamar, deve-se dizer que a medida da exasperação deve estar em consonância também com os elementos que informam a dosimetria penal e não com os fatos que possam constituir o crime continuado. Nesse âmbito, podem ser tomados em consideração aspectos subjetivos, como a finalidade, a motivação e outros, e não apenas a sequência objetiva.

Poder-se-ia pensar que, instituindo a norma do crime continuado uma causa de especial aumento de pena, já não caberia a invocação dos elementos contidos no art. 59 do Código Penal, porque, então, já se estaria na terceira fase da dosimetria. Se este argumento é válido, igualmente não será possível avaliar-se novamente o conjunto de fatos que compõem a continuidade. Toda causa de especial aumento, por outro lado, comporta uma certa ponderação, quando não implique um aumento em quantidade certa.

²⁴ Fernando Velázquez, *Manual de derecho penal*, Bogotá, 2010, p. 632.

²⁵ Maurach/Gössel/Zipf, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, vol. 2, Heidelberg, 1989, p. 428; Miguel Reale Júnior, *Instituições de direito penal, parte geral*, 3^a edição, Rio de Janeiro, 2009, p. 436.

²⁶ Manoel Pedro Pimentel, *Do crime continuado*, São Paulo, 1968, p. 115.

Mas quando haja aumento dentro de certos limites, será sempre possível avaliar os elementos que compõem essa causa de aumento.

Para os autores que adotam uma concepção subjetiva de crime continuado, pautando-o pela finalidade do agente ou por seu dolo, a avaliação do índice de exasperação deverá estar em consonância com a manifestação da vontade do agente. Nesse contexto, importante será a análise do chamado dolo de continuação. No Brasil, porém, que adota a teoria objetiva, as pautas devem estar relacionadas, essencialmente, ao conteúdo do injusto, ou seja, à lesão do bem jurídico. Claro que o conteúdo do injusto comporta também uma avaliação subjetiva, mas não em face de um dolo de continuação.

Essa deve ser a orientação a ser seguida, porque está de acordo com a própria estrutura do crime continuado e porque é parâmetro nuclear da individualização da pena. Caso se entenda que o crime continuado constitui uma unidade de ação, essa unidade só terá sentido em face da lesão de bem jurídico, portanto, dentro do âmbito do injusto. Igualmente, caso se atribua ao crime continuado a qualidade de *favor rei*, a única forma de ponderar acerca dos seus limites só pode ser dada pela lesão do bem jurídico, que centraliza todos os atos de política criminal benéfica.

A lesão do bem jurídico deve ser avaliada, por sua vez, em face da intensidade da agressão. A intensidade de agressão deve ser medida pelos resultados concretos, no plano objetivo, e pela manifestação do elemento subjetivo. Nesse ponto, é inadequado o critério que se fixa, exclusivamente, no número de ações que compõem a unidade da continuação. O argumento é simples: uma vez reconhecido o crime continuado, não se poderá mais julgar outro fato, que embora desconhecido no momento do julgamento, for depois descoberto, isto por força da coisa julgada. Sendo assim, o critério pelo número de ações é falho, porque não abarca todos os delitos componentes.

Ademais, a fixação do número de tipos realizados nunca poderá implicar um juízo de valor seguro. Como se pode dizer que a realização de

cinco ações implica a exasperação máxima e não seis? Qual a diferença em termos de juízo de valor entre uma e outra? Quem fixa em cinco poderá fazê-lo em seis. O ato fica ao arbítrio exclusivo de quem decide, sem parâmetros objetivos seguros. A partir de quando se deve aumentar e em que medida? Essa é uma questão que não pode ser respondida com base em um critério quantitativo. A valer tal argumento, poder-se-ia entender que, por exemplo, o tráfico de drogas merecesse uma graduação em sua pena consoante a quantidade de quilos da substância traficada. É mais grave transportar 10 quilos de maconha do que 5 quilos de cocaína? Pelas características e os efeitos da droga parece que a decisão sobre isso não poderá ser tomada apenas pela quantidade da droga, mas, sim, pela efetiva lesão do bem jurídico, até mesmo para evitar, aqui, a incidência de puros juízos morais, incompatíveis com o Estado de direito.

