

CAPÍTULO IV

TEORIA GERAL DO CONCURSO DE CRIMES¹

*Gamil Föppel el Hireche**

Sumário • 1. Considerações iniciais: do *concursum delictorum*: 1.1. Posição sistemática do *concursum delictorum*; 1.2. Critérios de solução para o *concursum delictorum* – 2. Do concurso material ou real de infrações: 2.1. Considerações iniciais; 2.2. Pluralidade de condutas X Pluralidade de resultados; As diferenças entre condutas e ações, entre condutas e atos; 2.3. Classificação do concurso material; 2.4. Regramento jurídico da matéria – 3. Do concurso formal. Primeira análise: 3.1. *Concursum normarum x concursum delictorum* (formal); 3.2. Classificação do concurso formal: concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo; 3.3. Diferença entre concurso material e formal; 3.4. Tratamento jurídico do concurso formal ou ideal de crimes. Concurso formal próprio (também chamado de perfeito) e concurso formal impróprio (ou imperfeito): 3.4.1. Do concurso formal impróprio. Tratamento jurídico; 3.4.2. Do concurso formal próprio. Tratamento jurídico – 4. Do crime continuado. Considerações primeiras: 4.1. Crime continuado. Evolução histórica; 4.2. Crime continuado. Natureza jurídica; 4.3. Teorias a respeito do crime continuado; 4.4. Dos elementos da continuidade delitiva: 4.4.1. Mais de uma ação ou omissão; 4.4.2. Crimes da mesma espécie; 4.4.3. Circunstância de tempo; 4.4.4. Circunstância de lugar; 4.4.5. Circunstâncias de modo; 4.5. Do crime continuado específico; 4.6. Crime continuado e prescrição; 4.7. Crime continuado e sucessão de leis penais; 4.8. Crime continuado e coisa julgada – 5. Multa no concurso de crimes – 6. Unificação das penas – 7. Do crime aberrante: 7.1. *Aberratio ictus*; 7.2. Resultado diverso do pretendido; 8. Concurso de agentes; 9. Conclusões.

Antes de examinar a matéria proposta à análise – concurso de crimes e continuidade delitiva (em suas espécies, modalidades, características e teorias) – sob o ponto de vista dogmático e legal, impõe-se, por necessidade, fazer uma teoria geral a respeito do assunto. Desta maneira, o primeiro ponto a se explorar é uma teoria geral do *concursum delictorum*. Em seguida, cuidar-se-á do concurso formal, material e da continuidade delitiva, em suas particularidades. Adiante, ainda se apreciará um assunto correlato, o crime aberrante², bem como da unificação das

* Mestre em Direito Público (UFBA) e Especialista em Ciências Criminais (IELF/Juspodivm). Professor-coordenador do curso de Pós-graduação em Ciências Criminais da Unyahna/Juspodivm. Professor dos cursos de Pós-graduação da UFPA, da Fundação Faculdade de Direito da UFBA, Unifacs e IELF/Proomnis. Professor Assistente de Direito Penal da graduação da UFBA e da Unyahna. Advogado. Sócio Fundador e Diretor do IPAN. Membro da ABPCP. E-mail: gfoppel@terra.com.br. Site: www.gamilfoppel.adv.br.

1. Esta é uma reprodução sem alterações de conteúdo da prova-escrita do concurso público para Professor Assistente de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, a qual foi conferida pontuação máxima pela banca examinadora composta pelos Eminentíssimos Professores Doutores: Gérson Pereira dos Santos (UFBA – Presidente), Paulo José da Costa Jr. (USP/Roma) e João Gualberto Garcez Ramos (UFPR). O leitor deve ficar esclarecido, portanto, que se trata da reprodução de uma prova, daí porque, por vezes, não serão atendidas algumas formalidades, já que o escrito corresponde, com fidelidade, ao original.

2. Nomenclatura difundida no Brasil pelo Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., titular de cadeira no Largo de São Francisco e em Roma. O mencionado professor, autor de mais de trinta obras,

penas. Esclareça-se, *ab initio*, que a exposição contará com os aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais (inclusive súmulas dos tribunais superiores). Com o objetivo de tornar a exposição mais clara, ela será dividida em tópicos.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: DO *CONCURSUS DELICTORUM*

Inicialmente, forçoso é declarar a diferença existente entre o concurso de crimes (*concursum delictorum*), o concurso de pessoas (*concursum delinquentium*) e o conflito aparente de normas³ (*concursum normarum*). Com efeito, no concurso aparente de normas, há uma conduta, que se adequa a mais de um tipo penal. Em razão disto, em homenagem ao princípio do *non bis in idem* – impossibilidade de dupla punição pelo mesmo fato, só uma norma irá incidir. Sobre o assunto, malgrado exista forte e acentuado debate doutrinário, prevalecem três⁴ princípios: especialidade, subsidiariedade (que remete à clássica figura do “Soldado de Reserva”, como proposto por HUNGRIA)⁵ e consunção ou absorção.

No concurso de pessoas – *concursum delinquentium* – há uma infração que é perpetrada por duas ou mais pessoas. A despeito de não ser o objeto central desta exposição, reservamos espaço, em momento apropriado, para tratar, ainda que de maneira perfunctória, de tão intrigante assunto. Sobre ele, recomenda-se vivamente a leitura da tese do Prof. Dr. NILO BATISTA, recentemente re-publicada pela Editora Lumen Juris. Sobre os desafios atuais deste assunto, com ênfase na tormentosa e problemática cumplicidade através de ações neutras (ou ações cotidianas) imperioso é o registro à obra do Prof. LUIS GRECO – Cumplicidade através de ações neutras. O problema da imputação objetiva da participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O tema que aqui será tratado com maior cuidado se refere ao concurso de crimes e a continuidade delitiva, chamado de *concursum delictorum*. Neste caso, analisar-se-á que uma mesma pessoa pode cometer mais de um crime, devendo ser por todos os seus atos sancionada. Enquanto que, no concurso de pessoas, diversos

publicou os trabalhos Bala Perdida e Crime Aberrante, a respeito da matéria, termo este também aceito por BETTIOL.

