

Ney Fayet Júnior

Advogado, doutor e professor do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Ciências Criminais da PUCRS. É também conferencista e professor de Direito Penal (graduação e especialização), além de ser tradutor de livros de Criminologia e de artigos de Direito (Processual) Penal. Tem outros estudos e obras (tanto na área da Dogmática Penal como na da Criminologia e na da Política Criminal). É membro da Associação Internacional de Direito Penal e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

DO CRIME CONTINUADO

7ª EDIÇÃO
revista, atualizada e ampliada



livraria //
DO ADVOGADO
// *editora*

Porto Alegre, 2016

Com efeito, o crime continuado apresenta-se como modalidade do concurso de crimes e, como tal, também se coloca, em rigor, como passagem entre a teoria (geral) do crime e a teoria (geral) da pena. De um lado, tem pontos específicos de ligação com a teoria do crime (*in casu*, com a doutrina do tipo penal), pois a unidade ou pluralidade de condutas e a realização repetida de um tipo penal homogêneo têm relação direta com a tipicidade objetiva; e a existência de um dolo de continuação – para aqueles que o exigem –, com a tipicidade subjetiva.²⁵¹ De outro lado, a questão específica do marco penal que se lança à continuidade delitiva é um problema de determinação da pena, isto é, das consequências jurídicas do delito²⁵² – teoria (geral) de punibilidade.

Nesse trecho de passagem, por conseguinte, é que se deve inserir também a matéria referente ao crime continuado, em virtude de estabelecer, concretamente, uma ligação indissociável entre os pressupostos existenciais do crime (determinação típica) e suas consequências jurídicas (setor de apenamento).

2.3. AS MODALIDADES DE CONCURSO DE CRIMES

Cumprido apontar que a matéria do concurso delinquencial vem disciplinada, basicamente, nos arts. 69 *usque* 72 do Código Penal, os quais integram o Capítulo III (referente à aplicação da pena) do Título V. Nesse bloco, encontram-se os seguintes institutos: (i.) o concurso material; (ii.) o concurso formal; bem como (iii.) o crime continuado.

De modo resumido, pode conceituar-se que, se o agente concretizar apenas uma conduta de que resulte mais de um delito, se apresentará a figura do concurso formal; todavia, se o agente realizar dois ou mais delitos (existindo duas ou mais condutas), idênticos ou diversos, apresentar-se-á o concurso material.²⁵³

E, a mais disso, a configuração unitária do crime continuado, por meio da qual o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, “pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, unidos pelo laço da continuidade”.²⁵⁴ (De fato, o delito continuado poderia ser comparado com “la figura geométrica del triángulo, pues a su izquierda limita con el concurso ideal, a su derecha con el real e, en su base, descansa con otros supuestos de unidad de acción como, p. ej.: el delito permanente o el habitual”).²⁵⁵ Cabe, agora, a análise, em primeiras linhas, dessas três figuras perfectibilizadoras do concurso de crimes.

²⁵¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, p. 53.

²⁵² CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, p. 52.

²⁵³ Antonio Cuerdo Riezu (p. 835-6), referindo posição de Ingeborg Puppe (*Idealkonkurrenz*, p. 11), assinala que “una de las razones que obligan a mantener separadas estas dos instituciones concursales, consiste en entender que el concurso ideal se fundamenta en la prohibición de la doble valoración de unas mismas circunstancias de hecho. Ahora bien, para entender el concepto de que resulta vedada una doble o múltiple consideración de circunstancias fácticas en el ámbito del concurso ideal, previamente es preciso hacer referencia a un principio general del Derecho más amplio y que engloba aquel concepto: el *non bis in idem*”. Ainda, prossegue: “el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el concurso real, en cuanto que una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto y en consecuencia no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el *non bis in idem* y el principio de proporcionalidad. De ello se deriva que la consecuencia jurídica que se prevea para el concurso ideal – sea cual sea ésta – ha de ser necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real – sea cual sea ésta”.

²⁵⁴ MARQUES, José Frederico, 1997, p. 446.

²⁵⁵ POSADA MAYA, Ricardo, 2012, p. 24-5.

2.3.1. Do concurso material

O concurso material (“real”, “pluralidade material de tipos” ou “concurso efetivo” – *wirkliches Zusammentreffen*) – que preside, pode-se dizê-lo, em grande medida, o sistema de apenamento das condutas punitivas (*quot delicta tot poenae*), e cuja realização se produz por meio de uma “pluralidade de ações com pluralidade de resultados, sejam estes homogêneos ou heterogêneos”²⁵⁶ – é previsto no art. 69 do Código Penal.²⁵⁷ Nesta modalidade de concorrência de crimes, não se pode conceber unidade de ação, dado que cada uma, *per se*, materializa um fato punível distinto; assim, “os crimes são múltiplos e a cada um deles caberá uma pena, vindo a pesar sobre o autor a soma de todas elas”.²⁵⁸

Verifica-se, por conseguinte, quando “un soggetto realizza, con più azioni od omissioni, più violazioni della stessa (concorso materiale c.d. omogeneo) o di diverse norme incriminatrici (concorso materiale c.d. eterogeneo)”²⁵⁹ Diz-se homogêneo,²⁶⁰ idênticas (por exemplo, dois roubos, ambos com emprego de arma de fogo);²⁶¹ e heterogêneo, quando diversas (por exemplo, estupro e roubo).²⁶² Como dizem Christian Favre, Marc Pellet e Patrick Stoudmann, “le concours réel est le concours d’infractions proprement dit, soit la situation où l’auteur a commis plusieurs actes distincts, chacun d’entre eux étant une infraction”.²⁶³ Por conseguinte, nessa modalidade de concurso, um sujeito comete dois ou mais crimes; e “l’unico legame tra questi reati è dato dall’identità della persona dell’agente che ha posto in essere i reati”.²⁶⁴ Por conta disso, no concurso real existe, de um lado, dualidade ou pluralidade de ações autônomas e, de outro, unidade de agente (muito embora possa haver, em certos casos, a codelinquência).

Graficamente, pode apresentar-se a estruturação do concurso material da seguinte maneira:

²⁵⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antunes, 1982, p. 60.

²⁵⁷ O sistema do concurso material sofre severas críticas doutrinárias por contrastar, especialmente, o princípio da proporcionalidade, segundo o qual, como expõe Antonio García-Pablos de Molina (2012b, p. 579-80), “(...) rechaza el establecimiento de conminaciones legales (proporcionalidad en abstracto) y la imposición de penas (proporcionalidad en concreto) que carezcan de relación valorativa con el hecho cometido, contemplado éste en su significado global. Tiene, en consecuencia, un doble destinatario: el poder legislativo (que ha de establecer penas proporcionadas, en abstracto, a la gravedad del delito) y el judicial (las penas que los jueces impongan al autor del delito han de ser proporcionadas a la concreta gravedad de éste). Complementa, por tanto, las exigencias del principio de culpabilidad que, en sí mismo, no garantiza la necesaria proporción entre el delito y la pena. La exigencia de proporción se determina mediante un juicio de ponderación entre la ‘carga coactiva’ de la pena y el fin perseguido por la conminación legal”.

²⁵⁸ BRUNO, Aníbal, 1969, p. 161-2.

²⁵⁹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, p. 650.

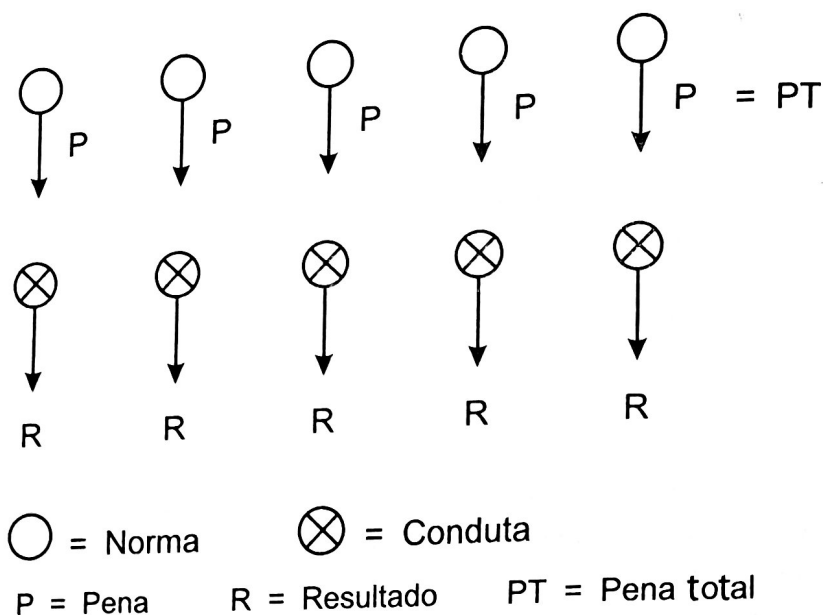
²⁶⁰ Denomina-se o concurso material homogêneo, em alguns sistemas, de “reiteración”, na medida em que “los distintos delitos son de la misma especie” (LABATUT GLENA, Gustavo, p. 203).

²⁶¹ BOSCHI, José Antônio Paganella, 2000, p. 335.

²⁶² Enrique Pessina (1936, p. 548) classifica essas modalidades em *iteratio* e *cumulatio*, ou seja, a primeira corresponde ao concurso de delitos homogêneos e segunda, ao heterogêneo, afirmando, ainda, que a “*iteratio* ha sido ya estudiada bajo el aspecto de una *consuetudo delinquendi* que principalmente tiene su influencia en la cuestión de la reincidencia; además puede ser revelación de una manía parcial, como la piromanía, la cleptomanía”.

²⁶³ FAVRE, Christian; PELLET, Marc; STOUDEMANN, Patrick, 2011, p. 178.

²⁶⁴ DELPINO, Luigi, 2009, p. 868.



É certo, além disso, que a configuração do *Realkonkurrenz* se pode apresentar de forma ampla, pois a combinação de apenamentos permite envolver delitos: dolosos; culposos;²⁶⁵ dolosos e culposos; consumados; tentados; consumados e tentados; comissivos; omissivos (próprios ou impróprios); comissivos e omissivos; ou, ainda, crimes e contravenções.²⁶⁶

Não se afasta a configuração do concurso pelo fato de os crimes serem objeto de uma só ou de várias ações penais, e, por via própria de consequência, de uma ou mais sentenças. Segue-se imediatamente daí que, se os delitos praticados em concurso material reunirem relação entre si, haverá conexão; e, nesse caso, deverão ser aplicadas as regras dos arts. 76 e seguintes do Código de Processo Penal.²⁶⁷

Os crimes cometidos por um único agente poderão apresentar um vínculo – cuja importância se inscreve para fins de qualificação ou agravação punitiva – ideológico (ou teleológico),²⁶⁸ consequencial²⁶⁹ ou mesmo ocasional.²⁷⁰

²⁶⁵ Como disserta Juarez Tavares (2009, p. 505), “Em relação aos crimes culposos, haverá concurso material quando o agente, mediante infração de duas ou mais normas de cuidado, tenha realizado dois ou mais delitos culposos. Mas o concurso material só deve ser afirmado quando os respectivos delitos tenham sido praticados por meio das respectivas infrações às normas de cuidado, tomadas separada e independentemente uma das outras, quer dizer, cada delito resultante deve corresponder a uma determinada violação do risco autorizado, sem que esta violação esteja em função de outra. Caso os delitos resultantes decorram de infrações às normas de cuidado, tomadas conjugadamente, não haverá concurso material, porque, então, a violação do risco de cada um deles, tomada em separado, não se materializou no resultado típico que lhe deveria corresponder. Poderia haver, conforme o caso, crime continuado ou até mesmo unidade de delito, caso se tratar de unidade jurídica de ação”.

²⁶⁶ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, 2007, p. 229.

²⁶⁷ MAGALHÃES NORONHA, Edgard, 1999, p. 271.

²⁶⁸ Como exemplificam Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (2012, p. 452), na conexão teleológica, pressupõe-se, geralmente, “o crime-fim ainda não cometido, mas que, para ocorrer, depende da realização do crime-meio. (...) a hipótese do agente que rouba um veículo (art. 157, do CP) com o objetivo de transportar pessoas, dentro do território nacional, para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual (art. 231, § 1º, do CP)”.

²⁶⁹ Para Artur de Brito Gueiros Souza e Carlos Eduardo Adriano Japiassú (p. 403), na conexão consequencial, “pressupõe-se um delito já praticado. É, por exemplo, danificar (art. 163, do CP) o circuito interno de TV de uma joalheria que havia registrado o roubo anteriormente praticado (art. 157, do CP), assegurando, assim, a impunidade deste último”.

²⁷⁰ Na conexão ocasional, “um delito é cometido em virtude da oportunidade surgida pela prática de outro. É o caso do ladrão que resolve estuprar a vítima. Conquanto não prevista no Código como agravante ou qualificadora, subsiste o concurso material entre o crime-meio e o crime-fim” (BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, 2011, p. 170).