Quando a lei penal prevê o delito continuado, não tem em vista o número de tipos realizados, mas, sim, tem em conta os elementos da continuidade. Um agente poderá cometer duas, vinte ou duzentas ações típicas e isso, por si só, não exclui a continuação. Igualmente, um agente pode realizar duas ações e lesar mais gravemente o bem jurídico do que se tivesse praticado vinte ações. Imagine-se que alguém ministre duas vezes, em sequência, substância entorpecente a uma criança, e outro o faz vinte vezes a pessoas adultas e autorresponsáveis. Claro está que a primeira série de condutas é muito mais grave do que a segunda. Essencial, portanto, para a medição do *quantum* da exasperação só pode ser a intensidade da lesão do bem jurídico e isso deve ser avaliado, no caso concreto, em face do modo de execução e dos efeitos da atividade, tomada em seu conjunto, no plano objetivo e subjetivo. Nessa avaliação, deve-se tomar o cuidado de não proceder ao mesmo juízo já efetuado sobre os elementos do art. 59. Esse cuidado pode ser evitado se se tomar em conta que os elementos do art. 59, depois de medida a culpabilidade, só podem ser utilizados em favor do réu. Mesmo que isso seja interpretado de outra forma, permanece a exigência de se evitar o *bis in idem*.

Nesse aspecto, não deve prosperar a ideia, sempre difundida, de que o aumento da pena, em qualquer dos casos, teria que ser aferido por seu efeito dissuasório sobre o indivíduo ou a coletividade, o que justificaria, pois, uma avaliação quantitativa do número de infrações. Cabe, nesse particular, a lição de **Pérez Manzano**: *“Enquanto os conhecimentos empíricos sobre a eficácia preventivo geral da pena não sejam definitivos, quer dizer, enquanto nos vejamos comprimidos a uma certa dose de irracionalidade no direito penal, não podemos carregar sobre o réu o peso dessa irracionalidade. Se no Estado de Direito rege o princípio in dubio pro libertate, qualquer restrição da liberdade deve estar suficientemente fundada e quando o argumento da maior restrição da liberdade – excedendo o limite máximo da pena adequada à culpabilidade ou não permitindo a substituição da pena curta de privação de liberdade – é um duvidoso efeito preventivo geral, então, não está suficientemente justificada.”*²⁷

Assim, se na fixação da pena base já tiverem sido considerados os próprios elementos da continuidade, entre esses a forma como a lesão ao bem jurídico se deu ou o prejuízo causado, e isso pode ocorrer, porque o julgador não analisa o fato fracionadamente, senão em seu conjunto, já não caberá lugar a outra ponderação acerca do aumento da medida da exasperação, a qual, portanto, deverá ser imposta no mínimo legal, ou seja, com o aumento de um sexto. Essa é a solução que mais se ajusta ao sistema de individualização da pena, principalmente quando ocorrer uma espiritualização do bem jurídico, no qual não se possa medir, de maneira precisa, sua lesão. Para evitar os transtornos dessa medida de exasperação, o Código Penal português, por exemplo, optou por impor ao crime continuado somente uma pena, a pena do crime mais grave (art. 79). Com isso evitou uma avaliação quantitativa em face do número de ações e, ademais, o risco do *bis in idem*, com a reprodução dos elementos de individualização.

7. A individualização da pena em face das circunstâncias do art. 59

²⁷ Mercedes Pérez Manzano, Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena, in J. M. Silva Sánchez (organizador), Política criminal y nuevo derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, p. 88.