3. Sobre o assunto, no Brasil, é obrigatória a leitura da tese para professor assistente da UFBA, de JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO. Destaca-se, ainda, a obra de MARCELO FORTES BARBOSA, professor da USP. Na Espanha, chamam a atenção as teses de ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS e CONTREIRO NICÁS. PUIG PEÑA prefere chamar o assunto de conflito de normas ou concurso de normas. Sobre isto, mencionaremos no momento oportuno.
4. OSCAR STEVENSON e ROGERIO GRECO ainda colocam um quarto: o da alternatividade, muito usado em tipos mistos alternativos. VICENTE SABINO, citado por JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO, adiciona um quinto princípio: o da lei mais extensa. Consoante advertência já feita (vide nota 02), o assunto será tratado no momento oportuno.
5. O Código Penal vigente só tratou de forma expressa do princípio da especialidade (artigo 12). O Projeto Nelson Hungria, no artigo 5º, tratava dos três. A este se opôs HELENO CLÁUDIO FRAGOSO. No Brasil, pois, os princípios da consunção e da subsidiariedade são implícitos. Sobre princípios implícitos, obrigatória a leitura de EROS GRAU.

agentes praticam um crime, no concurso de crimes, uma mesma pessoa pratica infrações diversas. Consigne-se, expressamente, como o fazem os germânicos CLAUS ROXIN e GÜNTHER JAKOBS, que podem coexistir os concursos de pessoas e crimes (pode haver existência simultânea de *concurso delinquentium* e *delictorum*), desde que, diversas pessoas em co-delinquência, pratiquem vários crimes.

ALDO Mouro, citado pelo emérito Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., advertia que pode haver pluralidade de normas e unidade de crimes (qual ocorre no concurso de tipos, na progressão criminosa, no crime complexo, bem como nos antefatos e pós-fatos não punidos); pluralidade de normas e pluralidade de condutas, como pluralidade de crimes (a exemplo do que ocorre no concurso material ou real); finalmente, pode haver uma conduta com mais de um resultado, com mais de um crime (como, *verbi gratia*, no concurso formal ou ideal).

1.1. Posição sistemática do *concursum delictorum*

Estabelecida a diferença entre *concursum normarum*, *concursum delinquentium* e *delictorum*, deve-se agora tratar da posição sistemática deste. PATRÍCIA METHÉ GLIOCHE BÉZE, professora da UERJ e presentante do Ministério Público no Estado do Rio de Janeiro, em sua Dissertação de Mestrado, com o título Concurso Formal e Crime Continuado (Renovar, 2003), sugere que o assunto – concurso de crimes – seja uma transição entre a Teoria Geral do Crime e a Teoria Geral da Pena (no particular, preferimos a denominação proposta pelo Prof. m. Dr. JORGE FIGUEIREDO DIAS, adotada pelo seu discípulo brasileiro e recém aprovado à cátedra da UFMG – FERNANDO FERNANDES, que defende que se deve chamar de teoria das conseqüências jurídicas do delito, haja vista que uma infração criminal encerra outras conseqüências que não exclusivamente a pena).

Observa-se que, no Brasil, o assunto do concurso de crimes foi tratado na teoria das conseqüências jurídicas do delito, haja vista que o regramento legal da matéria foi fixado, grosso modo, nos artigos 69 a 76 do Código Penal.

PAULO JOSÉ DA COSTA JR., em sua 8ª edição dos Comentários ao Código Penal (DPJ, 2005) informa que, na Itália, o assunto é tratado na Teoria Geral do Crime. No particular, defendemos que, efetivamente, o assunto deveria ser tratado em transição da teoria do crime para a teoria das conseqüências jurídicas, haja vista que o assunto se relaciona diretamente com o crime e a sua estrutura – trata de condutas, elemento subjetivo, nexos causal – mas repercute, decisivamente, na teoria das conseqüências jurídicas do delito. Se assim não fosse, sustentamos que, por coerência lógica, o assunto deveria ser tratado na teoria do crime, como fez na Itália. Com efeito, há outros assuntos, como o próprio concurso de pessoas, que repercutem nas penas e que foram fixados, entre nós, na teoria do crime.

Ultrapassada a análise da posição sistemática, cuide-se, nesse instante, do conjunto de critérios que rege a matéria.

1.2. Critérios de solução para o *concursum delictorum*

A doutrina mais abalizada (PAULO JOSÉ DA COSTA JR., LUIZ RÉGIS PRADO e PAULO QUEIROZ) apresenta quatro critérios para a solução do problema, a saber:

a) **Crítério do cúmulo material** – Neste caso, as penas são somadas para os diversos crimes. Vale, como salienta PAULO JOSÉ DA COSTA JR., a máxima *tot crimina quod poenae*. As sanções são aritmeticamente somadas, depois de haver, por ditame constitucional, a aplicação individualizada para cada um dos crimes. O Professor CEZAR ROBERTO BITENCOURT, no primeiro volume de seu Tratado (Saraiva, 2005) critica este critério, haja vista a possibilidade de haver penas muito altas pelo somatório. No Brasil, este foi o critério adotado para o concurso material (CP, art. 69). O Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JR., porém, esclarece que este critério foi adotado, entre nós, de forma temperada ou matizada, ante a existência do artigo 75 do código, que será abordado no momento adequado;

b) **Crítério da exasperação** – Este critério não soma as penas, porém não despreza uma pelas outras. Neste caso, toma-se uma das penas (a maior ou, se iguais, qualquer uma delas) e, em relação a esta pena, incide uma majoração, uma causa tarifada de aumento, é dizer, uma fração. No Brasil, este critério foi adotado para o concurso formal próprio (CP, art. 70, 1ª parte) e para a Continuidade delitiva (CP, art. 71). Esclareça-se que o concurso formal impróprio (CP, art. 70, parte final) segue a regra do cúmulo material;

c) **Cúmulo Jurídico** – Este critério não é usado no Brasil. Consiste na aplicação da pena por um cúmulo jurídico legal, diferente do cúmulo material;

d) **Absorção** – Neste caso, as penas mais graves absorvem as menos graves ou, no dizer de Hungria, *major absorbet minorem*. Chamando o gaúcho Cezar Bitencourt à colação, mais uma vez, tem-se que este critério é falho, pois deixaria impune uma gama de infrações. A mesma crítica é endereçada pelo Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, que adverte que tal critério traz consigo um “bill” de impunidade.