Deve, ainda, indicar-se que, em sendo aplicadas penas privativas de liberdade de categorias diversas (reclusão, detenção ou prisão simples), em conformidade com os arts. 69, *caput*, *in fine*, e 76 do Código Penal, e art. 681 do Código de Processo Penal, em primeiro, executar-se-á a de reclusão; em seguida, a de detenção e, por último, a de prisão simples. Por certo, haverá a soma das penas tão somente quando os delitos ostentarem a mesma sanção (por hipótese: se houver dois ou mais crimes apenados com reclusão; ou, mesmo, dois ou mais crimes apenados com detenção); do contrário, se houver qualidades de sanções diversas (por hipótese: se houver crimes apenados com reclusão e detenção), não haverá a soma propriamente dita – em termos aritméticos –, com o que o magistrado estabelecerá as duas penas, sem, contudo, somá-las; e o condenado cumprirá, primeiramente, a pena de reclusão para, depois, cumprir a de detenção, à base dos arts. 69, *caput*, *in fine*, e 76 do Código Penal, e art. 681 do Código de Processo Penal;²⁷¹ em face disso, ao ser o condenado recolhido ao estabelecido prisional, “devem ser executadas as penas na ordem decrescente de gravidade, independentemente das datas de recebimento das respectivas guias de recolhimento pelo juiz de execução, e nessa ordem deve ser elaborado o cálculo de liquidação destinada à retificação dos documentos”.²⁷² Por certo, em havendo duas ou mais sanções da mesma espécie (reclusão ou detenção ou, ainda, prisão simples), “a precedência deve ser determinada pelo critério cronológico de acordo com as datas do trânsito em julgado de cada sentença”,²⁷³ porquanto é em virtude desses marcos que a pena se torna apta a ser executada, e não das datas da expedição (ou recebimento) da guia de recolhimento. Cumpre registrar, todavia, que, na hipótese de existir ou sobrevir condenação por crime hediondo (ou equiparado), “deve a execução da pena aplicada no processo correspondente preceder às demais, independentemente da data do trânsito em julgado ou da duração da reprimenda”,²⁷⁴ na medida em que, aqui, se requer, para a progressão de regime, nos termos do art. 2º, parágrafo 2º, da Lei 8.072/90, o cumprimento de dois quintos da sanção, se o condenado for primário, ou de três quintos, se reincidente. Caso se verifique o concurso entre crime e contravenção, “a pena privativa de liberdade do crime (reclusão ou detenção) será executada primeiramente e a da contravenção (prisão simples) depois”.²⁷⁵

²⁷¹ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, 2012, p. 567. Semelhantemente, Norberto Cláudio Pancaro Avena (2014, p. 219) registra: “E se fosse o caso de condenação por crimes apenados com reclusão e detenção em concurso material (art. 69, *caput*, do CP)? Ou de concurso material entre prisão simples? Muito embora o concurso material importe em soma de penas, é certo que as penas de reclusão, detenção e prisão simples, sendo de espécies diversas, não podem ser somadas diretamente para o fim de acarretar a imposição de apenas uma delas para todos os delitos em concurso. Em outras palavras, no caso de o juiz condenar o réu por infrações punidas com detenção e prisão simples, em concurso material, não pode estabelecer a prevalência da pena de detenção para ambos, impondo-se que mantenha a distinção: detenção para uma das infrações e prisão simples para outra. O mesmo ocorre se houver condenação por crimes punidos com reclusão e detenção em concurso material. Lembre-se de que a pena de reclusão é executada em primeiro lugar, na hipótese de condenação cumulativa do indivíduo a crimes punidos com reclusão e detenção (art. 69, *caput*, do CP). Ressalta-se, por oportuno, que o mesmo raciocínio tem lugar na hipótese de concurso formal impróprio (art. 70, 2ª parte, do CP) já que essa modalidade, assim como ocorre em relação ao concurso material, implica teoricamente na soma das penas impostas. E, como dissemos, não é possível essa soma quando se trata de crimes sujeitos a penas de natureza distintas (reclusão, detenção ou prisão simples)”.

²⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., 2014a, p. 334.

²⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., 2014a, p. 334.

²⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N., 2014a, p. 334.

²⁷⁵ DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. Almeida, 2010, p. 328. Sobre o cumprimento da pena mais grave em primeiro lugar, ilustra Guilherme de Souza Nucci (2013b,

No tocante às penas de detenção e reclusão, mostra-se improfícuo o dispositivo legal, uma vez que, indiferentemente, ambas podem ser executadas em qualquer regime.²⁷⁶

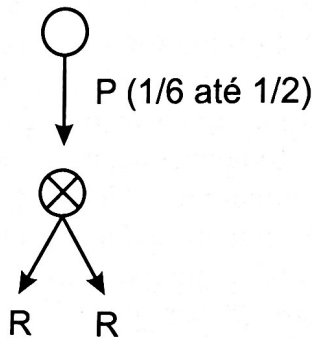
Finalmente, o concurso real se amoldaria de modo significativo àquilo que alguns autores denominam uma forma de concurso “por defecto”, ou seja, na ausência de uma combinação mais complexa, esta será a modalidade de concurso de delitos a ser aplicada.²⁷⁷

2.3.2. Do concurso formal

O concurso formal ou ideal (“unidade de ação com pluralidade de resultados, sejam estes homogêneos ou heterogêneos, com unidade ou pluralidade de desígnios”)²⁷⁸ encontra-se previsto no art. 70 do Código Penal.

Revela-se, portanto, o concurso formal de crimes – como destacam Giovanni Fiandaca e Enzo Musco – “nei casi in cui uno stesso soggetto commette una pluralità di violazioni della legge penale con una sola azione od omissione”.²⁷⁹

A indicação gráfica do instituto do concurso formal exhibe a seguinte configuração:



○ = Norma ⊗ = Conduta P = Pena R = Resultado

A nota característica dessa modalidade de concurso (*Idealkonkurrenz*) é a unicidade de ação; esse é, fundamentalmente, o aspecto de distanciamento que se coloca em

p. 518) que “o condenado deve cumprir suas penas não somente de forma progressiva, mas a pena mais grave em primeiro lugar. Isso significa que, cumprida a pena de reclusão, deveria passar à de detenção. É possível que o juiz tenha estipulado na sentença condenatória, por dois crimes (um estupro e um homicídio culposo), a pena de seis anos de reclusão, em regime fechado inicial, e um ano de detenção, no regime semiaberto. Para tanto, é preciso considerar o total de sete anos e verificar a possibilidade de progressão, para o semiaberto, quando o condenado atingir um sexto. Embora comece pela pena mais grave (reclusão), a somatória, para efeito de progressão de regime, com a pena de detenção torna-se viável”.

²⁷⁶ BOSCHI, José Antônio Paganella, 2000, p. 335.

²⁷⁷ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan, 2004, p. 394. Igualmente, Enrique Bacigalupo (1994, p. 286) afirma que a pluralidade de ações, como pressuposto básico do concurso real, se comprova de forma negativa: “habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción”.

²⁷⁸ ANDREUCCI, Ricardo Antunes, 1982, p. 60.

²⁷⁹ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo, p. 652. Para Raúl Carrancá y Trujillo e Raúl Carrancá y Rivas (1999, p. 695-6), “la acción es, en estos casos también, una sola; los resultados, plurales. La sanción puede, por ello, ser agrava”.

relação ao concurso material (que pressupõe, de modo impositivo, o cometimento de vários comportamentos ilícitos).²⁸⁰

Remonta aos práticos do direito intermédio a distinção entre o concurso material e formal, segundo a qual a separação se deve estabelecer a partir da unidade (ou pluralidade) de ação praticada pelo agente.²⁸¹ E, no que respeita ao elemento de aproximação ao concurso antes examinado, tem-se de destacar a dualidade ou pluralidade de eventos jurídicos.²⁸² Todavia, como doutrina Edgard Magalhães Noronha: “essa distinção não tem razão de ser quando o agente, com uma só ação ou omissão, busca obter mais de um evento danoso. É o que resolve a parte final do art. 70. O Código, não obstante a despropósito algum se essa parte final integrasse o art. 69, quando se definiu o concurso real”.²⁸³ Com efeito, o que se mostra indeclinável à configuração do concurso ideal próprio é a unidade do elemento subjetivo, porquanto, se o elemento subjetivo doloso se apresentar como plúrimo,²⁸⁴ o concurso formal denominar-se-á de imperfeito (impróprio),²⁸⁵ hipótese em que as penas se somarão (por exemplo, o agente enfileira as vítimas e as mata com um único tiro de uma arma possante ou com uma só palavra

²⁸⁰ “Concurso material e concurso formal. Distinção básica. Os institutos diferem sob o ângulo da ação ou da omissão, pressupondo o princípio mais de uma, enquanto o segundo requer ação ou omissão única. Extorsão. Caixa eletrônico. Numerário. Roubo. Subtração de outros bens da vítima. Vindo o agente, no mesmo contexto, a praticar extorsão, compelindo a vítima a sacar numerário em caixa eletrônico e dela subtraindo outros bens – roubo – tem-se, ante a ação única, concurso formal, e não material.” (HC 104.134, rel. min. Marco Aurélio, 1ª T., DJE de 6-12-11.) (Decisão citada por Coletânea temática de jurisprudência, 2013, p. 190). “6. Trata-se, *in casu*, de concurso formal de crimes, e não de crime continuado, já que as três subtrações das vítimas – ECT e dois clientes da agência – foram realizadas no mesmo contexto fático, não se tratando, pois, de delitos continuados, mas de ação única, com pluralidade de crimes, o que caracteriza concurso formal, à luz do art. 70 do CP.” (TRF3, ACR 47593/SP, Rel. Des. Luiz Stefanini, 5ª T., j. 9.6.14.)

²⁸¹ BRUNO, Aníbal, 1984a, p. 290.

²⁸² Como destaca Eduardo Henriques da Silva Correia (p. 19), para “que se possa considerar existente o chamado concurso ideal – nota-se todavia – é necessário que a pluralidade de tipos legais de crime preenchidos por uma só conduta seja realmente efectiva”.

²⁸³ MAGALHÃES NORONHA, Edgard, 1999, p. 272.

²⁸⁴ Como acentua Guilherme de Souza Nucci (2013b, p. 492), é polêmica a determinação do que se deve entender sobre desígnios autônomos, podendo-se indicar duas orientações: “1ª) ‘desígnios autônomos’ significa ter agido o agente com *dolo direto* no tocante aos vários crimes praticados com uma única ação. Nesse sentido: ‘Entendeu o legislador que, havendo desígnios autônomos, ou seja, vontade deliberadamente dirigida aos diversos fins, não se justifica a diminuição da pena, porque subsiste íntegra a culpabilidade pelos fatos diversos. A expressão *desígnio* exclui o *dolo eventual*’ (...). E mais: ‘Para a existência do concurso formal, não é exigida, em princípio, a *unidade de desígnio* ou de *intenção* (como no Código de 1890, art. 66, § 3º), podendo ser reconhecido até mesmo no caso de ação ou omissão culposa com pluralidade de eventos lesivos. É suficiente a unidade de ação ou omissão’ (...). 2ª) ‘desígnios autônomos’ quer dizer qualquer forma de *dolo*, seja direto ou eventual. Por isso, quando o agente atua com *dolo* no que se refere aos delitos concorrentes, deve ser punido com base no concurso formal imperfeito, ou seja, a soma das penas. Nesse prisma: STF, RT 731/527”.

²⁸⁵ “I – O cometimento de uma só conduta, que acarreta em resultados diversos, um dirigido pelo *dolo direto* e outro pelo *dolo eventual*, configura a diversidade de desígnios. Precedentes do STF. II – Hipótese em que se verifica o *concurso formal imperfeito*, que se caracteriza pela ocorrência de mais de um resultado, através de uma só ação, cometida com propósitos autônomos”. (STJ, REsp 138.557/DF, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 14.5.02.) (Decisão citada por Mohamed Amaro, 2007, p. 385.) “Tribunal do Júri. Cálculo da pena-base. Ausência de fundamentação: incoerência. Corrêus. Fundamentação comum: possibilidade. Falta de quesitação quanto ao concurso formal. Alegação improcedente: reconhecimento do concurso formal imperfeito. Continuidade delitiva: tema não ventilado pela defesa. (...). 3. Alegação de ausência de formulação do quesito relativo ao concurso formal. Improcedência: os jurados, ao responderam afirmativamente que a conduta delituosa foi realizada mediante ação única, e que os fatos resultaram de desígnios autônomos, admitiram o concurso formal imperfeito, para o qual há imposição legal de que as penas devem ser somadas, tal como ocorre no concurso material. 4. Continuidade delitiva. Pretensão que, além de não ter sido ventilada pela defesa, não pode vingar em razão de que a explosão de uma bomba, vitimando várias pessoas, enquadra-se na definição

injúria várias pessoas; ou, ainda, na hipótese de delito de caráter coletivo ou transindivídual).^{286 287 288}

de concurso formal imperfeito, considerada a afirmação dos Jurados quanto aos desígnios autônomos.” (STF, RHC 88404/RJ, Rel. Eros Grau, 2º T., j. 20.6.06.)

²⁸⁶ “1. Crime. Genocídio. Definição legal. Bem jurídico protegido. Tutela penal da existência do grupo racial, étnico, nacional ou religioso, a que pertence a pessoa ou pessoas imediatamente lesionadas. Delito de caráter coletivo ou transindividual. Crime contra a diversidade humana como tal. Consumação mediante ações que, lesivas à vida, integridade física, liberdade de locomoção e a outros bens jurídicos individuais, constituem modalidade executórias. Inteligência do art. 1º da Lei nº 2.889/56, e do art. 2º da Convenção contra o Genocídio, ratificada pelo Decreto nº 30.822/52. O tipo penal do delito de genocídio protege, em todas as suas modalidades, bem jurídico coletivo ou transindividual, figurado na existência do grupo racial, étnico ou religioso, a qual é posta em risco por ações que podem também ser ofensivas a bens jurídicos individuais, como o direito à vida, à integridade física ou mental, à liberdade de locomoção etc. 2. Concurso de crimes. Genocídio. Crime unitário. Delito praticado mediante execução de doze homicídios como crime continuado. Concurso aparente de normas. Não caracterização. Caso de concurso formal. Penas cumulativas. Ações criminosas resultantes de desígnios autônomos. Submissão teórica ao art. 70, *caput*, segunda parte, do CP. Condenação dos réus apenas pelo delito de genocídio. Recurso exclusivo da defesa. Impossibilidade de *reformatio in peius*. Não podem os réus, que cometeram, em concurso formal, na execução do delito de genocídio, doze homicídios, receber a pena destes além da pena daquele, no âmbito de recurso exclusivo da defesa. 3. Competência criminal. Ação penal. Conexão. Concurso formal entre genocídio e homicídios dolosos agravados. Feito da competência da JF. Julgamento cometido, em tese, ao tribunal do júri. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, da CF, e art. 78, I, c/c art. 74, § 1º, do CPP. Condenação exclusiva pelo delito de genocídio, no juízo federal monocrático. Recurso exclusivo da defesa. Improvimento. Compete ao tribunal do júri da JF julgar os delitos de genocídio e de homicídio ou homicídios dolosos que constituíram modalidade de sua execução”. (STF, REX 351487/RR, TP, Rel. Cezar Peluso, j. 3.8.06.) Neste precedente histórico, cuidou-se do genocídio de índios Ianomâmis, e veio a ser consolidado o entendimento segundo o qual o bem jurídico tutelado ostentaria caráter transindividual, cujo titular não seria a pessoa física, mas o próprio grupo (nacional, étnico, racial ou religioso), concebido como uma coletividade. Em virtude disso, posto que haja a pluralidade de condutas, existirá tão somente um delito de genocídio – tipo misto alternativo –, “em que o crime se consuma por qualquer das diferentes condutas, com maior ou menor gravidade da punição, conforme a conduta-meio” (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda, 2010b, p. 136-7). Além dessa hipótese, não se colocaria, à luz do precedente, a possibilidade de absorção dos vários homicídios pelo crime de genocídio, na medida em que haveria, entre estes delitos, o concurso formal (com desígnios autônomos). E tal solução mostra-se adequada, pois, do contrário, seria “mais favorável ao genocida do que para quem comete dois homicídios em concurso material – o primeiro responderia exclusivamente pelo genocídio, o que encerraria um verdadeiro paradoxo” (JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda, 2010b, p. 137). De outro plano, em termos classificatórios, um setor da doutrina menciona que o genocídio pertenceria aos ‘delitos com conceitos globais’ ou ‘descrições globais de ação’ (*Delikte mit Sammelbegriffen* ou *pauschalierenden Handlungsbeschreibungen*), na medida em que se trataria de tipos que descrevem uma pluralidade indeterminada de atos individuais com um fato, cujo “suceso total se considera como una realización típica, ya que la totalidad de los actos particulares se reúnen en una unidad de valoración, sin exigir que los distintos actos estén en estrecha conexión espacio-temporal” (ESCUCHURI AISA, Estrella, 2004, p. 386). Assim, o comportamento delituoso se traduziria em uma intervenção quantitativamente indeterminada, ou seja, constituiria “un solo delito de genocidio la realización de varias muertes de miembros del grupo con la intención de destruir ese grupo; igualmente se comete un solo delito de genocidio mediante la modalidad de agresiones sexuales cuando se agrede a miembros diferentes del grupo” (ESCUCHURI AISA, Estrella, 2004, p. 387). Nessa medida, em face dos tipos que incluem conceitos globais, haveria uma variedade de condutas puníveis de conteúdo semelhante que, entretanto, em virtude da estrutura típica, não atraria (ou configuraria) o delito continuado, implicando, apenas, a unidade de ilícito penal. Finalmente, convém o registro de que o sistema de penas da Lei 2.889/56 é absolutamente confuso, na medida em que faz “referência a tipos penais que não mantêm correspondência com ações tratadas como genocídio e que possuem objetividades jurídicas diversas” (CANÊDO, Carlos, 1999, p. 197), referência a uma pena fixada em um outro artigo dela mesma” (CANÊDO, Carlos, p. 196). Podem-se diferenciar, ainda, os delitos de genocídio e o de constituição de milícia privada (art. 288-A), na medida em que, neste, muito embora haja referência, na ementa art. 4º da Lei 12.720/12, em eliminação de seres humanos, não existe a finalidade de eliminar (ou tentar a eliminação de) seres humanos ou de grupo nacional étnico, racial ou religioso, no todo ou em parte.

