



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 8

DIREITO PENAL

COORDENAÇÃO DO TOMO 8

Christiano Jorge Santos

PUCSP

São Paulo

2020

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUC-SP
DIREITO PENAL

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO PENAL | ISBN 978-65-990464-3-8

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo VIII (recurso eletrônico)
: direito penal / coord. Christiano Jorge Santos - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020
Recurso eletrônico World Wide Web
Bibliografia.
O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CONCURSO DE CRIMES

Everton Luiz Zanella

INTRODUÇÃO

Haverá concurso de crimes quando uma pessoa, mediante uma ou mais condutas, cometer duas ou mais infrações penais que estejam ligadas entre si.

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt:

“O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma pena aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de concursos de crimes”.¹

Devemos observar, portanto, que sempre que houver um concurso de crimes o agente responderá por todos eles, conforme critérios de aplicação de pena estabelecidos na legislação penal, não se confundindo esta hipótese com as situações relacionadas ao princípio da consunção, nas quais, “embora as condutas se amoldem em mais de um tipo penal, o agente só responde por um delito, ficando os demais absorvidos, quer por se tratar de crime-meio, que por ser considerado *post factum impunível*.”²⁻³

O Código Penal prevê três modalidades de concurso de crimes: concurso material, concurso formal e crime continuado.

¹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.1, p. 679.

² ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*, p. 567.

³ Citamos como exemplo de aplicação do princípio da consunção: o agente que arromba uma porta para subtrair o bem responde **somente** por furto qualificado (art. 155, § 4º, I, do Código Penal), ficando o dano (art. 163) absorvido por ser crime-meio; ao agente que usa o documento público por ele falsificado será atribuído **tão apenas** o crime do art. 297 do Código Penal, vez que o uso de documento falso (art. 304) é um fato posterior não punível. Portanto, nestes casos **não haverá concursos de crimes**.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Sistemas de aplicação da pena	3
2. Espécies de concurso de crimes	4
2.1. Concurso material	4
2.2. Concurso formal.....	6
2.2.1. Concurso formal próprio (ou perfeito)	6
2.2.2. Concurso formal impróprio (ou imperfeito).....	7
2.2.3. Aplicação do concurso formal próprio às hipóteses de erro com resultado duplo	8
2.2.4. Concurso material benéfico.....	9
2.3. Crime continuado	9
3. Aplicação da multa no concurso de crimes.....	12
4. Concurso de crimes e as causas extintivas da punibilidade.....	13
5. Concurso de crimes e a suspensão condicional do processo.....	13
6. Unificação das penas na execução penal	14
7. Incidência de duas espécies de concurso de crimes	15
Referências	16

1. SISTEMAS DE APLICAÇÃO DA PENA

Sempre que existir concurso entre duas ou mais infrações penais, haverá, por conseguinte, concurso de penas. Diversos podem ser os sistemas para aplicação da sanção penal nestas hipóteses:

(a) *Sistema do cúmulo material*: é a simples soma aritmética das penas dos respectivos crimes. O Juiz aplica a pena de cada uma das infrações isoladamente e então as soma, totalizando-se a pena final. Esse sistema é utilizado, no ordenamento jurídico

brasileiro, para o concurso material (art. 69 do Código Penal), para o concurso formal impróprio (art. 70, *caput*, 2ª parte, do Código Penal) e para o concurso das penas de multa (art. 72 do Código Penal).

(b) *Sistema de exasperação*: consiste na aplicação da pena do crime mais grave praticado pelo agente, acrescida de uma majorante (fração) prevista em lei. Esse sistema é estabelecido para o concurso forma próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte, do Código Penal) e para o crime continuado (art. 71 do Código Penal).

2. ESPÉCIES DE CONCURSO DE CRIMES

2.1. Concurso material

A primeira espécie de concurso de crimes prevista no Código Penal é o concurso material, em seu art. 69: “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido”.

Assim, o concurso material estará presente quando o agente praticar **duas ou mais condutas** (comissivas ou omissivas) que deem origem a dois ou mais crimes, idênticos ou não. A consequência desta espécie de concurso é a **soma das penas** (sistema do cúmulo material).