Vistos os critérios existentes e a opção do legislador, que, no Brasil, adotou o material (por somatório) de forma temperada e a exasperação, resta cuidar dos concursos de crimes e da continuidade delitiva.

2. DO CONCURSO MATERIAL OU REAL DE INFRAÇÕES

2.1. Considerações iniciais

O Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁶, adjunto da UFPR e pós-doutor pela Universidade de Saarland, Alemanha, adverte que a cumulação pode ser de três

6. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

espécies: sucessiva (como ocorre no concurso material), simultânea (a exemplo do concurso formal próprio)⁷ e continuada (crime continuado). Cuidaremos do assunto, assim, em separado: primeiro trataremos do concurso material, depois do concurso formal e, finalmente, da continuidade delitiva.

2.2. Pluralidade de condutas X Pluralidade de resultados: As diferenças entre condutas e ações, entre condutas e atos

No concurso material de infrações, há várias condutas que geram vários resultados, devendo-se proceder ao somatório das penas. O problema, neste passo, é, como adverte o Prof. Dr. MIGUEL REALE JÚNIOR⁸, diferenciar conduta de ato, ou, como sugere o Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, separar ações das ações típicas.

Com efeito. O concurso material é marcado pela pluralidade de condutas típicas com pluralidade de resultados, devendo-se fazer o somatório das penas. *Quid juris* se, em um roubo contra única vítima, no mesmo instante, o assaltante leva mais de um bem como, *ut upta*, o celular, o relógio e uma caneta de ouro?

Nesta hipótese avençada, é forçoso concluir que há crime único. Malgrado existam vários atos, é certo que aí houve um única infração. No particular, depreende-se que ocorreu apenas um crime, apenas uma conduta, composta por vários atos. Assim, com MIGUEL REALE JR., pode-se concluir que uma sem conduta pode ser composta por diversos atos, que, consoante PATRÍCIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE, são ligadas por unidade de escopo.

Vale registrar, ainda, a sempre cuidadosa e acurada análise do Prof. Dr. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Para ele, a distinção fica mais nítida se separarmos as ações das ações típicas. Segundo o ilustrado penalista e criminólogo⁹, uma ação típica pode ser composta por vários atos, por várias ações.

Assim, o concurso material deve ser entendido como pluralidade de ações típicas, a fim de evitar qualquer confusão com a pluralidade de ações, que, segundo REALE JR. e CIRINO, configuram crime único.

7. MARCELO FORTES BARBOSA, em sua tese de Doutorado, em 1976, preferia – o que faz de forma isolada – chamar o concurso formal de concurso real cumulativo de infrações.

8. Professor Titular de Direito Penal da USP. A este respeito consulte-se o seu “Instituições de Direito Penal”, Volume II. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

9. Apenas para esclarecer que estas disciplinas são diferentes. Segundo GARCIA-PABLOS DE MOLINA, a Criminologia é uma ciência do ser; o Direito Penal, do dever ser. Sobre Criminologia, imperiosa é a leitura de ALESSANDRO BARATTA (Criminologia Crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2001), sempre citado pelo Prof. Dr. GERSON PEREIRA DOS SANTOS em seus trabalhos. Coube a BARATTA a criação do novo modelo integral, evolução significativa quando comparada à Enciclopédia das Ciências Penais, formulada por LISZT.

2.3. Classificação do concurso material

Segundo a doutrina, o concurso material pode ser homogêneo (quando o sujeito pratica mais de uma vez o mesmo delito, como, *ut upta*, dois homicídios) ou heterogêneos (que tem lugar quando o sujeito pratica dois crimes diferentes, como, v.g., homicídio e estupro).

2.4. Regramento jurídico da matéria

O Código Penal tratou do assunto no artigo 69, consagrando, para o concurso material de infrações, a regra do cúmulo material, mitigada, como bem esclareceu o Prof. Dr. PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR.

Nos parágrafos do artigo 69, o código tratou da sua referência à diversidade de penas, no que tange às penas alternativas. Se, havendo concurso material, houver duas penas alternativas cabíveis, elas poderão ser executadas de forma simultânea ou sucessiva, desde que observados os critérios dos artigos 43, 44 e 69 do código. Se elas – as penas – forem incompatíveis, nos termos do artigo 69, parágrafo primeiro, não se aplicará a pena alternativa – sobre a qual, registre-se, houve uma Convenção Internacional, fixando as chamadas regras de Tóquio.

O concurso material, por certo, é a modalidade mais simples de concurso de crimes. Veja-se, neste instante, a modalidade do concurso formal de infrações.

3. DO CONCURSO FORMAL. PRIMEIRA ANÁLISE

O Código Penal tratou do concurso formal no artigo 70. Nesta hipótese, tem-se uma conduta que lesiona diferentes bens jurídicos, que gera, em verdade, resultados distintos e que podem ser ou não emanadas do mesmo desígnio. Cabe, pois, diferenciar o concurso formal do conflito aparente de normas, antes de enfrentar todas as particularidades do concurso formal (atendendo, pois, à nota feita supra, com o número 2 para o rodapé).