O art. 59 do Código Penal brasileiro, inovando em relação à antiga redação (art. 42), instituiu a culpabilidade como ponto de partida para a individualização da pena. Seguiu, nessa linha, o que se havia proposto no Projeto Alternativo alemão de 1966 (§ 59), pelo qual se afirmava ser a culpabilidade pelo fato a medida máxima da pena (Die Tatschuld bestimmt das Höchstmaß der Strafe). Já, então, se consignava que a culpabilidade deveria ser aferida pela totalidade das circunstâncias favoráveis e desfavoráveis (Sie wird nach der Gesamtheit der belastenden und entlastenden Umstände beurteilt), mas de tal forma que as circunstâncias legais do fato não fossem avaliadas mais de uma vez e nem levados em conta os efeitos do fato, produzidos sem culpa (Gesetzliche Tatumstände dürfen nicht mehrfach verwertet, unverschuldete Auswirkungen der Tat nicht berücksichtigt werden). Ademais, assinalava o projeto alternativo que a medida da pena, assentada na medida da culpabilidade, se exauria na proporção em que o exigisse a reinserção social do autor na comunidade jurídica ou a proteção dos bens jurídicos (Das durch die Tatschuld bestimmte Maß ist nur insoweit auszuschöpfen, wie es die Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft oder der Schutz der Rechtsgüter erfordert). Com isso, buscava o projeto alternativo superar a antiga consigna da pena retributiva, considerada pelos autores como incompatível com a ordem democrática. A norma prevista no projeto alternativo foi em parte incorporada ao Código Penal alemão (§ 46), que assinala constituir a culpabilidade do autor o fundamento da medida da pena (Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe), devendo-se considerar, todavia, a expectativa quanto aos efeitos da pena para a futura vida do autor na sociedade (Die Wirkungen, die vom der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen). Vê-se, assim, que, segundo essa regra, a pena terá como medida a culpabilidade e ainda deverá ser avaliada segundo o que dela se espera para a vida futura do autor na sociedade. Se o projeto alternativo pretendia superar a pena retributiva, o Código Penal alemão subordina a medida da pena às possibilidades reais de que, com essa pena, se possa provocar um efeito benéfico no condenado. A

pena deixa de ser, assim, um instrumento de pura retribuição ética ou de vingança.

A invocação dessa norma do código alemão é aqui feita para mostrar como isso pode servir de critério interpretativo geral da individualização da pena. Convém recordar que essa matriz germânica estava, na época em que foi alterada a Parte Geral do Código Penal brasileiro, em 1984, bem presente na concepção de seu relator geral, o saudoso Ministro Francisco de Assis Toledo, um convededor profundo da doutrina alemã. A referência à culpabilidade no art. 59 do Código Penal brasileiro, como primeiro elemento a ser considerado na individualização, delimita o juízo de condenação, por um lado, em face da possibilidade de ser reconhecida em favor do agente uma causa de exclusão de sua culpa (momento negativo), por outro lado, com a concretização da culpabilidade já afirmada e sua medida, como parâmetro da medida da pena.

Fixando a culpabilidade como tal, o Código Penal também fornece outros elementos para tornar acabado o processo de individualização, orientado, além disso, para a reprovação e prevenção do delito. Nesse passo, o Código Penal busca enfrentar uma árdua tarefa: dar significado à pena. Para tanto, vale-se dos critérios da reprovação e prevenção. Claro que, ao fazê-lo, não pode restaurar uma pena retributiva pura e simples, com base em um juízo ético, daí se entender a expressão “reprovação” como aquela pela qual se atribui à culpabilidade a condição de medir o grau da pena em face da intensidade de lesão ao bem jurídico. Conjugando-se esse elemento “reprovação” com o elemento “prevenção”, tem-se reproduzido no Código Penal o mesmo significado proposto no projeto alternativo, de associar a pena à reinserção do autor na comunidade jurídica e à proteção de bem jurídico.

Levando-se em consideração, portanto, essas duas consignas (reprovação e prevenção), tem-se que a análise dos demais elementos do art. 59, além da culpabilidade, não pode descurar de que a pena não é imposta unicamente para reprimir, mas, sim, para prevenir. Nesse diapasão,

a Lei de Execução Penal, que concretiza os fins preventivos previstos no art. 59, estabelece, claramente, que a execução “*tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*” (art. 1º). Isso traz como consequência que a pena não pode servir de instrumento exclusivo de repressão, nem de meio que conduza o condenado a uma situação de absoluta impossibilidade de se reinserir na comunidade jurídica.