²⁸⁷ Juarez Cirino dos Santos (2011, p. 229) denomina essa hipótese de “falso concurso formal, em que a pluralidade de resultados típicos é produzida por desígnios autônomos (pluralidade de fins), mas em unidade de ação dolosa, resolvida

Neste caso, portanto, se houver diversos desígnios, ou seja, se o autor quiser, com efeito, os vários resultados típicos, a conduta – apesar de se traduzir em um comportamento externo objetivo – irá equivaler a várias condutas, implicando, como consequência punitiva, o acolhimento da regra do concurso material, muito embora se mantenha, em termos legais, a consideração (da existência) de um concurso formal (imperfeito).²⁸⁹ Em suma, “a presença de dois ou mais desígnios distintos no querer do agente impede a aplicação de uma pena menos grave e força ao emprego do sistema de acumulação material. Objetivamente, há em casos tais um só movimento do agente no mundo exterior e múltiplas figuras típicas realizadas, o mesmo que acontece no concurso ideal perfeito. A pluralidade de desígnios, porém, desdobrando subjetivamente a ação, modifica essa maneira de apreciar os fatos, imputando ao agente uma pluralidade de crimes.

como concurso material (art. 70, segunda parte): movida pelo ciúme, C lança substância corrosiva para atingir, simultaneamente, os rostos de A e de B, produzindo dano estético permanente em ambas as vítimas”. Hipótese de falso concurso formal – que, muito provavelmente, será objeto de discussão pela doutrina – ocorreu na noite de 25 de fevereiro de 2011, na Rua José do Patrocínio, em Porto Alegre, quando dezenas de ciclistas participavam de uma manifestação denominada “Massa Crítica” – que visava à conscientização da importância ecológica do uso de bicicletas, cujo *slogan* é: “Bicicleta! Um carro a menos!” – foram atropelados por um automóvel, causando ferimentos em, pelo menos, quinze pessoas. Em março de 2013, a 3ª CC do TJRS decidiu manter o julgamento do acusado pelo júri popular, determinando, assim, que o réu venha a ser julgado por onze tentativas de homicídio (simples) e cinco lesões corporais. (Na decisão de 1º Grau, o acusado havia sido pronunciado por dezessete tentativas de homicídio qualificado.) No que diz respeito ao concurso de crimes, entretanto, o TJRS optou pelo reconhecimento do concurso formal perfeito, na medida em que, de conformidade com a decisão, não teria havido desígnios autônomos, senão, apenas, a intenção de o acusado afastar-se do local, acelerando o veículo e arremetendo-o contra quem estivesse à sua frente – os ciclistas que participavam da manifestação. Daí, a avaliação de que se tratava de hipótese de um concurso formal próprio. Em outro caso – o da colocação de uma bomba que mata várias pessoas –, pondera-se que “si el autor del hecho ‘quería’ matar concretamente a cada una de esas cinco personas su acción es, desde el punto de vista valorativo, semejante a la de otro asesino que vaciara su cargador contra cada una de ellas, y en este último caso nadie hablaría de concurso ideal, sino real. Y ello, tanto si el dolo es directo como si es eventual. (...) cuando el autor se sirve de una sola acción para lograr su propósito múltiple, sabiendo que con ella le basta para alcanzar su fin, hay que entender que existe una pluralidad de delitos, porque respecto a cada uno de ellos se cumplimenta perfectamente tanto el tipo objetivo (la acción dirigida contra el bien jurídico) como el tipo subjetivo doloso (la intención de conseguir cada uno de los resultados). Por ello, cuando el TS, en sentencia 848/2004, de 2 de julio, ha analizado el ‘Caso Hipercor’, en el que miembros de ETA colocaron una bomba en ese hipermercado, matando a 21 personas y causando heridas a otras 31 personas, califica el hecho como concurso real de otros tantos delitos de asesinato y lesiones, sin aplicar la regla del art. 77. El dolo eventual sirve aquí para integrar la parte subjetiva del tipo en relación con cada uno de esos delitos” (BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; ARROYO ZAPATERO, Luis; FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; GARCÍA RIVAS, Nicolás; SERRANO PIEDECASAS, José Ramón; TERRADILLOS BASOCO, Juan, p. 396).

²⁸⁸ “4. Praticado o crime de roubo mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, não há que se falar em crime único, mas em concurso formal, visto que violados patrimônios distintos. Precedentes.” (STJ, ARAG 888102/MG, Rel. Min. Napoleão Maia Filho, 5ª T., j. 26.10.10.)

²⁸⁹ Em sentido contrário: “Assim, um indivíduo, com uma bomba de alto poder explosivo, intencionando eliminar diversas pessoas, poderá causar todos os eventos desejados, mediante uma única ação, que se expressará pelo verbo lançar. Entretanto, esta unidade de ação é apenas aparente, visto que, no fato, consequência da ação, é que está a base lançadora, que irá orientar toda a pesquisa para a conclusão sobre as razões dos diversos resultados. Em tais condições, na hipótese enfocada, face à maneira como se apresenta o elemento subjetivo integrado no fato, não haverá concurso formal, mas um concurso real simultâneo típico. O fato, em cujo resultado a ação se exaure, é que informa da natureza do concurso, eis que é nele que se reúnem os elementos essenciais do delito na sua plenitude, permitindo sejam feitas a constatação e diferenciação das mencionadas formas de concurso. Em consequência, é no fato e não na ação que reside o fulcro do concurso ideal de crimes. (...). Embora a pluralidade de ações e de fatos seja regra no concurso material, poderá este existir por força de uma só ação do agente. Ação esta que está revestida de potencialidade capaz de produzir diversos resultados, os quais são desejados pelo autor. Em tais casos haverá fatos com independência objetiva e subjetiva. É a hipótese do concurso real sucessivo (...). Ao concurso real, normalmente, responde o princípio ‘Quot Delicta, Tot Poenae’, no que se refere à sanção” (LEIRIA, Antônio José Fabrício, 1973, p. 29-30).

Essa conclusão de que uma só atuação externa possa representar uma pluralidade de ações põe em particular relevo o 'querer interno do agente' (...). Na realidade há uma só ação carregada de múltiplos desígnios e na interpretação ordinariamente admitida cada um desses vem achar no único comportamento físico do agente o apoio necessário para constituir cada uma das infrações penais em ação típica, antijurídica e culpável".²⁹⁰ Deve dizer-se, porém, que pode ser considerado um terreno movediço, em termos doutrinários ou jurisprudenciais, a exata separação entre o concurso formal perfeito e o imperfeito; aliás, não se tem um campo seguro sequer no que respeita à possibilidade de serem os desígnios autônomos compatíveis com a figura do dolo eventual. Cabe lembrar, nesta ordem de consideração, que, na solução dos casos penais, a eventual dúvida – acerca da modalidade de concurso formal – deverá beneficiar o condenado.

Resumidamente, podem ser indicados: (i.) o concurso formal homogêneo (em um acidente de trânsito, várias são as vítimas fatais de uma só conduta delituosa);²⁹¹ (ii.) o concurso formal heterogêneo (no exemplo anterior, além de mortes, houve, ademais, lesões corporais); (iii.) o concurso formal próprio ou perfeito (primeira parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra da exasperação); e, por último, (iv.) o concurso formal impróprio ou imperfeito (art. 70, *in fine*, do Código Penal, para o qual se aplica a regra do cúmulo material).²⁹² Quando da estruturação da pena, deve-se, em face do concurso formal imperfeito, descobrir, concretamente, se algum dos eventos típicos caracteriza um crime mais grave, consolidando tão somente sobre este a responsabilidade, com o aumento correspondente. Em outra hipótese, no concurso formal perfeito, pode haver um crime mais grave que outro (por ilustração: um homicídio praticado contra o filho do agente seria mais grave que o produzido contra um estranho); com isso, nessa modalidade de concurso formal, a definição do crime de maior gravidade não poderá ser descoberta por meio da avaliação da tipicidade. Assim sendo, "deverá ocorrer a imputação objetiva de todos os resultados para que se possa proceder a juízos de culpabilidade distintos em relação a cada uma das infrações penais. Quando se tratar de delitos identificados pelo mesmo tipo, somente a variação da culpabilidade possibilitará identificar a infração mais grave. Se, por um lado, o juízo de culpabilidade indicar idêntica reprovação para mais de uma infração, a imputação objetiva consolidar-se-á em relação a qualquer deles. Se, por outro lado, for identificado um crime mais grave, a imputação objetiva consolidar-se-á apenas em relação a este, com aumento da pena que lhe é reservada".²⁹³

²⁹⁰ BRUNO, Aníbal, 1969, p. 160-1.

²⁹¹ "Il y a concours idéal homogène ('Gleichartige Idealkonkurrenz') et la peine doit être augmentée en conséquence quand le délinquant, par un seul acte, commet plusieurs fois le même délit en portant atteinte à deux ou plusieurs biens juridiques indépendants, à l'exemple de la mise en danger de la vie de deux personnes" (FAVRE, Christian; PELLET, Marc; STAUDMANN, Patrick, p. 179).

²⁹² "Latrocínio. Concurso formal impróprio. Art. 70, 2ª parte, do CP. Desígnios autônomos. Paciente que, mediante uma só ação e com propósitos diversos, praticou dois crimes, atingindo dois resultados. Penas cumulativamente aplicadas. Ordem denegada. Tipifica-se a conduta do agente que, mediante uma só ação, dolosamente e com desígnios autônomos, pratica dois ou mais crimes, obtendo dois ou mais resultados, no art. 70, 2ª parte, do CP – concurso formal impróprio, aplicando-se as penas cumulativamente. No presente caso, o paciente, no intuito de subtrair coisa móvel alheia para si, matou uma vítima e feriu outra, gravemente. Precedentes do STJ. Ordem denegada." (STJ, HC 134775/PE, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 21.10.10.) "Regra do concurso material. Aplicabilidade. Desígnios autônomos. (...) 5. Não houve erro na aplicação da regra do concurso material de crimes. Ainda que se entenda ter havido uma única conduta, está clara a existência de desígnios autônomos, razão pela qual incidiria a parte final do art. 70 do CP. (...) 7. Ordem denegada." (STF, HC 92181, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 3.6.08.)

²⁹³ GALVÃO, Fernando, 2013, p. 836.

No caso do *concursum formalis*, haverá unicidade de ação,²⁹⁴ ainda que esta se apresente desdobrada em vários atos;²⁹⁵ ou, por outra, afete bens jurídicos distintos;²⁹⁶ ou, ainda, implique lesão ao patrimônio de vítimas diversas.²⁹⁷ Importa, para além disso, precisar que a unicidade de ação ou de omissão não deve confundir-se com a unicidade de intenção, dado que com uma só intenção se podem cometer duas (ou mais) ações ou omissões.²⁹⁸

Em outro diapasão, desponta a regra do concurso material benéfico, prevista no parágrafo único do art. 70 do Código Penal.²⁹⁹

A criação desse regramento se deve, no plano doutrinário, a Celso Delmanto; e foi transformada em comando legal quando da reforma da Parte Geral, operada pela Lei 7.209/84; por essa norma, a pena não deve ser superior à que seria aplicada em face da incidência do concurso material de crimes.

²⁹⁴ Estabelece diferenciação de enquadramento jurídico entre lesão a bens jurídicos personalíssimos e bens jurídicos patrimoniais, Juarez Tavares (2009, p. 506), quando afirma: "Em relação a bens jurídicos patrimoniais a pluralidade de vítimas dentro de um contexto de unidade de ação não acarretará a existência de concurso formal, mas apenas delito único. Por exemplo, alguém adquire culposamente algumas coisas furtadas pertencentes a pessoas distintas. Haverá apenas um delito de receptação culposa".