3.1. *Concursus normarum x concursus delictorum* (formal)

Há conflito aparente de normas penais¹⁰ quando uma mesma conduta encontra, *prima facie*, adequação típica em mais de um dispositivo penal. Neste caso, há tão somente uma ação típica, com um resultado lesivo a um bem jurídico e que, a despeito disso, encontra previsão legal em mais de um dispositivo. O exemplo clássico que se traz ao lume é a mãe puérpera que mata o próprio filho, durante o

10. Sobre o assunto, MERKEL. No Brasil, além da bibliografia já citada e indicada, imperiosa a análise de NELSON HUNGRIA e de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS. O assunto – *concursus normarum* – deve, como bem aponta ANÍBAL BRUNO – ser estudado na Teoria Geral da Norma Penal.

parto ou logo após. Observa-se que, nesta hipótese, há, em princípio, a incidência de dois tipos penais em abstrato, qual seja, o tipo penal de homicídio e o tipo penal de infanticídio.

Diz-se que neste caso o conflito é tão somente aparente¹¹ porque, em concreto, em respeito ao princípio do *non bis in idem*, apenas uma norma irá incidir. É intuitivo que uma pessoa não pode ser punida duas vezes pela prática de um mesmo fato. Assim, usam-se os princípios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção ou absorção. Veja-se, em breves linhas, o significado deles.¹²

a) Especialidade – Através deste princípio, chega-se à constatação que a norma especial afasta, no particular, a norma geral: *lex specialis derogat legi generali*. A norma especial possui todos os elementos da norma geral e ainda um *plus* diferenciador, um traço “especializante”. Na hipótese do conflito entre uma morte – que pode ser prevista no art. 121 e no art. 123, ambos do Código Penal – é facilmente constatável que a norma do art. 123 tem um critério, um traço a mais, qual seja, o fato de o sujeito passivo da infração ser o próprio filho, com o elemento normativo do tipo estado puerperal e, ainda, com observância ao elemento temporal: durante o parto ou logo após. Assim, pela especialidade, no conflito entre os arts. 121 e 123, é este que prevalece.

b) Subsidiariedade¹³ – Neste caso, uma norma funciona como “soldado de reserva” – parafraseando a expressão de HUNGRIA – de uma outra. Vale dizer: há crimes que ficam em estado de latência, que só vão incidir se o fato não constituir crime mais grave. A subsidiariedade pode ser expressa (quando enunciada em lei) ou tácita, quando se faz um comparativo entre as figuras típicas sem que as normas os enuncie. Existe subsidiariedade, pois, entre o crime de estupro e o de constrangimento ilegal. Neste caso, vale a máxima que a lei principal prevalece. A norma principal afasta a norma subsidiária.

11. MARCELO FORTES BARBOSA fala em concurso formal e em concurso real, que pode ser cumulativo ou não cumulativo.

12. Não se adentrará, aqui, na cizânia doutrinária a respeito da quantidade de princípios.

13. Polêmica também é a relação entre especialidade e subsidiariedade. GRISPINI chegou a dizer que a diferença era supérflua. No Brasil, sobre o assunto, deve-se registrar o escólio de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e de FLÁVIO AUGUSTO MONTEIRO DE BARROS. Este último propõe o seguinte critério, assim colocado graficamente.

Especialidade	Subsidiariedade
1) A norma especial prevalece, ainda que mais branda.	1) Prevalece a mais grave, sempre.
2) Há uma relação de gênero e grau.	2) Não há tal relação.
3) O conflito se resolve em abstrato.	3) O conflito se resolve em concreto.

c) Consunção ou absorção – *Lex consumens derogat legi consumptuae*. Este critério é usado quando, para a realização de um tipo, o sujeito ativo precise passar por um comportamento que também seja típico. Por exemplo, se alguém pretende roubar outrem, terá de empregar ou violência ou ameaça grave, que têm adequação típica, respectivamente, nos artigos 129 e 147, ambos do Código Penal. Aqui vale a máxima *major absorbet minorem*. Este princípio é muito usado no crime progressivo, na progressão criminosa e nos antefatos e pós-fatos não punidos.¹⁴

Assim, no conflito aparente de normas – abordado de forma perfunctória, pela limitação de tempo e pela pertinência temática – há uma conduta, que lesiona um bem e que se adequa a mais de um tipo penal. Neste caso, um precisa ser afastado. No *concursum delictorum*, na modalidade concurso formal, ao revés, tem-se que uma mesma conduta, uma mesma ação típica, provoca mais de um resultado. Neste caso, não há que se falar em *bis in idem* – fundamento que afasta a dupla punição no conflito aparente de normas. Assim, a depender do tipo de concurso formal (se próprio ou impróprio) as penas serão somadas ou sofrerão uma exasperação. Pode-se arrematar esta distinção invocando BETTIOL, que aduz que, no conflito de normas, há várias normas com resultado único; no concurso formal, há uma conduta com resultado plúrimo.

O que difere, pois, o conflito aparente do concurso formal é o número de resultados, o número de lesão a bens.

3.2. Classificação do concurso formal: concurso formal homogêneo e concurso formal heterogêneo

A distinção entre homogêneo e heterogêneo se refere à qualidade dos crimes que são perpetrados. Se forem os mesmos delitos, há concurso formal homogêneo. Se os delitos forem diferentes, será heterogêneo o concurso formal.

3.3. Diferença entre concurso material e formal

A distinção entre concurso formal e concurso material ou real reside no número de ações típicas. No concurso material, há pluralidade de ações típicas. No formal, apenas uma ação típica, com mais de um resultado. *E.g.*: atropelamento com óbito de duas pessoas. Aí há uma conduta típica e dois resultados.

14. Em regra, estes fatos não são punidos. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, com sua acuidade invulgar, observa que pode haver pós-fatos co-punidos como, v.g., a venda a terceiro de boa-fé de mercadoria que anteriormente fora furtada. Deve-se diferenciar o crime progressivo da progressão criminosa porque nesta há mudança do elemento volitivo que orientou o agente ao início; naquele, não há mudança. Desde o início que o sujeito ativo quer apenas um resultado, sendo necessários atos que são típicos.