Conjugando-se, portanto, os fins preventivos previstos no art. 59 do Código Penal com aqueles instituídos no art. 1º da Lei de Execuções, pode-se ter como resultado que a pena base a ser fixada deve, sempre que possível, aproximar-se do mínimo legal. Daí se exigir uma fundamentação adequada e pertinente para elevá-la além desse patamar, em face da existência de condições absolutamente desfavoráveis ao condenado. Nesse âmbito, é absolutamente sem fundamento a afirmação de que a pena mínima estimula a impunidade. A pena mínima corresponde a um juízo de avaliação da ordem jurídica, que deve ser respeitado como um projeto democrático de redução de danos.

Uma vez que o Código Penal assentou a medida da pena na culpabilidade, o correto será fixar a pena base segundo essa culpabilidade e só manejar os demais elementos do art. 59 em favor do réu. Essa é a operação adequada. Mesmo para aqueles que entendam, porém, que os elementos do art. 59 podem intervir na medida da pena para além daquela resultante da culpabilidade, é preciso ressaltar que isso só pode ser feito quando demonstrada a necessidade de proteção de bem jurídico (reprovação) e de prevenção do delito, mas sempre com a indicação de que, aqui, não se trata unicamente de uma prevenção geral negativa ou positiva, senão de uma prevenção em benefício do condenado. Esse raciocínio se estende também às outras fases de aplicação da penal, inclusive à medida da exasperação do crime continuado.

8. A análise das questões

a. A primeira questão proposta diz respeito à identificação do bem jurídico nos delitos de peculato (art. 312) e corrupção ativa (art. 333), bem como a possibilidade de serem caracterizados como crime continuado ou delito único. Tanto os crimes de peculato quanto de corrupção ativa são crimes contra a administração pública, entendida como função essencial do Estado. Portanto, em princípio, ofendem o mesmo bem jurídico. Há entre ambos, porém, uma diferença no tocante ao agente: o primeiro é um delito funcional e o outro, um delito do particular contra a administração pública. Essas são lições elementares da doutrina penal. A questão que se coloca é se a diversidade da qualidade do agente é suficiente para produzir uma diferenciação também na modalidade de lesão do bem jurídico, a ponto de provocar uma separação qualitativa entre as duas figuras delituosas.

O bem jurídico, nesses dois casos, é tratado de maneira muito incerta pela doutrina. Geralmente, encara-se o peculato como uma ofensa ao patrimônio público, lesado por ação do funcionário, e, ao mesmo tempo, como uma quebra de confiança do próprio funcionário ou manifestação de improbidade.²⁸ Essa dupla objetividade tem conduzido a enfocar o peculato, em seus contornos, como um ato de imoralidade²⁹, mas o direito penal, como salienta **Roxin**, não tem o objetivo de proteger atos morais ou punir imoralidades.³⁰ Para **Roxin**, bens jurídicos seriam, assim, “*todos os dados ou finalidades, necessários ao pleno desenvolvimento do indivíduo e de seus direitos fundamentais, como também ao funcionamento de um sistema estatal construído de conformidade com a representação daqueles objetivos.*”³¹ Atendendo, assim, a essa concepção, que reproduz os objetivos do Estado democrático, como instrumento de realização da pessoa, pode-se

²⁸ Cesar Roberto Bitencourt, Tratado de direito penal, parte especial, volume 5, 4^a edição, São Paulo, 2010, p. 38; Heleno Cláudio Fragoso, Lições de direito penal, p. 390; Nelson Hungria, Comentários ao código penal, volume IX, Rio de Janeiro, 1959; p. 345; Luiz Regis Prado, Curso de direito penal brasileiro, volume 3, 7^a edição, São Paulo, 2011, p. 437; José Henrique Pierangeli, Manual de direito penal brasileiro, volume 2, São Paulo, 2007, p. 804.

²⁹ Cesar Roberto Bitencourt, nota 28, p. 37.

³⁰ Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, 4^a edição, München, 206, p. 19.