O concurso material é dividido pela doutrina em concurso material homogêneo e heterogêneo.

O homogêneo é aquele no qual as duas ou mais ações ou omissões resultam em crimes idênticos. Exemplo: o agente efetua disparos de fogo contra “A” e posteriormente contra “B”, praticando, então, dois homicídios.

O heterogêneo, por seu turno, caracteriza-se pelo cometimento de duas ou mais ações ou omissões que deem azo a crimes distintos. Exemplo: O agente traz consigo porções de cocaína para venda e porta uma arma de fogo sem autorização legal ou regulamentar. Estará incurso, assim, nos delitos de tráfico de drogas (art. 33 da Lei 11.343/2006) e porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei 10.826/2003).

O concurso material homogêneo diferencia-se, portanto, do heterogêneo simplesmente pelo fato de que no primeiro há dois os mais crimes da mesma natureza

(mesmo tipo penal) e no segundo há dois ou mais crimes distintos (tipos penais diferentes). Contudo, a consequência de ambos é a mesma: **somatório das penas** previstas para as condutas delitivas. Desta forma, no primeiro exemplo (concurso material homogêneo) o agente responderá por duplo homicídio, sendo a ele aplicadas duas penas que variam de 6 a 20 anos (se o homicídio for simples) ou 12 a 30 (se for qualificado); e no segundo exemplo o Juiz aplicará o preceito secundário do delito de tráfico de drogas (5 a 15 anos de reclusão) somado ao preceito secundário do delito de porte ilegal de arma de fogo (2 a 4 anos de reclusão), totalizando-se, se inexistente algum redutor de pena,⁴ uma sanção de 7 a 19 anos de reclusão.

No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e detenção, aplica-se primeiro a reclusão, depois a de detenção (art. 69, parte final, do Código Penal). Isso justifica-se pelo fato de que a pena de reclusão é mais grave, admitindo, em tese, a fixação de regime fechado, diferentemente da pena de detenção, para a qual é cabível, no máximo, regime semiaberto. Pelo mesmo motivo, havendo concurso entre crime (pena de reclusão ou detenção) e contravenção penal (pena de prisão simples), será executada primeiramente a pena do crime (art. 76 do Código Penal).

Nos termos do art. 69, § 1º, do Código Penal, se a um dos crimes for aplicada pena privativa de liberdade, o Juiz não poderá aplicar pena restritiva de direito⁵ para o outro (ou outros), salvo se ele conceder a suspensão condicional da pena privativa de liberdade (*sursis*). A razão da norma é a incompatibilidade de execução simultânea de uma pena de prisão com uma pena restritiva de direito.

Para Cleber Masson, se a pena privativa de liberdade for fixada em regime aberto de cumprimento, ela poderá, por uma questão lógica, ser cumprida em simultaneidade a uma pena restritiva de direito, já que não haveria, aqui, nenhuma incompatibilidade.⁶

Consoante § 2º do art. 69 do Código Penal, se o Juiz aplicar duas ou mais penas restritivas de direito (uma pena restritiva de direito para cada crime), elas serão cumpridas simultaneamente se existir compatibilidade entre elas (exemplo: limitação de finais de

⁴ O crime do art. 33 da Lei de Drogas prevê redução de pena de 1/6 a 2/3 se o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedique com frequência a atividades criminosas nem integre organização criminosa (art. 33, § 4º).

⁵ A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito é prevista no art. 44 do Código Penal, sendo cabível quando presentes os requisitos ali previstos.

⁶ MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*, p. 718.

semana mais prestação pecuniária) ou sucessivamente quando incompatíveis entre si (exemplo: duas prestações de serviços à comunidade com incompatibilidade de horários de cumprimento).

2.2. Concurso formal

Consoante art. 70 do Código Penal, haverá concurso formal quando “o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não”. Desta feita, há **conduta única**,⁷ mas multiplicidade de resultados (dois ou mais crimes).