3.4. Tratamento jurídico do concurso formal ou ideal de crimes. Concurso formal próprio (também chamado de perfeito) e concurso formal impróprio (ou imperfeito)

Viu-se que o concurso formal difere do material pela quantidade de condutas. Releva notar, porém, que o concurso formal – diferentemente do material – tem uma outra classificação, que é lastreada na unidade ou pluralidade de desígnios. Com efeito, fala-se em concurso formal próprio se houver desígnio único e em concurso formal impróprio se houver desígnios autônomos. Veja-se.

Pode ocorrer que, com um único comportamento, que deriva de uma vontade única, o agente lesione dois ou mais sujeitos, provoque dois ou mais resultados. Imagine-se, v.g., a conduta daquele que pretende tão somente causar um dano material e que, arremessando uma pedra contra o carro, quebre a vidraça e produza ferimentos numa pessoa que estava dentro do veículo e que, pelo uso de película solar, não poderia ser vista. Neste caso, temos uma ação, com elemento subjetivo único, que gera dois eventos: lesão corporal e dano. Como o dolo foi de danificar, exclusivamente, vislumbra-se, em *aberratio delicti*, um concurso formal próprio ou perfeito.

Haverá, porém, concurso formal impróprio ou imperfeito quando os diversos resultados, provocados por ação única, se prenderem a elementos subjetivos distintos, é dizer, a desígnios autônomos, a vontades diferentes. Neste caso, veja-se o exemplo. O sujeito “A” quer matar “B” e “C”, seus inimigos, colocando uma bomba no escritório que “B” e “C” dividem. Assim agindo, “A” produziu dois resultados¹⁵, com apenas uma conduta, presa a vontades diferentes.

Desta maneira, neste ponto, pode-se arrematar que:

a) A diferença entre o concurso formal próprio e impróprio reside no número de vontades, na quantidade de desígnios. No impróprio, há desígnios autônomos; no próprio, existe unidade de desígnio.

b) A diferença entre o concurso formal e o material está na quantidade de condutas: no material, há pluralidade; no formal, unidade.

Feito o paralelo entre o concurso formal próprio e o concurso formal impróprio, veja-se, agora, o tratamento jurídico da matéria.

15. Neste passo, importante lembrar da figura do dolo de segundo grau ou necessário, como proposto por BASILEU GARCIA. Assim, quem coloca uma bomba em um avião e a detona, com a intenção de matar o passageiro “A”, agiu com dolo direto de primeiro grau em relação a “A” e com dolo direto de segundo grau com relação a todos os demais passageiros. Neste caso, é flagrante a existência de concurso formal.

3.4.1. Do concurso formal impróprio. Tratamento jurídico

No concurso formal impróprio ou imperfeito, consoante já demonstrado, há uma conduta, com mais de um resultado, atrelado a diferentes desígnios, a diferentes vontades. Esta modalidade foi prevista no art. 70, *caput*, parte final, do Código Penal.

Veja-se que este concurso em muito se aproxima do concurso material. Poder-se-ia definir, inclusive, como “um concurso que se aproxima da idéia de cúmulo material, com economia de golpes”.

Para o concurso formal impróprio, outra solução não resta senão o somatório de penas. Com efeito, o código menciona que, em casos tais, as penas se aplicam cumulativamente. Vale dizer, o código consagrou, no concurso formal impróprio, a regra do cúmulo material, empregada para o concurso material de infrações.

Assim, se um carrasco colocar cinquenta pessoas numa câmara de gás letal e, em seguida, há um único comportamento, preso a vários (cinquenta) elementos volitivos. Neste caso, as penas, pelos homicídios, serão somadas, o que, no exemplo lançado, corresponde a cinquenta vezes a prática de homicídio.

Desta forma, se haver pluralidade de resultados derivados de múltiplos desígnios, as penas seriam somadas, quer seja mediante única conduta (concurso formal próprio) quer seja por múltiplas condutas (concurso material).

3.4.2. Do concurso formal próprio. Tratamento jurídico

Pode ocorrer, porém, conforme já evidenciado, que o concurso formal derive de uma única vontade, de um único desígnio. Neste caso, o critério legal a ser usado é o do *caput* do art. 70, 1ª figura, do Código Penal, qual seja, o critério da exasperação.

Assim, imagine-se que “A”, sujeito, queira matar “B”. O único projétil disparado por “A” acerta “C” e, transpondo o cadáver, ainda atinge “B”. Neste caso, é patente e evidente a existência de elemento subjetivo único, presente, pois, o concurso formal próprio de infrações.

Da análise do art. 70, *caput*, primeira parte, do Código Penal, conclui-se, com facilidade, que se trata de uma causa de aumento de pena¹⁶. Neste caso, toma-se a pena maior ou, se idêntica, qualquer uma delas, aumentada de um sexto à metade.

16. Usada, pois, na terceira fase da dosimetria da pena, em conformidade com o método trifásico, proposto por HUNGRIA. Aqui, imperioso é que se faça menção à obra de PAGANELLA BOSCHI, com o título “Das penas e seus critérios de aplicação”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROGÉRIO GRECO, penalista mineiro, aduz que a variação da tarifação (entre um sexto e a metade) deve levar em conta a quantidade de lesões. Propõe ele o seguinte quadro:

Número de lesões	Fração de aumento
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6 ou mais	1/2

Registre-se, ainda, que jamais, em se tratando de exasperação, se pode ultrapassar o que seria correspondente ao somatório das penas. Trata-se da chamada regra benéfica do concurso material, válida para o concurso formal próprio e para o crime continuado. Dito mais claramente: nestas duas hipóteses, a exasperação – criada em benefício do réu – jamais pode superar o somatório das penas. É dizer, cabe ao juiz fazer uma projeção: a maior pena aplicável pela exasperação no concurso formal próprio e na continuidade delitiva é aquela que seria correspondente ao somatório.¹⁷

Analisados os concursos de crimes – material e formal – cumpre-nos apreciar a continuidade delitiva.