²⁹⁵ "Ação única que tem como resultado lesão a vítimas diversas: concurso formal (art. 70, parte final, do CP). Ordem denegada. 1. Roubo qualificado consistente na subtração de dois aparelhos celulares, pertencentes a duas pessoas distintas, no mesmo instante. 2. A jurisprudência deste STF é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único." (STF, HC 91615/RS, Rel.ª. Cármen Lúcia, 1ª T., j. 11.9.07.) "Dosimetria da pena. 1. Cinco crimes de roubo e latrocínio tentado em concurso formal. Individualização da pena que atende à garantia da fundamentação das decisões judiciais. Art. 70 do CP. Aumento de metade. Justificação concreta. Ocorrência. Cinco crimes de roubo. 2. Ordem denegada. 1. Nos termos do art. 70 do CP, em se tratando de concurso formal, deve-se tomar como base a pena do crime mais grave, no caso o latrocínio, e aumentá-la de um sexto até metade. No caso, o aumento na fração de metade da pena se justifica por serem vários os crimes de roubo cometidos (cinco), atingindo diversas vítimas, clientes de uma academia de ginástica." (STJ, HC 73692/SP, Rel.ª. Min.ª. Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 6ª T., j. 21.5.09.) "2. Configura-se concurso formal, quando praticado o crime de roubo, mediante uma só ação, contra vítimas diferentes, ainda que da mesma família, visto que violados patrimônios distintos." (STJ, RESP 1050270/RS, Rel. Min. Arnaldo Lima, 5ª T., j. 3.3.09.) "Roubos simples consumado e tentado. Dosimetria da reprimenda. (...) Concurso formal. Uma única ação. Duas vítimas. Ordem parcialmente concedida, inclusive de ofício. (...) Se num único contexto duas pessoas têm seu patrimônio ameaçado, sendo que uma delas foi efetivamente roubada, configura-se concurso formal de crimes em sua forma homogênea." (STJ, HC 100848/MS, Rel.ª. Min.ª. Jane Silva, 6ª T., j. 22.4.08.) Luiz Câmara (1999, p. 18-20), ao destacar um dos pontos mais tormentosos da jurisprudência em se tratando do concurso formal, acentua: "Na *praxis*, o ponto que maior polêmica causa vai se dar não em relação a outras figuras indicativas de pluralidade de infrações e, sim, em relação à unidade de crimes. Ganha destaque aí situação bastante comum na atualidade da prática de roubos contra diversas pessoas ao mesmo tempo (ex.: a subtração violenta que tem lugar no interior de um coletivo contra diversos passageiros ou no interior de uma agência bancária, sendo vítima, além desta, clientes que estão em fila de caixa). Um poucas decisões de Tribunais Estaduais vêm aí situação de unidade de crime, enquanto a imensa maioria – destacadamente os Tribunais Superiores – vê caso de concurso formal".

²⁹⁶ "Extração de ouro. (...) Como se trata, na espécie vertente, de concurso formal entre os delitos dos art. 2º da Lei 8.176/1991 e do art. 55 da Lei 9.605/1998, que dispõem sobre bens jurídicos distintos (patrimônio da União e meio ambiente, respectivamente), não há falar em aplicação do princípio da especialidade para fixar a competência do juizado especial federal." (HC 111.762, rel. min. Cármen Lúcia, 2ª T., DJE de 4-12-12.) (Decisão citada por Coletânea temática de jurisprudência, p. 188.)

²⁹⁷ "A jurisprudência deste STF é firme no sentido de configurar-se concurso formal a ação única que tenha como resultado a lesão ao patrimônio de vítimas diversas, e não crime único: Precedentes." (HC 91.615, rel. min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJE de 28-9-07.) (Decisão citada por Coletânea temática de jurisprudência, p. 189.)

²⁹⁸ MANZINI, Vincenzo, 1949, p. 407.

²⁹⁹ "(...) Na hipótese, constatado que o aumento decorrente da continuidade delitiva levaria a uma pena superior àquela que seria aplicada no caso de cúmulo material, necessária a aplicação do concurso material benéfico. (...) (STJ, HC 228151/RS, 5ª T., Rel.ª. Min.ª. Laurita Vaz, j. 1.10.13.)

A Exposição de Motivos do Código Penal disciplina a hipótese em análise: “a inovação contida no parágrafo único do art. 70 visa a tornar explícito que a regra do concurso formal não poderá acarretar punição superior à que, nas mesmas circunstâncias, seria cabível pela aplicação do cúmulo material. Impede-se, assim, que numa hipótese de *aberratio ictus* (homicídio doloso mais lesões culposas), se aplique ao agente pena mais severa, em razão do concurso formal, do que a aplicável, no mesmo exemplo, pelo concurso material. Quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que, reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes”.³⁰⁰

Em outra perspectiva, sobre a razão do instituto, apresenta-se como nítida a opção político-criminal do legislador em favor do acusado, ao estabelecer tratamento punitivo de menor impactação repressiva àquele que, nas situações concretas ensejadoras de vários resultados, *fecit quod non voluit*.^{301 302}

³⁰⁰ No plano jurisprudencial, pode-se anotar (em decisões consignadas por Maurício Kuehne, 2005, p. 82-4): “Sentença condenatória. Continuidade delitiva. Crimes não idênticos. Imposição da pena do mais grave com aumento pela continuidade, sem anterior individualização daquelas relativas a cada delito parcelar prazos prescricionais distintos impossibilidade de verificação. Cerceamento de defesa. Nulidade decretada. – Reconhecida a continuidade delitiva entre crimes não idênticos (heterogêneos) praticados pelo mesmo agente, faz-se mister a fixação da pena a cada um deles que sejam diferentes, isoladamente, obedecido o método trifásico, a fim de possibilitar a verificação da ocorrência da prescrição em relação a cada um deles (CP, art. 119), assim como da hipótese de concurso material benéfico, ou mesmo, para eventual reexame na instância superior, para que se possa verificar dentre as demais penas, qual a mais grave”. (ACR 97.004216-7, TJSC.) Ainda sobre o tema: “O aumento da pena pelo concurso formal de crimes deve operar-se depois de fixada a reprimenda para cada crime concorrente, como se não houvesse o concurso. Somente depois deste cálculo múltiplo é que se pode saber qual a pena única em concreto a ser aumentada” (RT 616/290). “Nas hipóteses de concurso de crimes, as penas deverão ser individualizadas para cada crime concorrente nos termos do art. 68 do CP, como se não existisse concurso (pena-base, agravantes, atenuantes, causas e aumento, de diminuição pertinentes a cada um) e, após, é que se efetivam as operações respectivas (soma, no concurso material ou aumento fracionado, nos de concurso formal e crime continuado)”. (ACR 96.005587-8.) Ainda: “Paciente condenado por duplo homicídio duplamente qualificado às penas de quinze anos, totalizando trinta anos. Pretensão de ser aplicada a regra da continuidade delitiva. Hipótese em que o juiz, face às circunstâncias do caso concreto, desfavoráveis ao paciente, optou por aplicar a regra do concurso material em lugar da continuidade delitiva prevista no § único do art. 71 do CP, que, se adotada, poderia levar a pena ao triplo, chegando a 45 anos.” (HC 88.253, rel. min. Eros Grau, 2ª T., DJ de 26-5-06.) (Decisão citada por Coletânea temática de jurisprudência, p. 190-1.)

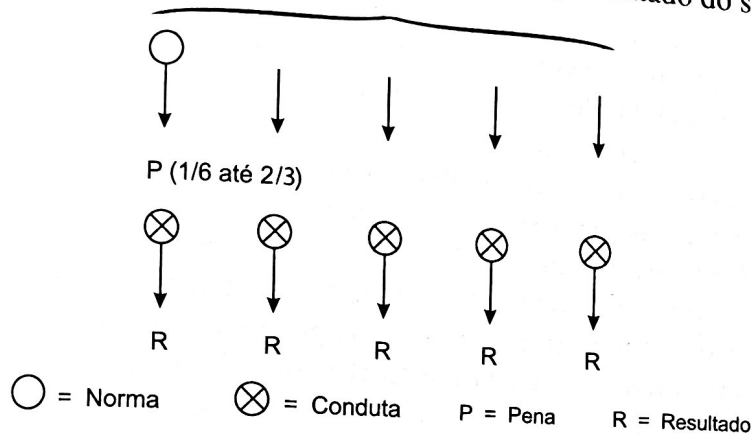
³⁰¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José da, 2007, p. 233.

³⁰² Como ampliação da pesquisa, pode indicar-se aquilo que, sob diferentes nomenclaturas doutrinárias (“concurso ideal por enganche”, “unidad de acción por abrazadera”, “efecto de abrazamiento de un tercer hecho punible”, “concurrentia ideal por enganche”, “efecto enlace”, “unidad de acción por efecto de abrazamiento”), se apresentaria quando duas condutas, *de per se* independentes (vale dizer: em forma de concorrência real), concorressem idealmente com uma terceira (com a qual cada uma dessas condutas teria uma fração parcial comum), que as engancharia (ou as enlaçaria), conectando-as. Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (p. 777) descrevem que “la relación propia del concurso ideal puede surgir si dos acciones que en sí mismas son autónomas se encuentran, respectivamente, en concurrentia ideal con una tercera (unidad de acción por efecto de sujeción)”. A jurisprudência alemã mantém, em linhas gerais, sua adesão à regra do efeito de enlaçamento fundante do concurso ideal pelo terceiro tipo, apesar de limitar, por meio de recursos argumentativos, a sua eficácia, sustentando que “el enlace no podía producirse cuando las tipicidades que se enganchaban eran más graves que la que operaba como *gancho*” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, p. 830). Assim, somente quando os dois tipos, que se colocam antes e depois do fato punível intermediário, sejam de maior gravidade que este, “sería justificado disolver la unidad de acción fundada por el hecho permanente o el hecho continuado y aceptar concurso real” (MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz, p. 572). Nesse sentido, Santiago Mir Puig (2009, p. 648) afirma que “se deniega que el delito de conducción en estado de embriaguez pueda abrazar a los hechos más graves de homicidio imprudente y huida del lugar del accidente en tal estado”. Esse fenômeno teria um acento especialmente favorável em se tratando de delitos permanentes ou continuados. Exemplifica Carlos Caramuti (p. 137) cada uma das hipóteses: “Ejemplo de lo primero es lo que ocurriría con las lesiones, sin uso de arma, que se producen al consumir un secuestro, y las amenazas o la tenencia de arma de guerra

2.3.3. Do crime continuado

O instituto do crime continuado,³⁰³ previsto no art. 71 do Código Penal, estabelece tratamento punitivo mais benéfico na hipótese de haver várias condutas delituosas da mesma espécie, praticadas nas mesmas condições de tempo, lugar, modo de execução e outras assemelhadas. Como descreve Basileu Garcia: “tal como no concurso material, encontram-se, na hipótese, diversos atos criminosos, mas a lei os declara constitutivos de um só acontecimento – um crime que continua”.³⁰⁴

O desenho gráfico desse instituto pode ser apresentado do seguinte modo:



Esboçadamente, reforça-se que o conceito do delito continuado se traduz em uma pluralidade de ações assemelhadas sob o ponto de vista objetivo, que são alvo de uma valoração jurídica unitária.

Trata-se de modalidade jurídica que se caracteriza a partir da existência de dois ou mais comportamentos puníveis (que perfectibilizam tipos penais homogêneos), concretizados pelo agente em determinadas circunstâncias, “cada um realizando por si

que se utilizan luego para mantener la privación de libertad o evitar la huida de la víctima; de lo segundo es una estafa continuada en la cual uno de los actos parciales se identifica con uso de un documento falso, otro con un libramiento de cheques sin fondos y un tercero con circulación de moneda falsa, o con cualquier otro ardid que implique una tipicidad distinta, concurrente en forma ideal con la estafa. En el primer caso, las lesiones y las amenazas no tienen ningún vínculo entre sí, a no ser el que crea el efecto enlace que juega entre ellas el secuestro. En el segundo sucede lo mismo entre el uso del documento falso, el libramiento de cheques sin fondos y la circulación de moneda falsa, sólo relacionados entre sí por ser utilizados como medio artiloso en los distintos actos parciales de la estafa continuada”. A seu turno, Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf (p. 572) criticam o uso desse mecanismo por considerarem que serve para privilegiar a criminalidade, sobretudo no âmbito do crime organizado, “lo que se manifiesta especialmente en el enjuiciamiento de delitos cometidos durante el período de pertenencia a una asociación criminal”.

³⁰³ Nomenclatura consagrada e autorizada pelo uso, embora haja outras, como se pode indicar: “unidad de acción por continuación”, “acción continuada”, “concurso continuado”, “unidad continuada”, “unidad continuada de fatos típicos”. Também se indica “delito sucessivo”. Na França, encontram-se as seguintes denominações: “l’infraction continue”; “infraction collective” ou “collective par unité de but”. Como arremata José Antón Oneca (1976, p. 449), “siendo el uso la autoridad suprema en materias de lenguaje, sería indiscreta pretensión sustituir ahora la denominación más utilizada por los cultivadores del Derecho penal”.

³⁰⁴ GARCIA, Basileu, 1956, p. 513. Como se expressa Nelson Pessoa (1996, p. 136): “concurso real y delito continuado son categorías opuestas, en sentido que en el primero hay pluralidad de hechos ‘independientes’ y en el segundo pluralidad de hechos ‘dependientes’”. Já no que toca à diferença com relação ao concurso formal, refere o autor que “en síntesis, en el concurso ideal de delitos hay ‘dependencia entre los tipos penales’, en el delito continuado hay ‘dependencia entre los actos’”.

a figura de um crime, mas que se unem por determinadas circunstâncias, que fazem do conjunto, para efeito penal, a realização continuada de um crime só”.³⁰⁵

Destaca-se a aproximação do crime continuado ao concurso material homogêneo, sendo que a diferença se estabelece em virtude de adquirir a ação continuada uma certa intensidade de realização,³⁰⁶ ao passo que, na pluralidade homogênea de fatos, decisiva é a característica da autonomia das ações sucessivas.³⁰⁷ Nessa perspectiva, a pluralidade das ações – como comentam Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel e Heinz Zipf – se distingue, em relação ao vínculo de continuidade, pelo fato de carecer de elementos que reúnam os atos parciais em uma unidade.³⁰⁸ À vista disso, não seria demasiado afirmar-se que se apresenta, nessa relação, uma espécie de “conflito aparente de concurso de crimes”, no qual o concurso material homogêneo seria a regra geral, e o crime continuado, a especial (adoção do princípio da especialidade).³⁰⁹

Com efeito, é possível, em alguns casos, que se desenhe, abstratamente, a aplicação conjunta de ambos os institutos (concurso material homogêneo e crime continuado) para resolver a forma de apenamento; entretanto, como não poderia existir uma dupla punição (*Doppelverwertungsverbot*), a escolha da espécie de concurso de crimes obedeceria à mesma lógica que preside o concurso aparente de normas penais. Desse modo, em havendo uma pluralidade de tipos penais homogêneos, em linha de princípio, ter-se-ia o concurso material homogêneo; contudo, se essa pluralidade homogênea de tipos contivesse elementos especializantes (tais como: lugar, modo, tempo etc.), incidiriam *in casu* os ditames do crime continuado, como espécie que prefere ao gênero.

A unicidade delitiva – que se constrói a partir da estrutura do crime continuado – é essencialmente artificial, sem assento no plano da realidade, obedecendo a regras de inspiração benéfica, que visam a evitar a acumulação das penas, vale dizer, o crime continuado – como *factio juris* – constitui exceção à regra do concurso material, segundo a qual *quot delicta tot poenae*.

É imprescindível haver, portanto, pluralidade de condutas sucessivas – ensejadoras de delitos da mesma espécie –, as quais são realizadas nas mesmas condições de tempo, lugar, modo e ainda outras que se apresentem como assemelhadas.