A depender do elemento subjetivo da conduta e da finalidade em se alcançar ou não os resultados, o Código Penal estabelece duas possíveis consequências para o concurso formal: o critério de exasperação das penas, ou seja, a aplicação de somente uma delas aumentada de uma fração (art. 70, *caput*, primeira parte); ou o critério de cumulação (art. 70, *caput*, parte final). Em razão disso, a doutrina divide o concurso formal em próprio (ou perfeito) e impróprio (ou imperfeito).

2.2.1. Concurso formal próprio (ou perfeito)

O concurso formal próprio é aquele no qual o agente pratica uma só ação que culmina em dois ou mais resultados que **não são almejados** pelo agente. Estará ele caracterizado tanto quando a ação ou omissão for culposa (quem age com culpa não visa ao resultado ou resultados ocorridos) como quando a ação ou omissão for dolosa, mas não for intenção do agente a provocação de mais de um resultado (agente quer cometer apenas um crime, porém a conduta causa outro ou outros, como no exemplo em que “A” dispara contra “B”, mas o projétil transpassa o corpo deste e também acerta “C”).

⁷ Observar que conduta única não significa necessariamente um único ato. Ora, a conduta única pode ser desdobrada em uma pluralidade de atos dentro de um mesmo contexto, como num homicídio no qual o agente dispara várias vezes contra a vítima, ou num crime de lesão corporal no qual seu autor desfere alguns golpes contra o ofendido. Em ambos os casos, há uma pluralidade de atos sequenciais, porém **há conduta única com resultado único** (uma morte; uma lesão corporal) e portanto **crime único** (e não concurso de crimes). Se a conduta única, desdobrada em atos, gerar dois ou mais resultados, teremos então o **concurso formal**, como no caso de o agente ingressar num ônibus e, mediante grave ameaça, subtrair o patrimônio dos passageiros. Nesta última hipótese, há **uma só conduta, desdobrada em vários atos** (agente aborda diversas pessoas num mesmo contexto fático), que acarreta em **vários resultados** (subtrações). Neste sentido: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 474.

A consequência do concurso formal próprio é a **exasperação das penas**: o Juiz aplica uma só delas com um aumento legal, pré-fixado.

O concurso formal próprio pode ser homogêneo (conduta única que gera dois resultados iguais) ou heterogêneo (conduta única que acarreta em resultados e crimes distintos).

Será homogêneo quando a conduta única resultar em dois ou mais crimes idênticos. Exemplo: o agente imprudentemente ultrapassa o semáforo vermelho e atropela duas pessoas, causando lesões corporais em ambas. Neste caso, responderá ele por dois delitos de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor, conforme art. 303 da Lei 9.503/1997. A consequência legal será a aplicação de uma só pena, aumentada de um sexto (1/6) até metade (1/2).

De outro vértice, o concurso formal próprio será heterogêneo se os delitos forem distintos. Considere-se a mesma conduta imprudente do exemplo acima, mas que cause resultados diversos: morte de um dos pedestres e ferimentos no outro. Estaremos diante, então, de um homicídio culposo e uma lesão culposa no trânsito, respectivamente tipificados nos arts. 302 e 303 da Lei 9.503/1997. A consequência será a aplicação da pena do crime **mais grave** (no exemplo dado, a do homicídio culposo), aumentada de um sexto (1/6) até metade (1/2).

2.2.2. Concurso formal impróprio (ou imperfeito)

Está previsto na parte final do art. 70, caput, do Código Penal. O concurso formal será impróprio quando a ação única do agente for **dolosa** e ele tiver **desígnios autônomos** quanto aos dois ou mais resultados, isto é, se ele tiver intenção (dolo direto) ou assumir o risco (dolo eventual) de produzir ambos.⁸ A solução, nesse caso, será o somatório das penas, tal como no concurso material.