4. DO CRIME CONTINUADO. CONSIDERAÇÕES PRIMEIRAS

Sobre a continuidade delitiva, é farta e vasta a bibliografia nacional. A obra definitiva, porém já esgotada, é a do Prof. Dr. MANOEL PEDRO PIMENTEL, das Arcadas Franciscanas. Dignos de nota são também os trabalhos de NEY FAYET JÚNIOR e ALCIDES MUÑOZ NETO, bem como a dissertação de mestrado da Prof.^a Dr.^a PATRÍCIA GLIOCHE BÉZE. Antes de analisarmos o instituto, cumpre fazer um brevíssimo esboço histórico.

4.1. Crime continuado. Evolução histórica

Aponta-se a origem do crime continuado no século XIV, por obra de BALDO DE UBALDIS. A tese ganhou maior notoriedade, porém, a partir da contribuição de BARTOLO DE SASSOFERRATO. Na Itália, ganhou destaque no Código de Zanardelli, em 1889. No Brasil, há registro no Código do Império de 1890 e, ainda, na

17. No particular, consultar FREDERICO MARQUES. *Instituições de Direito Penal*. Atualizada por ANTÔNIO MARIZ DE OLIVEIRA e GUILHERME DE SOUZA NUCCI. Campinas: Bookseller. Vide ainda, QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

Consolidação de Leis Piragibe (que lhe cobrava a existência de elemento subjetivo, consoante apreciação a ser feita no momento oportuno).

O crime continuado surgiu para evitar penas muito altas, por vezes cruéis e infamantes, para a hipótese de o sujeito tratar de cometer vários delitos. O assunto é muito bem apreciado por MANOEL PEDRO PIMENTEL em obra específica. Trata-se o crime continuado de um tratamento mais brando a condutas que, se não existisse o instituto, seriam tratadas como crime em concurso material. Com o crime continuado, consideram-se várias condutas como se única fosse, apreciando o “conjunto da obra”.

Com esta breve introdução, passemos a analisar a natureza jurídica do crime continuado.

4.2. Crime continuado. Natureza jurídica

Segundo CARRARA, o crime continuado resulta de uma ficção. Em essência, a continuidade delitiva seria uma hipótese de concurso material. Dispensa-lhe um tratamento mais brando pela presença de certos elementos. É uma ficção que leva ao tratamento como unitário de condutas delituosas distintas.

Assim, em países árabes, o sujeito tem a mão decepada depois da condenação pelo terceiro furto. Se olharmos os três furtos como um, com os atos posteriores sendo, considerados desdobramento do primeiro, aplicar-se-á a pena pelo conjunto, evitando-se, destarte, a mutilação. Esta – a ficção – a opção do legislador pátrio.

Poder-se-ia ainda falar do crime continuado ainda como se fosse uma realidade jurídica ou realidade em seus próprios termos. Para estes doutrinadores – defensores da tese – existe uma entidade real chamada crime continuado, que difere, do ponto de vista ôntico, do concurso material. Logicamente, esta teoria, que propugna ser real a natureza jurídica do crime continuado, não pode prevalecer. O crime continuado é, uma realidade, uma pluralidade de atos, tomada como crime único por ficção legal.

Exposta a natureza, cumpre observar sua teoria.

4.3. Teorias a respeito do crime continuado

A primeira teoria que visou a explicar o crime continuado propõe uma análise puramente objetiva. Segundo MANOEL PEDRO PIMENTEL, é a teoria que vigora na Alemanha. Sua construção se deve a FEUERBACH. No Brasil, adotou-se por expresso à teoria objetiva, máxime diante da redação do item 59 da EGM (Exposição Geral de Motivos). Assim, tomam-se em consideração tão somente elementos objetivos sem considerar elementos subjetivos. Vale dizer: não se cobra unidade de elemento subjetivo, não se exige que o sujeito projete mentalmente a intenção de praticar

crime único. Assim, se a cada dia uma empregada doméstica, por exemplo, furta dinheiro de casa, deve-se-lhe reconhecer a continuidade delitiva, ainda que ela não tenha projetado, em mente, um crime único.

A teoria subjetiva, segundo o escólio de PAULO JOSÉ COSTA JR., vigora na Itália. No Brasil, o maior defensor da teoria é o Prof. JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. Para estes teóricos, que influenciaram, a Consolidação de Leis Piragibe¹⁸, deve-se cobrar, no crime continuado, a presença de elemento subjetivo. É dizer: para além da existência de elementos semelhantes de natureza objetiva, dever-se-ia cobrar a existência de vontade voltada a um fim único e específico. Assim, retornando ao exemplo supra, da empregada doméstica que furta as coisas de sua “patroa”, dever-se-ia cobrar da empregada uma única vontade, como se, por exemplo, ela pensasse em furta um mil reais em cem vezes de dez reais cada. A favor desta tese, o argumento de que em Direito Penal o elemento subjetivo é imprescindível, irrenunciável.

Finalmente, ainda há uma teoria mista, híbrida ou eclética, que funde os elementos objetivos e subjetivos, chamada de objetiva-subjetiva, que não é aceita no Brasil.

Assim sendo, a natureza jurídica do crime continuado é de ficção e a teoria que o rege é a objetiva. Passa-se, agora, à análise dos seus elementos.

4.4. Dos elementos da continuidade delitiva

O crime continuado vem regido pelo art. 71 do código. Consoante já assinalado, não se cobra a unidade de elemento subjetivo. Veja-se, pois, cada um dos elementos, escandindo o art. 71 do Código Penal.

4.4.1. Mais de uma ação ou omissão

É pressuposto do crime continuado que exista mais de uma conduta. Conduta única com produção de mais de um resultado seria crime em concurso formal.