³¹ Claus Roxin, nota 30, p. 16.

dizer que os crimes contra a administração pública, entre eles o peculato, têm como pressuposto a lesão de um objeto necessário a que o Estado cumpra seu papel em proveito das pessoas. Esse objeto pode ser, assim, o patrimônio do Estado, que no fundo é o patrimônio de todos, ou o patrimônio particular nas mãos de agentes do Estado, como também os elementos capazes de assegurar seu funcionamento. A punição tanto do peculato apropriação quanto do peculato desvio está assentada nesses pressupostos: de um lado, a lesão patrimonial, de outro, o desvio de finalidade. Com isso, pode-se descaracterizar o peculato como delito vinculado a atos de imoralidade. O importante para o Estado, no plano penal, é desempenhar suas funções e não coibir atos imorais de seus funcionários. Nesse ponto, convém proceder a uma diferenciação entre os próprios conceitos de administração. O conceito penal de administração não se confunde com o conceito que lhe empresta o direito administrativo. Para o direito administrativo, a administração pode se basear em deveres de fidelidade do funcionário. Para o direito penal, importante será a lesão substancial de suas funções.

Seguindo esse raciocínio, pode-se dizer que a identificação do bem jurídico nos delitos contra a administração pública não se impõe como consequência do conceito de funcionário, que constitui apenas uma das partes do processo de sedimentação e asseguramento de suas finalidades. Não fosse isso, o Código Penal não se encarregaria de punir também os particulares que atentassem contra a administração. Quando o Código Penal prevê o delito de corrupção passiva está mais preocupado com a funcionalidade do sistema do que com a atuação imoral do funcionário. Se o funcionário desempenhar corretamente suas funções, ainda que tenha uma vida privada totalmente imoral, ou que se valha do Estado para adquirir subsídios ou se manter, de modo a garantir-lhe essa vida imoral, isso nada tem a ver com a proteção penal. Se é assim no tocante à corrupção passiva, o mesmo se pode dizer da corrupção ativa. O objetivo de se punir a corrupção ativa aparece bem nítido quando confrontada com a corrupção passiva. Nesta, o funcionário viola a funcionalidade do sistema, valendo-se

dele para enriquecer às suas custas e lesando sua funcionalidade. Se o funcionário, por exemplo, recebe dinheiro para realizar um ato de ofício, ainda que o realize corretamente, será autor de corrupção passiva porque, segundo a perspectiva do Estado, o serviço deve ser prestado a todos os que tenham capacidade de pagar e também àqueles que não possam pagar pelo serviço, até mesmo para assegurar a igualdade de tratamento dos cidadãos, independentemente de sua renda pessoal. Se o particular, por sua vez, paga para que o serviço seja realizado, igualmente viola a funcionalidade do sistema porque se põe acima de seus concidadãos. Claro que se pode pensar que a punição da corrupção em ambas as suas formas conduz à moralização dos costumes, mas isso não se insere nos objetivos imediatos da lei penal.

Se as duas modalidades de corrupção têm o mesmo fundamento, igualmente se pode dizer de sua vinculação ao próprio sistema de incriminação relativamente ao peculato. Se na corrupção viola-se a funcionalidade do sistema, da mesma forma no peculato se desabilita a administração de poder prestar seus serviços aos cidadãos, seja pelo decréscimo patrimonial do bem público, seja pela apropriação do bem particular na posse do funcionário, seja no desvio de finalidade. O particular, por exemplo, que sofre a perda patrimonial em face da apropriação de seu bem por parte do funcionário, é tanto prejudicado quanto aquele que tem que pagar pelo serviço, por solicitação do funcionário. Em ambos os casos, o Estado não organiza seus serviços em benefício dos cidadãos. No fundo, há, portanto, uma completa identidade de pressupostos nesses delitos.