³⁰⁵ BRUNO, Aníbal, 1976, p. 162.

³⁰⁶ Veja-se o que escreve Carlos Creus (1993, p. 89): “cuando en el concurso real homogéneo la homogeneidad alcanza una cierta intensidad (pertenencia del bien jurídico atacado en los distintos hechos al mismo titular, identidad o similitud de los objetos materiales, etc.), algunos derechos consagran la ‘construcción jurídica’ llamada delito continuado, en la cual los varios hechos independientes – cada uno de ellos típicos – son considerados como un solo delito a los fines de la punición”. Para Enrique Pessina (p. 549), em face da *iteratio*, ocorre frequentemente que um agente, ao praticar uma pluralidade homogênea de delitos, realize, em verdade, “un solo hecho punible”, na medida em que o delito continuado “es una repetición de actos criminosos constitutivos de delito y distintos entre sí, pero unidos en una sola conciencia delincente, porque van dirigidos al cumplimiento de un mismo propósito criminoso”.

³⁰⁷ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz, p. 581. Para Néelson Hungria (1977, p. 337), a figura legal em causa “é uma pluralidade de crimes da mesma espécie, sem intercorrente punição, que a lei unifica em razão de sua homogeneidade objetiva, reconhecível pelas condições de tempo, de lugar, maneira de execução e outras semelhantes. É uma série de ações separadas no sentido natural, mas que, em virtude da homogeneidade exterior, é *juridicamente* considerada uma reação. Na verdade, trata-se de uma espécie de *concurso material*, e como tal deveria ser tratado, se a lei, colimando, principalmente, um fim de equidade e, secundariamente, um fim de utilidade (economia da atividade procesual), não entendesse de *figir* a unidade, com fundamento da aludida homogeneidade considerada *ab externo*”.

³⁰⁸ MAURACH, Reinhart; GÖSSEL, Karl Heinz; ZIPF, Heinz, p. 581.

³⁰⁹ Com mais detalhes: capítulo 4, ponto 4.11.

Esses são os dados configuradores³¹⁰ que autorizam a reunião, a partir de uma ficção legal e de uma avaliação objetiva desses mesmos dados, dos diferentes ilícitos em um crime único, a fim de conceder tratamento punitivo de menor rigor repressivo ao agente, ou seja: “em coerência com a concepção de que se trata de um crime só em desenvolvimento continuado, não se aplicam ao seu autor tantas penas quantos os fatos, mas a de um só dos crimes, quando são iguais, ou a mais grave, quando diferentes, aumentadas, em qualquer caso, de um sexto até dois terços”.³¹¹ Obviamente que blocos

³¹⁰ A discussão sobre os elementos perfectibilizadores da figura jurídica do crime continuado será levada a efeito em capítulo próprio (capítulo 5).

³¹¹ BRUNO, Anibal. 1976, p. 170. Note-se que, em verdade, a doutrina criminal sempre se houve no sentido de construir soluções que visem a impedir a existência do concurso real. Desse modo, o instituto do crime continuado é apenas um dos mecanismos legais por meio dos quais se pretende afastar o rigor (excessivo) do cúmulo material. Veja-se, a título de exemplo, a antiga discussão doutrinária sobre a compatibilidade entre o *falsum* e o estelionato, da qual se pode perceber, facilmente, os argumentos hermenêuticos que buscam, em essência, legitimar a exclusão do concurso material de delitos (Conrado Finzi, 1961, p. 56-7): “También Escobedo excluye el concurso real en todos los casos; este autor afirma que si la doctrina y la jurisprudencia niegan que se le puedan imputar a la misma persona el delito de falsificación de instrumento público y de uso de instrumento público falsificado, con mayor razón el que falsifica un instrumento público y lo usa con daño ajeno, sólo comete un delito, el de falsificación de instrumento público y no, además, el de estafa. Escobedo reconoce así, en la hipótesis en cuestión, unicidad de hecho y, en consecuencia, la aplicabilidad del art. 78 sobre concurso ideal. Por lo tanto, deberá castigarse tomando como base la disposición que establece la pena más grave. En cuanto al resultado práctico, Escobedo llega, con su teoría, a las mismas conclusiones de Impallomeni. Crítica de Tolomei: las acciones son varias y ocasionan la lesión de varios derechos y leyes, y varios son, por consiguiente, los delitos cometidos con las consecuencias penales correspondientes. Según otra teoría, más difundida y sostenida, entre otros, por Marchi y Stoppato, debe excluirse el concurso real en el único caso de la estafa cometida mediante falsedad en instrumento privado dado que su uso es, en este caso, elemento esencial del delito de falsedad, y debe aplicarse el art. 78, porque aquí tenemos una sola acción que lesiona varias disposiciones legales; se repite así el argumento de Escobedo a propósito de la estafa cometida en instrumento público. Otro argumento contra el concurso real de los dos delitos –falsedad en instrumento privado y estafa–, sostenido, por ejemplo, por Puglia, consiste en afirmar que el uso del instrumento privado falso es elemento constitutivo de la estafa. Tolomei no acepta este temperamento, en vista de que la ley (art. 413) no lo considera expresamente como tal y tampoco como circunstancia agravante. Distinto es el caso, por ejemplo, del delito de uso de instrumento falso que la ley considera elemento constitutivo del delito de falsedad en instrumento privado, no debiéndose, por lo tanto, imputarle al culpable los dos delitos por separado”. Valdir Sznick (1979, p. 154-9) comenta que, para esse problema do falso e estelionato, a doutrina e a jurisprudência encontraram quatro soluções: “absorção do crime de estelionato pelo *crimen falsi*; absorção do *falsum* pelo estelionato; concurso formal e concurso material”. Em seguida, complementa que “para os que defendem a tese do concurso (formal ou material) está excluído o conflito aparente de normas: no concurso tem-se dois fatos, e, sobre os mesmos, incidem duas normas penais; no conflito existe um fato que, único, é abrangido por duas ou mais normas penais. No concurso há dois crimes; no conflito, um crime sob duas disposições legais”. Para o autor, a solução correta é enfocar “o caso como conflito aparente de normas”, com o que “exclui-se, logicamente, a aplicação do concurso, em suas modalidades. Restam pois o estelionato ou o falso”. E, dentro desse contexto, para o autor, deverá prevalecer o delito de falso, em razão dos critérios da especialidade e da pena mais grave. Marcelo Fortes Barbosa (1993, p. 126-7) combate em absoluto a tese de que o caso dos delitos de falsidade e estelionato seria concurso aparente de normas: “Se considerarmos de início que os pressupostos da concorrência de normas, isto para todos autores que dela tratam, são: 1º a unidade do fato; 2º a pluralidade de normas identificando o mesmo fato como delituoso, veremos que não há que confundir-se a concorrência aparente de normas, com a conexão substancial de crimes já que os pressupostos desta última são, justamente, a pluralidade de crimes e o nexos causal objetivo-subjetivo que liga estes crimes. Ora, é indiscutível que na prática conjunta de falsidade e estelionato não se pode falar em unidade de fato ou pluralidade de normas incidindo sobre o mesmo fato. Trata-se de entidades delituosas diferentes, onde as objetividades jurídicas são diversas já que num delito, o estelionato, o patrimônio é o fim visado pelo agente, o patrimônio alheio, ao passo que noutro, o delito de falsidade, a fé pública é o bem jurídico penalmente tutelado. Como falar-se em absorção se não se trata de um só fato, mas sim de um concurso material de crimes agravado pela conexão teleológica expressamente prevista pelo art. 61, II, b do CP? (...) A não ser que desejemos reduzir o Direito Penal ao casuismo, não podemos compreender como pode se falar em fim único na prática conjunta de falsidade e estelionato pelo agente, se estamos diante de objetividades jurídicas visadas, inteiramente diversas”.

de condutas reiteradas de tipos penais diferentes – em relação aos quais não haja possibilidade de reunião à luz do contexto da continuidade, exatamente por faltar, de modo absoluto, o requisito da homogeneidade típica (assim, por ilustração, a existência de vários delitos de homicídio e de estelionato praticados, de maneira sucessiva, pelo mesmo agente) – podem ensejar a formação de diversos “crimes continuados” que, entre si, se apresentariam como uma hipótese de concurso.³¹²

Deve ser considerada, ainda, a figura do crime continuado específico (qualificado ou especial), prevista no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, que prevê a possibilidade de se estabelecer, em casos especiais, presentes determinados requisitos (basicamente: pluralidade de comportamentos dolosos violentos praticados contra vítimas diferentes), punição com maior rigor repressivo.³¹³ A criação legal do crime continuado específico vincula-se, precipuamente, à necessidade de se fornecer, ao sistema penal, um mecanismo punitivo mais eficaz no combate à criminalidade violenta e organizada,³¹⁴ permitindo que se destine, ao delinquente profissional violento, um tratamento penal mais grave que o dispensado a criminosos ocasionais.³¹⁵ A aplicação

³¹² CANTARERO BANDRÉS, Rocío, p. 164.

³¹³ Como informa Maurício Kuehne (p. 85), esta inovação foi criada para “atender o fim da prevenção geral e especial diante da violência urbana”. No mesmo sentido, Francisco Fernandes de Araújo (1987, p. 251), para quem “a inovação agora trazida no § único do art. 71 veio atender, de certo modo, aos inúmeros alertas lançados pelos doutrinadores e pelos tribunais no sentido de que se fazia necessário um maior rigor jurídico contra o crime violento e organizado”. Igualmente, sustenta Weber Martins Batista (1997, p. 181-2): “O § único do art. 71 do CP – (...) A disposição veio tornar explícito o que parte da doutrina considerava implícito na norma do antigo § 2º do art. 51 do CP, ou seja, que é possível a continuidade delitiva mesmo quando se trata de bens jurídicos eminentemente pessoais e os crimes atingem sujeitos passivos diversos. Como se conclui da simples leitura da lei, a norma em estudo só se aplica quando os crimes são dolosos e atingem vítimas diferentes. Logo, se os diversos segmentos do crime continuado atingirem a mesma vítima, qualquer que seja seu número e gravidade, a pena do agente não poderá sofrer aumento maior de dois terços. A mesma solução será dada se os diversos crimes forem culposos, ainda quando diversas as vítimas. Outra conclusão: a pena aumenta até o triplo não pode ser maior do que a que seria imposta ao agente, se respondesse pelos mesmos crimes em concurso material. Vejamos o exemplo: mediante violência, o réu pratica um roubo e duas tentativas de roubo, contra três pessoas diferentes, em continuação. Ainda que o juiz considere os fatos gravíssimos, não poderá aumentar a pena de um dos crimes – seria o consumado – do triplo, pois, se assim o fizesse, estaria impondo ao réu pena maior do que a soma das penas que seriam aplicadas se se tratasse de concurso material. Ainda: qualquer que seja o número e gravidade dos diversos crimes praticados, a pena imposta ao agente não poderá, com os aumentos, ultrapassar 30 anos, que é o máximo de tempo de cumprimento de pena previsto no Código (art. 75). Quando deve o juiz impor ao agente um aumento tão sensível? A Exposição de Motivos faz referência expressa aos criminosos profissionais, aos réus que, antes da Lei 7.209/84, estariam sujeitos à medida de segurança detentiva, não mais prevista em lei. Inúmeras outras hipóteses ensejam a aplicação da norma em exame. Basta, por exemplo, que o agente pratique o crime com dolo intenso, incomum, ou cause às vítimas sofrimento maior do que o normal. Assim, embora primários, merecem o aumento da pena réus que praticam roubos seguidos, no interior de duas ou mais residências, aterrorizando as vítimas com repetidas ameaças de morte, ou agredindo-as, covarde e desnecessariamente, causando-lhes um sofrimento excedente do comum em tais situações”. Por seu turno, destaca Francisco de Araújo (p. 249) que, com a introdução deste comando legal, “ficaram pacificadas a doutrina e a jurisprudência sobre a matéria, pois anteriormente haviam-se estabelecido duas posições distintas a respeito: uma, liberal, com suporte no § 2º do art. 51 do CP, dispensava a homogeneidade de vítimas para a caracterização do crime continuado; outra, chamada ortodoxa, com alicerce na teoria alemã, entendia que só haveria possibilidade de ‘continuidade delitiva’ quando o crime fosse cometido contra a mesma vítima, e, tal não ocorrendo, então deveria ser observada a regra do concurso material ou real”.

³¹⁴ ARAÚJO, Francisco Fernandes de, p. 255.

³¹⁵ SANTOS, Gérson Pereira dos, 1988, p. 114. Por outro lado, nem todos saudaram a inovação legal, como se pode ler: “A justiça penal brasileira está sofrendo de grave doença em certos aspectos, sendo um deles referente à admissão da continuidade delitiva em crimes graves, como roubos, estúpos, etc., o que tem contribuído para maior descrédito da justiça e impunidade adequada dos criminosos” (NOGUEIRA, Paulo Lúcio, 1994, p. 175). Em sentido diametralmente oposto, coloca-se a vigorosa e lúcida observação de Everardo da Cunha Luna (1985, p. 341-2), de acordo com

da figura do delito continuado específico – uma vez presentes os seus pressupostos – desponha como um critério impositivo, que não se subordina a qualquer juízo de conveniência.³¹⁶

Nessa síntese, destaca-se que, a partir da reforma penal, introduzida pela Lei 7.209/84, passaram a existir duas modalidades de delitos continuados: uma, denominada comum ou simples, e outra, denominada qualificada ou específica, previstas, respectivamente, no *caput* e no parágrafo único do art. 71 do Código Penal. Cada espécie possui uma forma própria de punição. Como disserta Juarez Cirino dos Santos, “a diferença entre as duas regras sobre *crime continuado* é a seguinte: o art. 71, *caput*, abrange todas as hipóteses de *crime continuado*, menos a hipótese de crimes dolosos violentos contra vítimas diferentes; o parágrafo único do art. 71 regula, exclusivamente, a relação de *continuação* em crimes dolosos violentos contra vítimas diferentes”.³¹⁷ Obviamente, os crimes dolosos violentos praticados contra a mesma vítima seriam agasalhados pelo *caput* do art. 71 (como vários atentados violentos ao pudor praticados contra a mesma vítima, presentes os demais elementos configuradores do delito continuado). A reforma, ao introduzir a figura do crime continuado específico, suplantou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no “tocante ao teor do Verbete nº 605 da própria Súmula: ‘Não se admite continuidade delitiva nos crimes contra a vida’. A razão é muito simples: o Verbete foi editado antes da reforma da parte geral do Código Penal, ocorrida por força da Lei nº 7.209/84”.³¹⁸

a qual “A disciplina da pena aplicável ao crime continuado – § único do art. 71 da nova lei penal – é o calcanhar de Aquiles do capítulo que trata da aplicação da pena. (...) Desnaturado ficou o instituto, que surge, agora, sob a sutil influência do CP de 1969 na parte da disciplina do criminoso por tendência e do criminoso habitual, frágil e duvidosa disciplina jurídica à luz de uma sadia política criminal. Melhor seria prescrevê-lo na nova lei penal. Como é que o crime continuado, que representa, precisamente, uma atenuação do concurso material, pode ser disciplinado da maneira como o faz a nova Parte Geral do CP? O legislador, diante da criminalidade violenta da nossa época, deixou-se dominar mais pelas paixões do que pela razão. Combatemos com energia, nos encontros de Goiânia e São Luiz do Maranhão, o parágrafo em questão, apelando até para as origens do instituto. O Dep. Egídio Ferreira Lima, fundamentando-se no relatório da Comissão da OAB, Seccional de Pernambuco, apresentou emenda ao Projeto, na Câmara dos Deputados, deste modo: ‘15. Crime Continuado (art. 71, § único). Propõe-se a eliminação do § único do art. 71 – que possibilita ao juiz, no crime continuado, aumentar a pena do crime mais grave até o triplo – por constituir uma negação dos próprios fundamentos de política criminal que informaram a criação da figura do crime continuado. Trata-se, ademais, da atribuição de poderes excessivos ao juiz, que pode levar, inclusive, em casos concretos, a um tratamento mais severo do que aquele reservado ao concurso material de crimes’. A emenda foi rejeitada, porém. Resta somente a esperança de que numa futura reforma o crime continuado venha a ser disciplinado como o disciplina o CP, o que não enfraquecerá a repressão da criminalidade violenta da nossa época, porque a própria nova Parte Geral do CP dispõe de instrumento para tal fim. E o instrumento é precisamente o § único do art. 83, requisito na disciplina jurídico-penal do livramento condicional: ‘Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir.’ Diante do parágrafo transcrito, só nos resta confiar na prudência dos magistrados, que não se limitarão, sem dúvida, para a concessão do livramento, ao bom comportamento carcerário, sabido que os delinquentes mais temíveis têm o bom hábito de bem comportar-se na prisão”.