⁸ Para parte da doutrina, somente se pode falar em desígnios autônomos se houver dolo direto de se produzir ambos os resultados. Neste sentido o entendimento de Nei Moura Teles, para quem desígnio significa desejo, vontade, fim, **portanto dolo direto**, de maneira que somente este justificaria um tratamento penal mais gravoso, equivalente ao concurso material (TELES, Nei Moura. *Direito penal*, v. 1, pp. 442-443). **Discordamos deste entendimento.** Pensamos que a expressão desígnios autônomos representa uma desvinculação de um resultado com o outro; o agente tem um ou mais **desígnios para agir ou se omitir** e o tratamento será o mesmo se ele efetivamente quiser todos os resultados ou se ele assumir o risco de produzi-los. Nosso entendimento é partilhado por Paulo Cesar Busato, o qual interpreta desígnios autônomos como “planos independentes de vinculação de compromisso para cada resultado, de modo

Exemplo: “A” resolve matar uma gestante para não assumir a paternidade do filho, e então dispara contra esta, ceifando a vida da mulher e também do produto da concepção. Neste caso, a conduta é única (disparo de arma de fogo), mas está evidente a duplicidade de desígnios, já que “A” queria (ou ao menos assumiu o risco) matar a mulher e ao mesmo tempo causar o aborto. Ele responderá, então, pelos crimes de homicídio (art. 121 do Código Penal) e aborto sem o consentimento da gestante (art. 125 do mesmo diploma legal) em concurso formal impróprio.⁹ As penas serão somadas.

Outro exemplo: “A” coloca um explosivo num veículo, sabendo que ele transportará um casal e seus dois filhos. A bomba explode e os quatro ocupantes do veículo morrem. Há, igualmente, conduta única, com quatro resultados (quatro mortes), havendo desígnios autônomos, uma vez que “A” sabia que o veículo transportaria quatro pessoas. Noutras palavras, “A” queria (dolo direto) ou ao menos assumiu o risco (dolo eventual) de matar todos os ocupantes do automóvel, devendo responder por quatro crimes de homicídio em concurso formal impróprio (cúmulo de penas).

Note-se que no primeiro exemplo o concurso formal impróprio é heterogêneo (crimes de espécie diferente) e no segundo ele é homogêneo (crimes idênticos).

2.2.3. Aplicação do concurso formal próprio às hipóteses de erro com resultado duplo

A regra da exasperação das penas (concurso formal próprio) é expressamente prevista como solução para os casos de **resultado duplo** no erro na execução (*aberratio ictus*)¹⁰ e no resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*).¹¹ Isso ocorre porque, nestes casos, o agente pratica uma só conduta e tem como escopo um único resultado, porém, por erro, sobrevém um segundo (resultado).

independente do outro” (...) “se há uma antevisão do resultado plúrimo como possível, ainda que também possível a ocorrência de um resultado único ou de nenhum resultado, e o agente insiste em atuar, verifica-se claramente um desígnio de atuar, a despeito de que o resultado – único ou múltiplo – se produza” (BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*, p. 931).

⁹ Observação: é concurso formal porque a conduta é única; mas é impróprio porque havia desígnios autônomos em relação aos dois resultados: agente visava ou assumiu o risco de praticar ambos.

¹⁰ O erro na execução ocorre quando “por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretende ofender, atinge pessoa diversa” (art. 73, *caput*, do Código Penal). Não se trata de um erro quanto à identidade da pessoa atingida, mas sim um desvio de golpe, uma falha na execução da empreitada.

¹¹ O resultado diverso do pretendido (art. 74 do Código Penal) também ocorre por um erro de execução, mas o bem jurídico-penal atingido é outro.

Exemplo: “A” atira pedra para ferir “B” e, por erro de pontaria, atinge “B” e “C”. Há, aqui, um erro na execução (*aberratio ictus*), com resultado duplo. Nos termos do art. 73, 2ª parte, do Código Penal, aplica-se a pena do crime de lesão corporal (art. 129 do Código Penal), acrescida de um sexto (1/6) até metade (1/2). Observa-se que a conduta é única (atirar a pedra) e só um resultado é almejado (ferir “B”), mas, por erro, “C” também é atingido (resultado duplo).