Em face disso, pode-se concluir que os delitos de peculato e corrupção ativa violam o mesmo bem jurídico e são, assim, delitos da mesma espécie. Essa unidade em torno dos bens jurídicos relativos aos delitos contra a administração pública foi há muito ressaltada por **Rudolphi**, para quem esses delitos exprimiam o mesmo conteúdo de injusto.³² Analisando os delitos funcionais, leciona **Kuhlen**, em relação à corrupção, que o objeto

³² Hans-Joachin Rudolphi, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo II, Frankfurt am Main, 1982, capítulo 29, 6, página 2.

jurídico dos respectivos tipos é, assim, “a administração estatal e a administração da justiça em suas condições funcionais internas e externas”.³³ Não é outra a expressão da doutrina argentina, que, desde **Molinario** e, agora, com **Dohna**, vem afirmando ser o bem jurídico, aqui, o normal e contínuo funcionamento dos órgãos que explicitam as funções do Estado.³⁴

A dificuldade que a doutrina encontra nessa identificação resulta mais do emprego de um método equivocado do que da sua posição sistemática no Código Penal. O método inadequado é aquele que parte dos objetos de proteção e não dos objetos de lesão. Na verdade, na configuração dos delitos, importante será a forma de lesão e não a forma de proteção, até por decorrência do princípio da lesividade. Nesse aspecto, parece irrepreensível a lição de **Zaffaroni**: “*O conceito de bem jurídico é nuclear no direito penal para a realização deste princípio, mas imediatamente se procede a equiparar bem jurídico lesado ou afetado com bem jurídico tutelado, identificando dois conceitos substancialmente diferentes, pois nada prova que a lei penal tutele um bem jurídico, de vez que o único verificável é que confisca um conflito que o lesa ou põe em perigo*”.³⁵ Ao proceder-se, assim, com um método baseado na lesão e não na proteção, pode-se perfeitamente entender os liames entre os diversos delitos e elucidar acerca de sua mesma natureza. Não importa, nessa classificação, como já se disse, a posição sistemática dos delitos no código penal ou em leis especiais. Relevante é identificar o objeto lesado. Se for a administração pública lesada, em qualquer uma de suas espécies (administração pública em geral, administração da justiça ou administração financeira ou tributária), a conclusão será sempre a mesma. Se os objetos de lesão forem os mesmos, os delitos correspondentes serão de mesma

³³ Lothar Kuhlen, *Strafgesetzbuch*, Nomos Kommentar, volume 2, 2^a edição, Baden-Baden, 2005, p. 5701; no mesmo sentido, para o direito espanhol, Olaizola Nogales, *Cohecho y amenazas: la relación entre ambos delitos*, PJ, 1995, p. 111. Não discrepa desse entendimento, ainda que com outros aportes, Muñoz Conde, *Derecho penal, parte especial*, 12^a edição, Valencia, 1999, p. 957.

³⁴ Edgardo Alberto Dohna, *Derecho penal, parte especial*, tomo III, Buenos Aires -Santa Fé, 2005, p. 16.

³⁵ Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal, parte general*, 2^a edição, Buenos Aires, 2002, p. 128.

espécie. Se forem de mesma espécie e guardarem entre si circunstâncias objetivas de semelhança, que imprimam um sentido de se integrarem em uma sequência, podem ser caracterizados como delito continuado.

b. A segunda questão já foi respondida mais acima, quando se tratou dos efeitos do crime continuado e da individualização da pena. Para resumir, pode-se dizer que, ao apreciar o aumento de pena no crime continuado, devem ser levadas em conta a forma e a intensidade de lesão do bem jurídico e não o número de tipos realizados. A medição da intensidade da lesão de bem jurídico pode ser determinada pelo resultado final de dano ou de perigo, como pela finalidade e até mesmo pela motivação do agente. Ainda que o Código Penal tenha acolhido a teoria objetiva na caracterização do crime continuado, nada obsta a que essa finalidade, ou a motivação, possa ser apreciada no processo de individualização. Isso não desnatura a teoria objetiva. Se os danos já tiverem, contudo, integrado o cálculo da pena base (pelo número de resultados), ou a finalidade fizer parte do tipo de delito (na fraude contra seguro, por exemplo), a exasperação deverá ser fixada no mínimo (de um sexto), para não violar o *ne bis in idem*.