³¹⁶ “Quanto ao reconhecimento da continuidade delitiva, não é o juiz quem decide sobre a conveniência de reconhecer, ou não, a continuidade delitiva. Se os requisitos desta estão presentes, ao juiz não cabe senão reconhecê-la. (...) Se até nos crimes contra a vida a doutrina e a jurisprudência admitem a continuidade, com mais razão nos crimes sexuais”. (TJ/SP, REC 293.553-3/8, Rel. Celso Limongi, j. 8.8.02.) Boletim do IBCCRIM – Ano II, nº 124 – mar. – 2003, p. 687.

³¹⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos, 2006, p. 412.

³¹⁸ RTJ/177, HC 77.786/RJ, Min. Marco Aurélio.

(Derradeiramente, o legislador oferece as formas legais por meio das quais se disciplina a estruturação do apenamento em se cuidando do concurso delinquential.)³¹⁹

2.3.4. Do concurso medial

Certos ordenamentos jurídicos ostentam uma outra modalidade de concurso (é o caso, neste particular, do espanhol, em seu art. 77.1, segundo inciso: “Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra”) –, denominado de concurso medial (ou, ainda, de concurso ideal impróprio), por cujo enunciado se exige uma relação de meio a fim entre os ilícitos concorrentes, ou seja, quando uma infração se converte em meio para atingir outra.

De conformidade com Estrella Escuchuri Aisa, “El origen histórico de esta figura se suele situar en los autores de la escuela clásica italiana, quienes consideraban que la intención unificaba ambas infracciones de manera que se entendía que el delito medio era absorbido en el delito fin”.³²⁰ Trata-se de uma modalidade similar ao concurso real que, no direito espanhol, é submetida à penalidade correspondente ao concurso ideal.³²¹ Majoritariamente, a doutrina avalia que, com efeito, se cuida de uma espécie de concurso real de delitos, à qual se estabelece um tratamento punitivo privilegiado (como se fosse um concurso formal), em virtude da relação de meio a fim que se apresenta entre as diferentes ações ilícitas; por óbvio, minoritariamente, há quem o entenda como uma modalidade de concurso ideal.

Parece ser correta a aproximação deste modelo ao concurso real, pois, em sua definição legal, não consta a referência de que haja “un solo hecho”.

Por ilustração, desponta o caso típico da falsidade documental e do estelionato, na medida em que se falsifica um determinado documento para, por meio do engano, produzir um dano alheio; posto que não haja uma infração apenas, mas, sim, dois delitos diferenciados, dada a nítida vinculação objetiva entre eles, seriam, pela legislação espanhola, tratados como “un concurso ideal medial”.³²²

É imperioso, para aplicar-se a figura do concurso medial, “la determinación de cuándo uno de los delitos es medio necesario para cometer el otro”,³²³ na medida em que “no siendo suficiente que las diversas acciones aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que aparezcan ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales”.³²⁴

³¹⁹ Ver tópico 2.4.

³²⁰ ESCUCHURI AISA, Estrella, 2004, p. 71. Santiago Mir Puig (2009, p. 648) agrega que “el fundamento de la equiparación del tratamiento legal sea análogo al del concurso ideal y responda a la concepción de los clásicos (como Carrara), que consideraban que constituiría una doble sanción de la misma voluntad castigar por separado los delitos unidos en el plan del autor”.

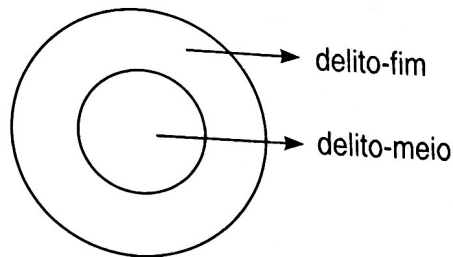
³²¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, 2007, p. 754.

³²² ROLDÁN BARBERO, Horacio, p. 164.

³²³ GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDRO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, 2011, p. 725.

³²⁴ GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel; MELENDRO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, p. 726. “En un principio se entendió (así Pacheco) que ello sólo ocurre cuando el delito fin no puede cometerse nunca, por su propia naturaleza, sin el delito medio (*necesidad en abstracto*). Tal interpretación chocaba con la teoría

A representação gráfica dessa figura pode ser assinalada da seguinte forma:



Em suma, quando houver o cometimento de dois delitos, e um dos quais tenha sido apenas o meio de praticar o outro, o legislador espanhol optou pelo tratamento punitivo de impor a pena do delito mais grave “en su mitad superior”, despontando, assim, a terceira modalidade de concurso delitivo – a medial (sendo as outras a ideal e a real).³²⁵

2.3.5. Da concorrência entre o concurso formal e o crime continuado

A título de ampliação da pesquisa, indicam-se alguns pontos que se relacionam ao concurso de crimes, notadamente no que se vincula à compatibilização punitiva entre o concurso formal e o crime continuado.³²⁶ (Antes, pode destacar-se que a diferença fundamental entre o concurso formal e o crime continuado se estabelece porque, naquele, uma conduta concreta duas ou mais figuras delitivas – ou seja: há unidade de fato e pluralidade de adequação típica –, ao passo que, neste, existe pluralidade de fatos.)³²⁷

del concurso de leyes, que, (...), impide la presencia de un concurso de delitos cuando uno de ellos ha de acompañar normalmente al otro (principio de consunción). Hoy se interpreta la necesidad en un *sentido concreto*, requiriéndose sólo que en el caso concreto un delito no pudiera producirse sin el otro. Por supuesto, esta necesidad debe existir objetivamente, y no basta que el sujeto crea que se da – aunque, claro está, también es preciso el conocimiento de la necesidad objetiva” (MIR PUIG, Santiago, 2009, p. 649).

³²⁵ PALMA HERRERA, José Manuel, 2004, p. 217.

³²⁶ Conforme descreve Weber Martins Batista (p. 181): “Pode acontecer que o agente, em continuação, pratique dois ou três crimes (a hipótese é comum no roubo) em concurso formal. Exemplificando: o agente rouba as coisas de dois, três ou mais casais, em ações seguidas. (...) Essa não é, *data venia*, a melhor solução. O crime continuado, como forma especial de concurso de crimes, não é ontologicamente diferente do concurso formal. Assim, é perfeitamente possível admitir que se os diversos fatos podem ser unidos, para caracterizar a continuidade delitiva, quando praticados em duas ou mais ações, com mais razão devem sê-lo quando praticados em uma só ação. Com base nessas considerações, a grande maioria tem entendido que, nesses casos, caracteriza-se um só crime continuado, nele ficando absorvido o concurso formal de delitos. Nessas hipóteses, portanto, o juiz deverá fixar a pena-base (art. 59 do CP), aumentá-la ou diminuí-la por força das agravantes ou atenuantes (arts. 61-67) e, a seguir, em um só momento, aumentá-la uma só vez, de um sexto e dois terços, como o estabelece o art. 71 do CP. O maior ou menor número de fatos e de vítimas será considerado na escolha da quantidade do aumento, nos limites estabelecidos pelo referido art. 71”.

³²⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos, p. 62. Reforça Miguel Ángel Arce Aggeo (2006, p. 480-1) que “ello resulta lógico porque si existe unidad de hecho o conducta no vale preguntarse por la existencia de un posible delito continuado, dado que dicha pregunta sería innecesaria, puesto que las hipótesis de conductas o hechos únicos sólo pueden conducir a un único encuadre o tipificación (...). Ahora bien, si la aplicación del delito continuado obedece a una atenuación de la pena que podría aplicarse si se dejara el hecho como concurso real, dicha finalidad pierde su contenido si nos encontramos frente a un caso de unidad de hecho, dado que la unidad de hecho nunca podrá encuadrarse dentro de los postulados estatuidos por el art. 55 do CPA, y por lo tanto no habrá pena que limitar”.

Nesse particular, não se oferece óbice para o reconhecimento da concorrência simultânea entre os institutos, desde que os crimes apresentem, entre si, os nexos formal e continuado.³²⁸

Revela notar, no entanto, que a discussão se posta quanto à possibilidade de haver a dupla valoração da reprimenda, isto é, se ambos os fatores de aumento punitivo podem incidir em determinado caso concreto, ou se somente um deles – (prevalentemente) o do crime continuado³²⁹ – deveria impactar na composição dosimétrica da pena.³³⁰

Com efeito, discute-se sobre a possibilidade de aposição das causas de aumento de pena, representadas pela continuidade delitiva e pelo concurso formal.³³¹ Damásio Evangelista de Jesus defende a aplicação exclusiva do aumento resultante da continuidade delitiva, remarcando: “Os crimes parcelares que compõem a continuação (...) são considerados, para efeito de pena, delito único. Se fôssemos manter o aumento do concurso formal estaríamos desvinculando os delitos”.³³² O mesmo autor oferece outro argumento à inaplicabilidade da cumulação de fatores de aumento em se tratando de concurso formal na forma continuada: “seria realmente ilógico que, na espécie, cometendo o sujeito vários delitos da mesma espécie mediante condutas distintas, viesse a sofrer pena com um só acréscimo e, realizando-os com a interposição do concurso formal entre dois deles, incidisse em dois acréscimos. Se o benefício do nexo de continuidade é aplicável à entidade mais grave, a do concurso material, constituindo espécie abrandada da concorrência real, não se vê por que não possa também estender-se à mais leve, a do concurso ideal, quando venha a beneficiar o agente”.^{333 334}

³²⁸ “Concurso formal entre os crimes de moeda falsa e de corrupção de menores. (...). 8. Reconhecido o concurso formal entre os crimes de moeda falsa e de corrupção de menores e a continuidade delitiva, tendo em vista a prática continuada em quatro oportunidades.” (TRF3, AC 11892SP00118928020064036108, Rel. Márcio Mesquita, 1ª T., j. 4.2.14.)

³²⁹ “Segundo orientação deste STJ, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes. (...) Ocorre *bis in idem* quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação aos outros crimes praticados em situação semelhante de tempo e modo de execução.” (STJ, HC 162987/DF, 5ª T., Rel. Jorge Mussi, j. 1.10.13.)

³³⁰ Como aponta Paulo José da Costa Júnior (2010, p. 268): “Concurso entre crime formal e continuado. (...). Não admite o concurso os julgados publicados na RT, 603:456, 591:318 e 117:744. Admite: TACrimSP, Rev. 116.330”.

³³¹ Informa a separação da jurisprudência Damásio Evangelista de Jesus (2014, p. 313): “Suponha-se que o sujeito cometa três delitos: os dois primeiros em concurso formal; os três, em continuação. A respeito da cumulação dos acréscimos (arts. 70, *caput*, e 71, *caput* e § único), há duas posições: 1ª) não admite a soma dos acréscimos: RTJ, 117:744; RT, 603:456, 591:318 e 579:351; JTACrimSP, 73:289, 76:61, 74:147, 78:29, 81:273 e 84:217; BMJTACrimSP, 8:7 e 16:1, incidindo somente o aumento da continuação (TJSP, ACrim 87.330, RT, 658:273; TACrimSP, ACrim 615.671, RT, 662:302 e RDJTACrimSP, 6:144; TACrimSP, ACrim 927.825, RJDTACrimSP 26:51); 2ª) admite: JTACrimSP, 73:67 e 91:46; BMJTACrimSP, 51:1; TACrimSP, ACrim 472.853, Julgados, 94:315; El 400.811, Julgados, 94:385”. José Antônio Paganella Boschi (2000, p. 341-2) indica: “Se, em um dos crimes da série continuada, o agente violar bem jurídico de mais de uma vítima (por exemplo, crime culposo no trânsito, com três lesões, seguido de outro crime culposo no trânsito com lesões em duas outras vítimas), os tribunais recomendam *nova* exasperação da pena com base no artigo 70 (concurso formal), embora essa solução, aceita na doutrina, não seja pacífica, na medida em que afeta a magnanimidade ínsita em tal modalidade de concurso, sendo daí também repudiada em outros precedentes”.

³³² JESUS, Damásio Evangelista de, 1986, p. 120.

³³³ JESUS, Damásio Evangelista de, 1986, p. 121.