4.4.2. Crimes da mesma espécie

Aqui está uma das maiores problemáticas do crime continuado: definir o que são crimes da mesma espécie. Parte da doutrina defende que crimes da mesma espécie são os previstos necessariamente no mesmo tipo penal, podendo, porém, haver continuidade delitiva entre o tipo simples e os derivados (qualificado e privilegiado). Não aceitamos tal tese, que na verdade confunde “crimes da mesma espécie” com crimes idênticos. No particular, seguimos a lição do Prof. Dr. PAULO

18. Que perdurou durante 13 anos. De 1927 a 1940.

JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, secundado por Prof. Dr. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO e por PAULO QUEIROZ, que já encontra, inclusive, eco no Superior Tribunal de Justiça, em voto de lavra do então Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (6ª Turma). Para esta corrente, crimes da mesma espécie não são necessariamente previstos no mesmo tipo. São aqueles que, em verdade, lesionam bens semelhantes com condutas similares. Assim, LUIZ VICENTE CERNICCHIARO entendeu haver continuidade delitiva entre o roubo (art. 157) e a extorsão (art. 158), desde que respeitadas as condições do art. 71. No STF, porém, prevalece a tese de que crime continuado só pode haver se a previsão for do mesmo tipo penal.

4.4.3. *Circunstância de tempo*

A doutrina aponta que entre um ato e outro não pode haver prazo superior a trinta dias. Aqui, invocando passagem de HUNGRIA a respeito da ilicitude, deve-se mencionar que, também neste caso, não pode haver rigor de balança de farmácia. Pequenas oscilações superiores aos 30 dias são toleradas.¹⁹

4.4.4. *Circunstância de lugar*

Entende-se que os diversos atos devem ser praticados na mesma cidade. Mais uma vez, recomenda-se cautela e os tribunais já aceitam a tese mesmo quando se tratar de fatos praticados em cidades distintas, conurbadas.

4.4.5. *Circunstâncias de modo*

Deve haver semelhança no *modus operandi* do infrator.

Presentes todas estas condições, objetivamente, tem lugar a ficção jurídica do crime continuado, com natureza jurídica de ficção e regido pela teoria objetiva. Trata-se de uma causa de aumento de pena (que, a despeito de ser de aumento, dá tratamento mais brando que o concurso material). Para o crime continuado, aplica-se a tese de exasperação, com a mesma vedação que o crime em concurso formal próprio, vale dizer, aplica-se a regra benéfica do concurso material, ou seja, a pena exasperada jamais poderá ultrapassar o correspondente ao somatório, máxime porque se trata de instituto para beneficiar o réu.

Expostas as circunstâncias do crime continuado, veja-se a problemática questão do crime continuado específico.

19. Fora daí, haveria apenas reiteração criminosa, não continuidade delitiva. Não se confunda crime continuado com crime habitual, que é aquele que só se consuma se houver reiteração de atos, e que, por isso, não aceita o *conatus*. Também não se confunde crime continuado com crime permanente, aquele cuja consumação se protraí no tempo por interesse do sujeito ativo.

4.5. Do crime continuado específico

Na década de 80, um caso ganhou repercussão nacional, conhecido como episódio Lu e Malu. Era um casal carioca e que Lu, o companheiro, tinha ciúmes do passado de sua companheira Malu. Para acabar com o problema, resolveram, em co-delinquência, que matariam todos os ex-amantes de Malu. Questiona-se: poder-se-ia invocar a tese de continuidade delitiva?

O STF chegou a editar a Súmula 605, que dispõe que não se aceita continuidade delitiva nos crimes dolosos contra as pessoas. Em 1984, porém, o art. 71 ganhou um parágrafo único, dispondo que, nos crimes violentos, praticados contra vítimas diferentes, observadas as condições de culpabilidade²⁰, antecedentes, conduta social e personalidade do indivíduo, **poderá** o juiz²¹ aplicar a pena de um só dos crimes aumentada até o triplo. Assim, com a reforma de 1984, poder-se-ia invocar a tese do crime continuado para “serial killers” como os de Vigário Geral.

Assim sendo, para o crime continuado específico, exigem-se os requisitos do 71 e mais que haja violência ou ameaça contra vítimas distintas. E aí se indaga: e se a vítima for a mesma? No particular, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, estamos com CEZAR ROBERTO BITENCOURT. Se a vítima for a mesma, fica afastada a regra do parágrafo único do 71, mas remanesce, por subsidiariedade, a forma do *caput*.

Visto o crime continuado específico, cuide-se agora de outro tema relevante: crime continuado e prescrição.

4.6. Crime continuado e prescrição

Na continuidade delitiva, por força do art. 119 do código e em razão da Súmula 497 do Supremo Tribunal Federal, haverá extinção da punibilidade de ato por ato, desprezando-se o acréscimo de continuidade delitiva. Isto porque o crime continuado, criado para beneficiar o réu, não pode ser usado em seu desfavor. A doutrina ainda usa esta súmula por empréstimo – como faz ADA PELEGRINI GRINOVER, titular de cadeira da USP – para justificar o acréscimo da continuidade delitiva não pode ser retomado em efeito para afastar a incidência dos juizados especiais criminais, nos crimes de menor potencial ofensivo, com redação dada pela Lei 10259/01²², que considera desta espécie as infrações com penas **máximas** iguais ou inferiores a dois anos.

20. Sobre o assunto, é obrigatória a leitura de CLAUS ROXIN, a demonstrar a tríplice dimensão da culpabilidade.

21. Entendemos, com DELMANTO, que a expressão deve ser lida como “terá de” por se tratar de direito subjetivo do réu. É a interpretação mais garantista, consentânea com o movimento inaugurado por FERRAJOLI.

22. O STJ já reconheceu sua aplicabilidade aos crimes da justiça estadual.

4.7. Crime continuado e sucessão de leis penais

Por força da Súmula 711 do STF, editada em 24.09.03, aplica-se a lei mais nova ao crime continuado e permanente de forma imediata, sem que isto represente violação à legalidade estrita.