c. Quando o crime se realiza em etapas, isso não implica o reconhecimento de vários crimes ou de um crime continuado. A própria ordem jurídica dá a solução para esses casos, pela aplicação dos princípios da subsidiariedade e consunção. Mas, afora a aplicação desses princípios, cujos resultados são bem nítidos na doutrina e na jurisprudência, pode-se também afirmar a existência de um delito único, quando o processo de desenvolvimento da causalidade – ou da direção sobre a causalidade, como querem os finalistas – não tiver sofrido interrupções qualitativas ou quando a ação não possa ser realizada de uma só vez, pela natureza das coisas ou por impedimentos burocráticos. Pode-se entender por interrupção qualitativa aquela que produz o resultado sem qualquer interferência da causalidade anterior. Essa interrupção qualitativa está presente no art. 13, § 1º do Código Penal, ao fixar que à causalidade superveniente é atribuível o resultado, quando por si só o tenha produzido. As concausas, portanto, em face de sua dependência,

continuam a integrar o mesmo processo causal. O exemplo do caminhão que faz duas viagens para transportar o material furtado é bem ilustrativo de uma sequência causal que não sofre interrupção qualitativa. O agente tem a mesma finalidade, e a orientação de sua conduta com vistas ao resultado global é igualmente a mesma, ou seja, o fato de fazer duas viagens com o caminhão não altera o mesmo plano de sua orientação para consecução do objetivo final. A sequência posterior não teria sentido sem a causalidade anterior. Da mesma forma, o bem jurídico é lesado apenas uma vez e não duas vezes.

Gropp fala, nesse caso, de atos parciais que se encaminham da realização da primeira ação até seu término completo, o que irá caracterizar a unidade de conduta.³⁶ Com outro argumento, também **Freund** enfatiza que *“inexiste uma situação de concurso real quando se constate, formal e conceitualmente, a realização plural de um tipo, mas o acontecimento global constitua uma unidade de sentido, tomada como fato único: quem golpeia a vítima várias vezes seguidas não comete mais de uma lesão corporal, nem como pluralidade de fato, mas apenas um delito, segundo o § 223.”*³⁷ Igualmente, **Frister** parte do mesmo raciocínio, acrescentando que, nessa hipótese, de conformidade com a vida diária, o fato deve ser visto dentro de uma unidade social de sentido, o que caracteriza um delito único.³⁸ O mesmo desfecho seria alcançado também se aplicado à hipótese qualquer dos conceitos manejados pela doutrina para a identificação da unidade de conduta e unidade de delito: o conceito de ação em sentido natural, a unidade naturalística de ação ou a unidade de causalidade.

O mesmo argumento poderá ser aplicado na evasão de divisas, quando a remessa para o exterior não possa ser feita de uma só vez. Neste

³⁶ Walter Groppe, nota 6, p. 510; da mesma forma, Wolfgang Joecks, *StGB Studienkommentar*, 3^a edição, München, 2001, p. 192.

³⁷ Georg Freund, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlin-Heidelberg-New York, 1998, p. 392; com mesmo raciocínio, Kristian Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5^a edição, München, 2005, p. 703: “a unidade de ação típica termina com o alcance integral do objetivo ou com a falência da tentativa”.

³⁸ Helmut Frister, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, München, 2006, p. 397.

caso, o agente se submete aos trâmites burocráticos e remete o dinheiro mais de uma vez, animado pela mesma finalidade e também submetido ao mesmo processo de orientação de conduta. Além de subsistir, aqui, uma unidade social de conduta, o bem jurídico não é afetado duas vezes, até pelo contrário, pode ser que o bem jurídico (a chamada reserva cambial) só seja afetado com a remessa total do numerário e não com as pequenas parcelas autorizadas. As pequenas parcelas podem não alterar a exigência de controle por parte do Banco Central, mas o montante global pode afetar a disponibilidade das reservas. Assim, pode-se concluir que, se o agente procede a duas ou mais remessas de dinheiro ao exterior, no mesmo contexto de finalidade e lesão de bem jurídico, por valor já previamente ajustado e determinado, desenvolve um mesmo processo causal e está subordinado às mesmas condições de orientação normativa, o que dá lugar a apenas um delito de evasão de divisas.