³³⁴ No mesmo sentido: FERREIRA, Gilberto, 1995, p. 162. Como se expressam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 708), a vedação constitucional da prisão de caráter perpétuo não pode ser concebida isoladamente, uma vez que deve ser conjugada “com o disposto no art. 5º, inc. XLIX: ‘É assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral’. Se tivermos em consideração que, hoje, é perfeitamente sabido e repetido que um prolongado recolhi-

Não obstante, haveria, de acordo com entendimento oposto, situações fáticas nas quais se mostraria, em linha de princípio, plausível a compatibilidade das diferentes causas (a do concurso formal e a do crime continuado) de recrudescimento punitivo. As hipóteses haveriam de ser encontradas quando, na cadeia de ilícitos que informam a continuidade, todos se perfizessem à luz do concurso formal; assim, *ad exemplum*, casos de roubo múltiplo sequenciado; de acidentes de trânsito (cada um dos quais com pluralidade de vítimas); de acidentes de trabalho (cada um dos quais com diversos trabalhadores mortos ou feridos), entre outras hipóteses.

A jurisprudência sobre o tema é deveras vacilante; neste campo, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu como plausível a sobreposição das causas de elevação de pena, permitindo, por conseguinte, a incidência cumulativa dos acréscimos dos arts. 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado) do Código Penal;³³⁵ por outro lado, no Superior Tribunal de Justiça, pode pontuar-se que, como regra geral, não se admite a dupla valoração dessas causas de aumento de pena (por se traduzir em caso de *bis in idem*),³³⁶ salvo em situações bastante particulares.³³⁷

mento de uma pessoa numa prisão torna-se irreversivelmente deteriorante, entendemos que não só a pena perpétua, como também todas as penas privativas de liberdade demasiadamente prolongadas, são sanções arruinadoras”.

³³⁵ Informativo STF, nº 37, ag./96. Em decisão unânime, o STF (HC 73821/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, 1ª T) traduziu, a partir da tese da compatibilidade entre o concurso formal e o crime continuado, o *processus* de aplicação da reprimenda penal, nos seguintes termos: “Assim, sobre a pena-base deve incidir o acréscimo pelo concurso formal, de modo a ficar a pena do delito mais grave (estelionato consumado) acrescida de, pelo menos, um sexto até metade, pela co-existência do crime menos grave (art. 70). E como os delitos foram praticados em situação que configura a continuidade delitiva, também o acréscimo respectivo (art. 71) é de ser considerado”. “Tráfico de entorpecentes. Dupla valoração das circunstâncias de aumento de pena. Crime hediondo. Crime organizado. A circunstância de o paciente ser funcionário público não exige que o crime seja necessariamente praticado em seu local de trabalho. Reconhecimento legítimo das duas majorantes na fixação da pena. (...) HC indeferido”. (STF, HC 82966/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T., j. 20.5.03.)

³³⁶ “1. Não se verifica *bis in idem* pelo julgamento em separado de ações penais que versam sobre fatos delitivos nitidamente distintos, sendo que eventual unificação das penas, decorrente de continuidade delitiva, pode ser realizada na fase de execução. 2. Tipifica os delitos de sonegação fiscal e previdenciária, nos moldes do art. 1º, I, da Lei 8.137/90 e do art. 337-A do CP, a redução da carga tributária gerada pela prestação de informações falsas às autoridades fazendárias. 3. (...). 4. A prática continuada dos crimes tipificados no art. 1º, I, da Lei 8.137/90 e no art. 337-A do CP, mediante uma só ação ou omissão, caracteriza o concurso formal. Incabível a dupla majoração, pelo crime continuado e concurso formal, devendo a dosimetria fazer incidir única causa de aumento. Precedentes do STJ.” (TRF4, ACR 5051213-65.2011.404.7100/RS, Rel. Des. Sebastião Ogê Muniz, 7ª T., j. 1.7.14.). “Roubo circunstanciado. (...) Exclusão da majorante que se impõe. Concurso formal. Crime continuado. Majoração da reprimenda pelos dois institutos. Impossibilidade. *Bis in idem*. Objetivo do concurso ideal: prevenir intensa punição do agente merecedor de censura menos grave. Constrangimento ilegal evidenciado. Precedentes do STF e desta Corte. Ordem concedida. 1. (...). 2. ‘Nada impede que entre dois ou mais delitos componentes da continuação haja concurso formal. Nesse caso, incide um só aumento de pena, o do delito continuado, prejudicado o do art. 70 do CP [relativo ao concurso formal]’ (...). Isso porque o objetivo do legislador foi o de ‘prevenir o apenamento intenso do indivíduo merecedor de censura menos grave que se tivesse cometido iguais delitos por meio de ações distintas’, e pelo fato de que ‘a regra do concurso ideal só há de ser aplicada quando efetivamente trouxer proveito ao réu, devendo ser afastada quando lhe acarrete prejuízo’ (STF, RE 101.925/SP, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 14/3/86). 3. (...). 4. Ordem concedida, para determinar a realização de novo cálculo da reprimenda pelo Juízo das Execuções, excluída a circunstância referente ao emprego de arma de fogo, e com a incidência, apenas, da continuidade delitiva entre os três delitos de roubo” (STJ, HC 178499, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª T., j. 26.8.11.) “Crimes contra o sistema financeiro. Unificação de penas. Concurso formal. Continuidade delitiva. Dupla majoração da reprimenda. Impossibilidade. *Bis in idem*. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem concedida. (...) Deve ser cassado o acórdão recorrido para afastar do *quantum* da pena a ser cumprida pelo paciente a majoração relativa ao concurso formal, devendo ser realizado novo cálculo da reprimenda pelo TRF da 4ª Região com a incidência, apenas, da exacerbação decorrente da continuidade delitiva. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator”. (STJ, HC 70110/RS, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., j. 24.4.07.) “5. O concurso formal é regra jurídica penal em favor do agente, de modo que, se também reconhecida, no ilícito quadro apresentado, a continuação entre os crimes (isto é, o subsequente crime sendo considerado continuação do primeiro), as penas não, nesse caso, de ser au-

Do contrário, segundo se acredita, a figura do delito continuado (construída sobre uma ficção jurídica de inspiração benéfica) deve ser entendida como modalidade de concurso de crimes, notadamente de concurso material homogêneo com menor rigor repressivo, que se destina à aplicação da pena, partindo da ideia básica segundo a qual, em havendo delito único, existirá, tão somente, uma pena (de qualquer sorte, majorada). Dessa forma, o crime continuado deve ser considerado um só crime, pouco importando que o seja por uma *fictio juris*. Nessa perspectiva, realmente não se vislumbra qualquer sentido em se desmembrar a unicidade sobre a qual se constrói a figura da continuidade delitiva, a fim de proceder ao aumento da pena resultante do concurso formal (na situação concreta de haver alguns crimes em concurso formal que se relacionam, por meio da continuação, a outros, sem esta causa de majoração de pena),³³⁸ devendo-se, portanto, entender que o concurso formal se deixaria absorver pelo crime continuado, por intermédio do princípio da consunção, incidindo apenas o aumento relativo a este, por ser o mais abrangente.³³⁹

mentadas uma vez, e essa única vez há de dizer respeito à figura do crime continuado. *Non bis in idem*. 6. HC deferido em parte.” (STJ, HC, 36414RJ, Rel. Min. Nilson Naves, 6ª T., j. 18.10.04.)

³³⁷ “Crimes licitatórios na área da saúde pública, formação de quadrilha e corrupção ativa. Condenação (...). Crime continuado e concurso formal. Delito do art. 96, I, da Lei 8.666/93 que não integrou o nexo de continuidade delitiva dos crimes do art. 90 do mesmo diploma legal. Situação diferenciada. Inaplicabilidade da jurisprudência do STF e do STJ. Possibilidade da concomitância dos dois aumentos de pena. 1. A longeva jurisprudência desta Corte e do STF indica que, configurado o concurso formal entre dois dos crimes integrantes do nexo de continuidade delitiva, apenas um aumento de pena – o do crime continuado – deve prevalecer. 2. Na espécie, a ficção do crime continuado se observou entre os delitos de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório (art. 90), cometido por nove vezes, enquanto que o concurso ideal se verificou em uma destas condutas, com o cometimento, também, do crime de fraudar a licitação, elevando arbitrariamente os preços (art. 96, I), de modo que, não é, absolutamente, a situação em que a jurisprudência do STF e do STJ rejeitam a concomitância das duas figuras, pois o crime que permitiu a caracterização do concurso formal não integrou o nexo de continuidade, pois, não custa insistir, o crime que permitiu a caracterização do concurso formal não integrou o nexo de continuidade. Vale consignar, (...), que, se havia a possibilidade de se aplicar o concurso material entre os dois crimes, um deles com o aumento do art. 71 do CP, como fizeram as instâncias ordinárias e como postulou, neste ponto, o d. voto divergente, não há razão para descaber o acréscimo do concurso formal (...)” (STJ, RESP 1315619, Rel. Campos Marques, 5ª T., j. 15.8.13.)

³³⁸ No exemplo de Damásio Evangelista de Jesus (1986, p. 120): “Suponha-se que o sujeito, em dias seguidos, cometa três assaltos. Responde por três delitos de roubo ligados pela continuação. Considerada a pena mínima, teríamos quatro anos de reclusão, mais um sexto, perfazendo quatro anos e oito meses (pena mínima mais um só acréscimo). Imagine-se, entretanto, que realize os três roubos em duas fases: na primeira, num só contexto de fato, assalta duas pessoas; dias depois, a terceira. Teríamos concurso formal entre os dois primeiros roubos, com o primeiro acréscimo; continuação entre os dois fatos, com o segundo acréscimo. A pena mínima seria de cinco anos, cinco meses e dez dias de reclusão. Ora, considerando-se que o concurso formal é um *minus* em relação ao crime continuado em razão da unidade e da pluralidade de condutas que os informam, não é crível que a pena, quando presente o primeiro, seja maior da que seria imposta se a hipótese fosse de nexo de continuidade, de gravidade objetiva mais intensa. Se não fosse assim, como disse Dante Busana, a unidade de conduta e de desígnio que presidem o concurso formal no tocante ao primeiro fato, e que inspiraram ao legislador um regime mais benigno de cúmulo jurídico, acabaria por prejudicar o agente”.

³³⁹ Como pontificam Artur Souza e Carlos Japiassú (p. 452), “a pena deve ser calculada com a prevalência do crime continuado, restando absorvido o concurso formal. Isso porque a finalidade de ambos os institutos é o de mitigar a punição, por intermédio do sistema de exasperação, razão pela qual a norma que regula o crime continuado contém acréscimo mais abrangente do que a do concurso formal. Conforme decidido pelo STF, a regra do concurso formal foi concebida em favor do réu e só há de ser aplicada quando efetivamente lhe trouxer proveito. Desta maneira, havendo, entre os crimes, nexo de continuidade delitiva e concurso formal, apenas um aumento de pena – o do crime continuado – deve prevalecer”. Em termos jurisprudenciais: “3. Incidindo no caso concreto tanto o concurso formal quanto a continuidade delitiva, aplica-se apenas o aumento relativo ao crime continuado, considerando-se o número total de crimes praticados. 4. Recurso conhecido e desprovido.” (TJDFT, AC 20080910237847, Rel. Des. Jesuino Rissato, 3ª TC, j. 21.5.15.)

que a separação conceitual entre o concurso material homogêneo e o crime continuado se estabelece porque, posto que ambos ostentem em sua base uma pluralidade homogênea de tipos penais, no primeiro instituto, os ilícitos não mantêm – diferentemente do que ocorre no segundo – uma conexão continuada, que permite reunir, em uma unidade jurídica, as várias condutas praticadas.)

Não se apresentam, quer doutrinária quer jurisprudencialmente, quaisquer obstáculos à combinabilidade punitiva entre os institutos do concurso material e do crime continuado, nem mesmo entre – especificamente – o concurso material homogêneo e o crime continuado. Desse modo, se houver a realização de uma sequência de crimes, estruturada, por exemplo, (i.) em ilícitos penais homogêneos (vários crimes de roubo) e heterogêneos (estelionato, estupro e injúria), sendo que aqueles se deram em condições assemelhadas (em que se apresenta o nexo de continuidade), pode reconhecer-se que a punição se construirá com o apenamento correspondente ao crime continuado mais os dos ilícitos penais heterogêneos, somando-se essas penas à luz do critério da acumulação material; da mesma forma, se houver (ii.) sequências distintas de ilícitos penais homogêneos, em que se poderá aplicar, em uma primeira etapa, o aumento de pena relativo à continuidade para cada série delitiva e, em uma segunda etapa, somar as penas dessas condenações à luz do sistema do cúmulo material.³⁴²

2.4. OS SISTEMAS DE APLICAÇÃO DE PENA

Examinaram-se a importância da doutrina do concurso de infrações e sua visceral relação com a fixação da pena. Devem-se, agora, apreciar, concretamente, os mecanismos jurídicos por intermédio dos quais se implementa o sistema de apenamento.

A regra de punibilidade do concurso de crimes, em princípio, se estabeleceria por meio da orientação segundo a qual a cada fato punível deveria corresponder uma sanção.

Dessa forma, ao fim e ao cabo, a pena (a ser aplicada) seria aquela resultante da soma das diferentes sanções, correspondentes aos diferentes crimes que perfazem o concurso delituoso. A adoção exclusiva desse sistema de apenamento pode traduzir-se não apenas em excessivo rigor, mas também em situações verdadeiramente absurdas, como se verá a seguir.

Em face disso, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram,³⁴³ em se tratando do concurso de crimes, métodos punitivos mais aprimorados, que podem ser utilizados *pari passu* com o sistema básico da soma das penas, e que “miram dar maior certeza,

³⁴² “Crime continuado e concurso material. Possibilidade. Recurso não provido. As instâncias ordinárias – a quem cabe, em princípio, a apreciação dos fatos e das provas – reconheceram a ocorrência de duas séries distintas de estupro: uma praticada diretamente pelo recorrente; outra, executada mediamente por ele, valendo-se de terceiro inimputável. Foram observadas, ainda, as mesmas circunstâncias em cada uma das séries de crimes, mas circunstâncias diferentes entre uma e outra. Nesse cenário, é possível a aplicação do aumento de pena relativo à continuidade delitiva sobre a reprimenda fixada para cada uma das sequências de delitos, conforme dispõe o art. 71 do CP, seguida da somatória das penas dessas duas condenações, nos termos do art. 69, também do CP. Recurso ordinário não provido.” (STF, RHC 90724, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., j. 9.9.08.)

³⁴³ Segundo Patrícia Mothé Gliche Béze (p. 45), “No Direito Romano, prevalecia a regra da soma das penas, sendo esta a regra no Direito Germânico e no Direito Canônico. A partir dos séculos XV e XVI houve o desenvolvimento da teoria do concurso de crimes. Nas primeiras codificações passou a existir, por exceção, quando não pudesse ser aplicado o cúmulo material o sistema da exasperação ou da absorção das penas”.

efetividade e utilidade social na aplicação da pena”.³⁴⁴ De tal sorte que se definiu, a partir desses métodos de apenamento (alguns dos quais incorporados à legislação brasileira), a forma de se proceder à punição do agente nas hipóteses do *concurso delictorum*.