4.8. Crime continuado e coisa julgada

Se houver novos fatos praticados pelo réu se que se tenham sido objeto de denúncia, ela deve sofrer um aditamento objetivo, haja vista a conexão processual. Se, porém, o fato for descoberto depois do trânsito em julgado de sentença, após a condenação por este novo fato, cabe ao juiz de execuções, no dizer de MANOEL PEDRO PIMENTEL, unificar as penas.

Encerrada a análise do crime continuado, cuidaremos de assuntos ligados ao ponto central deste trabalho.

5. MULTA NO CONCURSO DE CRIMES

No concurso de crimes, para a multa, o critério é apenas um: o do somatório das infrações. Para o crime continuado, entendemos, com PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR, que as multas não serão somadas, haja vista se tratar de crime único e não concurso de crimes.

6. UNIFICAÇÃO DAS PENAS

As penas devem ser unificadas em conformidade com o art. 75 do Código Penal, sendo o seu máximo limite, para cumprimento, em 30 anos, limite este que só é válido para o cumprimento e não para os incidentes de execução, em conformidade com a Súmula 715 do STF, editada em 24.09.03.

Se houver a prática de novo crime após o início de execução de pena, deve ser feita nova unificação, com outro prazo máximo de trinta anos. Por força do artigo 76, as penas mais graves são executadas primeiro.

7. DO CRIME ABERRANTE

O crime aberrante é previsto nos arts. 73 e 74. Em breves linhas, eles significam que:

7.1. *Aberratio ictus*

Neste caso, os bens não são iguais. Não se confunde com erro accidental quanto à pessoa, muito embora ambos sejam regidos pela teoria da ficção (levam-se em consideração as qualidades da pessoa visada, não daquele que foi efetivamente atingida). No erro quanto à pessoa, o agente supõe que uma pessoa é outra. No erro

na execução, o agente sabe exatamente quem é a sua vítima, atira e acerta pessoa distinta. Se, no erro na execução, forem atingidas as duas pessoas, há concurso ideal próprio de infrações, nos termos do artigo 73 do código.

7.2. Resultado diverso do pretendido

Neste caso, há um erro na execução, porém o agente lesiona bem diverso do que pretendia lesionar. Assim, ele pode querer lesionar uma coisa e atinge uma pessoa. Neste caso, é punido pelo crime culposo quanto à pessoa. Se o inverso ocorrer, quer acertar uma pessoa e acerta uma coisa, o sujeito não pode ser punido por crime culposo contra a coisa, haja vista a inexistência de crime culposo de dano. Restaria a possibilidade de punição pela tentativa de crime contra a pessoa, na modalidade inculpa. Na *aberratio delicti*, prevista no artigo 74, se os dois bens forem lesionados, haverá, respeitada a legalidade, concurso formal de infrações.

Encerrada a análise do crime continuado e do concurso de crimes, faremos, brevemente considerações acerca do *concursum delinquentium*, consoante a advertência que fizemos à fl. 02.

8. CONCURSO DE AGENTES

O concurso de agentes – *concursum delinquentium* – é regido no Brasil, parafraseando JOÃO MESTIERI, pela teoria monista ou unitária do concurso de pessoas²³, que tem quatro elementos:

- a) Unidade infrações;
- b) Relevância causal de cada comportamento²⁴;
- c) Vínculo subjetivo, não necessariamente prévio;
- d) Pluralidade de agentes.

Em razão de não haver tempo suficiente para discorrermos ainda mais sobre este assunto, remetemos o leitor à bibliografia indicada.²⁵

23. Mitigada por dois motivos: primeiro, porque a identidade de infração não representa unidade de pena, pelo preceito constitucional da individualização da pena e pela regra do *caput* do art. 29. Era o que LATAGLIATA chamava de síntese dialética. Ou seja, havendo vários co-delinquentes, eles respondem pelo mesmo crime, com penas distintas. Em segundo lugar, a adoção foi mitigada porque há dispositivos na parte especial que cindem a unidade de crime. Assim, no abortamento provocado por terceiro com o consentimento da gestante, bem como nos crimes de corrupção ativa e passiva. Sobre os crimes funcionais, recomenda-se a leitura de PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR e ANTÔNIO PAGLIARO.

24. Segundo NILO BATISTA, o concurso de pessoas não pode se resumir à causalidade.

25. BATISTA, Nilo. *Do concurso de agentes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*. São Paulo: DPJ, 2005.

SANTOS, Gérson Pereira. *Inovações na Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 1986.

9. CONCLUSÕES

À vista de tudo quanto foi exposto no ponto central, podemos concluir que:

- 1) *Concursus delictorum* (concurso de crimes) não se confunde com *concursus delinquentium* (concurso de pessoas) e nem com *concursus normarum* (conflito aparente de normas);
- 2) O *concursus delictorum* deve estar numa região transitória entre a teoria do crime e a teoria das conseqüências jurídicas do delito. Se assim não for, a matéria deve ser tratada, como na Itália, na teoria do crime, e não como se fez no Brasil;
- 3) No Brasil, adotaram-se dois critérios para o *concursus delictorum*, quais sejam, o cúmulo material temperado (para o concurso material e o concurso formal impróprio) e o da exasperação (para o concurso formal próprio e o crime continuado). Nestas hipóteses, deve-se atentar para a regra benéfica do concurso material;
- 4) No crime em concurso material, não se pode confundir conduta com ato, nem ação com ação típica, nem ação com conduta;
- 5) O concurso formal difere do material pelo número de condutas;
- 6) O concurso formal difere do conflito aparente pelo número de lesões a bens jurídicos, pelo número de resultados;
- 7) O concurso formal próprio difere do impróprio pela quantidade de desígnios;
- 8) O crime continuado é uma ficção regida pela teoria objetiva;
- 9) Aceita-se continuidade delitiva nos crimes violentos;
- 10) A expressão “mesma espécie”, no crime continuado, não é sinônima de crime idêntico. Por mesma espécie entende-se crimes que lesionam o mesmo bem de forma semelhante.