d.O processo de individualização da pena percorre no direito brasileiro um caminho, às vezes, complicado, porque submete o julgador a trâmites definidos (sistema tripartido) e a elementos que podem estar presentes no próprio fato típico ou fora dele. Em face do princípio da legalidade, a individualização não poderia se afastar do que já se contém no fato típico e ilícito. Seria medida substancialmente pela culpabilidade sobre o desdobramento do chamado injusto culpável individualizado (*verschuldetes Strafzumessungs-Unrecht*). Nesse aspecto, os elementos contidos no art. 59 do Código Penal deveriam ser considerados apenas em benefício do autor, para evitar o *bis in idem*. É o que, alias, propõe **Zaffaroni**: “*Parece-nos suficientemente claro que a fórmula legal quer dizer é que os elementos anteriores devem ser considerados para a determinação do grau de reprovação do injusto, que pode ser corrigido a menor por considerações preventivas (...).*”³⁹ Essa é a fórmula correta.

Mesmo que se considere, porém, que esses elementos podem atuar tanto a favor quanto em desfavor do autor, por força de uma interpretação

³⁹ Zaffaroni/Pierangeli, Manual de direito penal brasileiro, volume 1, 7^a edição, São Paulo, 2007, p. 709.

literal e extensiva do art. 59, será preciso proceder-se a uma ponderação em torno dos princípios de prevenção ditados pela norma. Não basta orientar-se, então, pela prevenção geral negativa, que é invocada, normalmente, no momento da cominação. Se a norma (por exemplo, o art. 1º da Lei de Execução) visa à harmônica reintegração do condenado na vida comunitária, os elementos previstos no art. 59 não podem provocar sua dessocialização. Nesse sentido, adverte **Roxin**: “*Isso quer dizer em palavras simples que a pena deve ficar abaixo da culpabilidade, quando seja preventivamente razoável. Quando, por exemplo, o cumprimento de uma pena correspondente à culpabilidade puder destruir a existência civil do autor ou dessocializá-lo.*”⁴⁰

Atendendo a esses propósitos, que, no Brasil, são instituídos legalmente e não são produtos de uma pura elaboração doutrinária, a pena base deve, sempre que possível, aproximar-se do mínimo legal; e deve ser fixada no mínimo legal, quando as condições sejam, em boa medida, favoráveis ao acusado.

9. Conclusões

Postas as questões nesses termos, pode-se concluir o seguinte:

a. Os crimes de peculato e corrupção (passiva ou ativa) se inserem no mesmo complexo de lesão à administração pública, bem jurídico que consubstancia a funcionalidade do Estado. Como estão situados na mesma zona de ilícito, pode-se dizer que lesam o mesmo bem jurídico e, por isso, são crimes de mesma espécie. Uma vez realizados em circunstâncias semelhantes, de modo a imprimirem o mesmo sentido de orientação à conduta do autor, podem compor uma continuidade delitiva.

b. Em relação ao crime continuado, a medida da exasperação deve ser procedida de conformidade com a intensidade de lesão do bem jurídico e a finalidade ou motivação do agente, e não por critérios puramente quantitativos com base no número de tipos realizados na continuidade.

⁴⁰ Claus Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual*, tradução de Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, 2007, p. 73.

c.O crime de evasão de divisas realizado em parcelas, mas subordinadas ao mesmo contexto e à mesma finalidade, em face de valor fixo previamente ajustado, não implica uma interrupção causal qualitativa por ocasião da remessa de cada parcela e, não violando mais de uma vez o bem jurídico, conduz ao reconhecimento de delito único.

d.As circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal devem atender, primeiramente, aos limites impostos pela culpabilidade e, depois, aos objetivos de prevenção, entre os quais se deve destacar a finalidade de reinserção do autor na sociedade. Em face disso, a pena base deve se aproximar, sempre que possível, do mínimo legal, e deve mesmo ser imposta no mínimo legal quando as circunstâncias sejam, em boa parte, favoráveis ao autor.

Rio de Janeiro, 26 de novembro de 2012

Juarez Tavares*

OAB/RJ 1352-A

* Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor visitante na Universidade de Frankfurt am Main, na Universidade de Buenos Aires e na Universidade Pablo D'Olavide (Sevilha). Professor honorário da Universidade de San Martín (Lima). Pós-doutor pela Universidade de Frankfurt am Main. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.