A dogmática jurídico-criminal aponta, fundamentalmente, quatro sistemas por meio dos quais se estrutura a pena na concorrência de fatos puníveis: (i.) o sistema do cúmulo material; (ii.) o sistema do cúmulo jurídico; (iii.) o sistema da absorção; e, por último, (iv.) o sistema da exasperação. Lembre-se de que, como informa Aníbal Bruno, nenhum desses métodos ficou sem contraditores, o que bem destaca as polêmicas que cercam o problema.³⁴⁵ Todavia, como diz Antônio José da Costa e Silva, “há um ponto em que eles não discrepam: é na aplicação do princípio da cumulação absoluta às penas pecuniárias”.³⁴⁶

É importante assinalar que esses sistemas se apresentam, nas legislações modernas, fundamentalmente, de modo conjugado,³⁴⁷ permitindo, assim, que se possa alcançar uma resposta punitiva, no concurso de crimes, mais adequada e racional.

2.4.1. O sistema do cúmulo material

O sistema do cúmulo material (também denominado de “sistema da acumulação material” ou “aritmética”) se mostra como a regra geral que preside a aplicação da pena na hipótese do concurso de delitos. Por meio desse método (*Häufungs-[Kumulations] prinzip*), haverá a soma das diferentes penas de cada um dos delitos integrantes do concurso. Por vias disso, é o critério que melhor se ajusta à teoria penal absoluta da retribuição.³⁴⁸

Trata-se, em verdade, do sistema mais antigo de apenamento,³⁴⁹ por meio do qual as penas se acumulam aritmeticamente.³⁵⁰ Francesco Antolisei e Luigi Conti reforçam:

³⁴⁴ CARVALHO, Ivan Lira de, 1999, p. 487.

³⁴⁵ BRUNO, Aníbal, 1984a, p. 288. Daí (a razão) por que Fernando Velásquez (1997, p. 668) afirmou que “se está lejos de alcanzar un mecanismo perfecto para señalar la pena imponible en este ámbito, por lo cual, en definitiva, es el respectivo legislador quien debe elegir el más adecuado, dependiendo de los fines político-criminales que lo animen”.

³⁴⁶ COSTA E SILVA, Antônio José da, 1943, p. 299. A matéria, modernamente, sofreu profunda modificação a partir de orientação do STJ no sentido da inaplicabilidade do art. 72 do CP em se cuidando de crime continuado (ver, com mais detalhes, o ponto 6.3.).

³⁴⁷ LEIRIA, Antônio José Fabrício, 1973, p. 28.

³⁴⁸ CARAMUTI, Carlos S., p. 326.

³⁴⁹ “Era el sistema seguido por los romanos, para quienes la concurrencia de delitos no era una razón para que alguno de ellos quedara sin castigo, pues pensaban que la pena de un delito no disminuía por haber cometido otro” (CARAMUTI, Carlos S., p. 326).

³⁵⁰ Carlos S. Caramuti (p. 302-3) aponta que esse sistema admite duas variantes: a abstrata e a concreta: “Conforme a la primera se suman los mínimos y los máximos de las escalas de los respectivos delitos para determinar una nueva escala penal aplicable al concurso de delitos o de infracciones. El mínimo de la escala del concurso lo constituye la suma de los mínimos, su máximo, la suma de los máximos. Según la segunda variante, se determina primero concreta y separadamente la pena aplicable a cada delito o infracción para sumarlas luego. Este es el más propio sistema de acumulación: con él se deben cumplir la totalidad de las penas que corresponden para cada delito. Conforme al otro (variante abstracta) no se acumulan realmente las penas, sino que se crea una nueva escala, aplicable al concurso de delitos, pero no necesariamente se acumulan las penas de los distintos delitos concretos ya que ni siquiera es necesario fijar la pena de cada uno. Se fija directamente la pena a aplicar al autor por todos ellos en conjunto. Esto puede jugar tanto a favor como en contra del reo porque permite tanto aplicar una pena menor como mayor que la que resultaría de sumar las penas individuales que se impondría por cada delito si fuera juzgado separadamente”.

“Applicandosi il sistema del cumulo materiale il colpevole soggiace a tante pene quante sono le infrazioni commesse; delle varie pene, cioè, si fa la somma aritmetica”.³⁵¹

A doutrina censura esse critério (que se apresenta como injusto e ineficiente), dado que “essa simples operação aritmética pode resultar em uma pena muito longa, desproporcionada com a gravidade dos delitos, desnecessária e com amargos efeitos criminógenos. É possível que o agente atinja a ressocialização com pena menor”,³⁵² evitando-se todo o desgaste (pessoal e social) que a prisão encerra. Reforça o argumento anterior Carlos Fontán Balestra, ao afirmar: “la acumulación matemática es psicológicamente injusta, pues la cantidad de mal se hace mucho mayor cuando se sufre todo junto; los males distanciados o distribuidos en el tiempo se los soporta más fácilmente”.³⁵³ Igualmente, leciona Ivan Lira de Carvalho: “A principal crítica dirigida a este sistema reside na inutilidade de uma pena muito longa, decorrente da adjução das penas parcelares, fatalmente gerando efeitos prisionais e criminógenos muito severos, em descompasso com a finalidade ressocializadora do apenamento”.³⁵⁴

Também se critica o sistema da cumulação, em outro quadrante, por não estabelecer a possibilidade concreta da imposição de todas as penas que foram, ao criminoso, aplicadas. Seria o caso, *ad exemplum*, de uma legislação que contivesse, em seu arcabouço punitivo, a previsão da pena capital, e viesse um determinado agente a ser condenado, absurdamente, a duas penas de morte; ou no caso de prisões perpétuas; ou, ainda, na hipótese de uma pena capital cominada com a pena de *ergastolo*. Da mesma forma, as penas de longa duração, resultantes da acumulação, ensejariam dificuldades em efetivo cumprimento, se se considerasse a expectativa média de vida das pessoas, e assim por diante. Daí por que destacou, com inteira propriedade, Antônio José da Costa e Silva, que “a sua impraticabilidade em certos casos (na incompatibilidade das penas) e o seu excessivo rigor em outros lhe trouxeram o quase repúdio”.³⁵⁵

2.4.2. O sistema do cúmulo jurídico

O critério em exame (também denominado de “sistema da acumulação jurídica” ou “cúmulo material reduzido” – *reduzierte Strafhäufung*) determina que a sanção “aplicável não é a soma das concorrentes, mas é de tal severidade que atende à gravidade dos crimes cometidos”,³⁵⁶ de forma que a pena deve “ser maior do que a cominada a cada um dos delitos sem, no entanto, se chegar à soma delas”.³⁵⁷ Em outras palavras, o sistema consiste “en sumar las penas, pero fijando un límite máximo prudencial, del cual no puede exceder el juzgador”,³⁵⁸ com isso, a pena a ser imposta não correspon-

³⁵¹ ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi, p. 278.

³⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto, 2011, p. 680.

³⁵³ FONTÁN BALESTRA, Carlos, p. 29-0.

³⁵⁴ CARVALHO, Ivan de, p. 488. Aduz, a seu turno, Valdir Sznick (2002, p. 489) que “esse sistema pode causar injustiça pois, por vários crimes leves, alguém poder ser punido mais severamente do que o autor de um crime só, mais grave”.

³⁵⁵ COSTA E SILVA, Antônio José da, p. 299. Eusébio Gómez (p. 509) complementa: “su aplicación comporta inútil y excesiva severidad. En efecto: ¿cómo hacerlo efectivo en el caso de concurso de delitos para los que la ley prescriba penas perpetuas? Y aunque se trate de penas temporales, ¿cómo hacerlo efectivo cuando de la acumulación de las mismas resulte un espacio de tiempo mayor que el de duración de la vida humana?”

³⁵⁶ JESUS, Damásio Evangelista de, 2010a, p. 643.

³⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, p. 680.

³⁵⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos, p. 30.

derá à soma das cominadas para os diversos ilícitos; porém, será aquela cujo patamar punitivo possa, com efeito, responder às expectativas de prevenção e reprovação ao delito, haja vista o conjunto de crimes praticados pelo agente.³⁵⁹

É curioso observar, portanto, que o resultado da operação não se traduz (como no sistema anterior) na soma das penas concorrentes, mas se apresenta como mais elevado que a prevista para cada um dos crimes pertencentes ao concurso.³⁶⁰ Segundo Eusébio Gómez, esse sistema “responde al concepto de que es necesario, por razones de justicia y de orden práctico, atemperar los rigores de la acumulación material y de la benignidad injustificada del sistema de la absorción”.³⁶¹

A literatura criminal, por seu turno, censura esse critério punitivo, sustentando que enfraquece a eficácia da repressão, “transformando a concorrência de crimes em causa de menor punibilidade”.³⁶²

2.4.3. O sistema da absorção

Por esse regramento (*Absorptions prinzip*), no concurso de delitos, a pena do delito mais grave absorve a do menos grave, que restará impune (sendo, por via própria de consequência, desprezada). Nessa moldura, por meio do critério da absorção – *poena major absorbet minorem* –, as penas menores se deixam absorver pela maior. Para Francesco Antolisei e Luigi Conti, “Col sistema dell’assorbimento nel caso di una molteplicità di violazioni della legge penale commesse dalla medesima persona si applica la pena stabilita per l’infrazione più grave”.³⁶³ Historicamente, esse critério punitivo foi desenvolvido pelos antigos criminalistas italianos, que, em face das críticas dirigidas à excessiva gravidade da acumulação material de penas dos delitos concorrentes, introduziram o princípio da absorção das penas menores pela mais grave, “principio que también estableció el Código francés de 1791 para la pluralidade de crímenes, en reacción a la jurisprudência francesa del Antiguo Régimen”.³⁶⁴

A doutrina, do mesmo modo, critica essa regra punitiva: “os vários crimes menores ficariam sempre impunes. Depois da prática de um crime grave, o criminoso ficaria impune para as demais infrações”.³⁶⁵ Ivan Lira de Carvalho, semelhantemente, o reprova: “A crítica mais severa voltada ao sistema da absorção é a de que ele possibilita que

³⁵⁹ LEIRIA, Antônio José Fabrício, 1973, p. 27.

³⁶⁰ Informa Valdir Sznick (2002, p. 489) que da acumulação jurídica “derivou o sistema de *pena progressiva única* – ainda que haja vários delitos, esses delitos se apresentam como causa concorrente de uma só incriminação. Sendo assim, a responsabilidade única não se acumula e a pena, também, é única, mas progressiva”. A origem dessa variante se deve a Giovan Battista Impallomeni (1911, p. 430-1), que a descreve da seguinte forma: “Per la nostra dottrina, come per il sistema del codice, vi ha, invece, una pena unica risultante dal calcolo di una responsabilità unica e crescente, una totalità, non una somma di pene, nella quale nessuno dei reati concorrenti si considera come fattore distinto di penità, ma tutti i reati sono considerati sempre collegati fra loro nel soggetto delinquente: la sua denominazione vera è quella di una pena unica progressiva, e quanto sia giuridicamente importante la sua differenza da quella del cumulo giuridico, che non emana dal concetto della responsabilità unica, abbiamo già avuto occasione di rilevare”.

³⁶¹ GÓMEZ, Eusébio, p. 511.

³⁶² BRUNO, Aníbal, 1984a, p. 289.

³⁶³ ANTOLISEI, Francesco; CONTI, Luigi, p. 277-8.

³⁶⁴ CARAMUTI, Carlos S., p. 330.

³⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto, p. 681.

uma parte dos crimes componentes reste sem qualquer retribuição penal por parte do Estado, premiando, assim, o infrator”.³⁶⁶

A adoção desse critério implicaria, portanto, isenção punitiva, violando, a mais disso, o princípio *nullum delictum sine poena* e servindo de incentivo à prática de posteriores infrações de menor gravidade.³⁶⁷

2.4.4. O sistema da exasperação

Levando-se em linha de conta a deficiência do sistema anterior (no qual os crimes menores não seriam punidos), a doutrina criou uma variante do sistema da absorção, que foi pelos autores alemães denominada de *Asperation prinzip* ou *Strafschärfung*,³⁶⁸ podendo ser, ainda, chamado de princípio da pena total ou global.³⁶⁹

Tendo-se por norte esse princípio, no concurso de crimes, haverá uma só pena (correspondente à do delito mais grave), que, entretanto, sofrerá um aumento em razão da incidência de um determinado *quantum* (vinculado ao maior número de crimes ou de resultados produzidos) – estabelecido em quantidade fixa ou variável. Esse fator de aumento busca estabelecer a punição aos demais crimes integrantes do concurso.³⁷⁰

A crítica lançada pela doutrina a esse sistema é a mesma que se dirige contra o da acumulação jurídica, ou seja, a de que conduziria a um enfraquecimento da eficácia punitiva, transformando a concorrência de crimes, paradoxalmente, em causa de menor punibilidade, obstaculizando, assim, que o autor receba, na medida concreta, a pena (que se mostraria como) adequada.

2.4.5. A legislação brasileira

No que tange à legislação brasileira, adotam-se “somente dois desses sistemas: o do *cúmulo material* (concurso material e concurso formal impróprio) e o da *exasperação* (concurso formal próprio e crime continuado)”.³⁷¹

Como se extrai dos arts. 69, *caput* (concurso material), e 70, *caput*, segunda parte (concurso formal imperfeito), as penas dos vários delitos devem ser, aritmeticamente, somadas. E, no que diz respeito ao sistema da exasperação, no qual se aplica a pena do delito mais grave, acrescida de um determinado percentual, aponta-se o assento legal nos arts. 70 (concurso formal) e 71 (crime continuado) do Código Penal.

³⁶⁶ CARVALHO, Ivan Lira de, p. 488.

³⁶⁷ BATTAGLINI, Giulio, p. 554. Semelhantemente, destacam Raúl Carrancá y Trujillo e Raúl Carrancá y Rivas (p. 702) que “por este sistema se favorece y estimula al delincuente, cuya temibilidad es bien manifiesta (Garofalo), y que el solo hecho del concurso debe traducirse en agravación de la penalidad (Prins)”.

³⁶⁸ COSTA E SILVA, Antônio José da, p. 300.

³⁶⁹ CARAMUTI, Carlos S., p. 332.

³⁷⁰ Carlos S. Caramuti (p. 306) explica que esse regramento punitivo “(...) parte también de la pena mayor o más grave, pero la eleva por encima de su límite superior. Por ejemplo aumentándola en un determinado porcentaje del máximo de la escala del delito más grave. Significa que la pena resultante es una agravación de la pena más grave, de forma que se encuentra en un marco penal superior al que correspondería al delito más grave de no encontrarse en concurso con otro”.

³⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, p. 681.