Outro exemplo: “A” atira pedra para estourar uma vidraça e, além de atingir e quebrar a vidraça, ele acaba por acertar um terceiro que passava pela rua. Há, aqui, um resultado diverso do pretendido (*aberratio criminis*), com resultado duplo, pois o agente pretendia executar somente um dano ao patrimônio, mas causou, além deste, também uma lesão corporal. Conforme art. 74, 2ª parte, do Código Penal, o Juiz deve aplicar a pena do crime mais grave (lesão corporal culposa, prevista no art. 129, § 6º, do Código Penal), acrescida de um sexto (1/6) até metade (1/2). Note-se que a conduta novamente é única (atirar a pedra) e só um resultado é visado (quebrar o vidro), mas, por erro, uma pessoa é atingida (resultado duplo).

2.2.4. Concurso material benéfico

O art. 70, parágrafo único, do Código Penal, estabelece que a pena resultante da exasperação do concurso formal (próprio) não pode ser superior àquela cabível na soma das penas. Assim, para não se prejudicar o agente, desconsidera-se a exasperação e somam-se as penas.

Exemplo: “A” dispara contra “B” para matá-lo e por erro, além de matar “B”, também atinge “C”, que sofre lesão corporal leve. Pela regra do art. 74 (*aberratio criminis* com resultado duplo), que determina a aplicação do 70 (concurso formal próprio), o agente responderia pelo crime mais grave (homicídio doloso) majorado de 1/6 até 1/2. Contudo, esta solução seria desfavorável ao agente, porque um sexto da pena do homicídio consumado (art. 121 do Código Penal) é maior do que a pena da lesão corporal culposa (art. 129, § 6º, do mesmo diploma legal). Por isso, aplica-se o concurso material, que na hipótese torna-se mais benéfico.

2.3. Crime continuado

Consoante art. 71 do Código Penal, ocorre a figura do crime continuado quando o agente, mediante **mais de uma** ação ou omissão, pratica **dois ou mais crimes** da mesma espécie (mesmo tipo penal), como o mesmo **modo de execução** (exemplo: dois furtos com emprego de chave falsa),¹² e nas mesmas condições de **tempo** (uma ação na sequência da outra, com curto intervalo temporal entre elas)¹³ e **local**.¹⁴

A consequência é o reconhecimento de que os delitos subsequentes (segundo, terceiro, quarto etc.) são uma mera continuação do primeiro deles (ficção jurídica da continuidade), aplicando-se, por isso, a pena de **um só** dos crimes se idênticos (como, por exemplo, dois estelionatos simples) ou do mais grave deles se diversos (como, por exemplo, um furto simples e um furto privilegiado),¹⁵ com aumento de um sexto (1/6) a dois terços (2/3).

Para o reconhecimento da continuidade delitiva, o Código Penal parece adotar a *teoria objetiva pura*, pois, conforme item 56 da Exposição de Motivos, basta estarem presentes os requisitos legais: mesmo *modus operandi* e proximidade de tempo e local. Por isso, para a doutrina majoritária, seria dispensável a unidade de desígnios do agente (aspecto subjetivo da conduta). Neste sentido, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina: “A unidade de desígnios não faz parte dos requisitos do crime continuado. Para nós, acolheu-se a teoria objetiva pura (embora haja polêmica sobre o assunto). De qualquer modo, considerando-se que este requisito não está expresso na lei, qualquer interpretação em sentido contrário viola a garantia da *lex stricta*.”¹⁶

¹² Consoante lições de Bittencourt, a lei exige semelhança e não identidade, isto é, um mesmo *modus operandi* de realizar a conduta delitiva (BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v.1, p. 685).

¹³ A Jurisprudência tem admitido **um intervalo temporal de até 30 dias** entre a primeira e a última das condutas. Neste sentido: “Segundo entendimento desta Corte Superior, o lapso de tempo superior a 30 dias entre o cometimento dos delitos impossibilita o reconhecimento da continuidade delitiva, porquanto descaracteriza o requisito temporal, que impõe a existência de uma certa periodicidade entre as ações sucessivas.” (STJ, 6ª Turma, RHC 47.274/RS, rel. Min. Sebastião Reis Junior, DJe 16.02.2017).

¹⁴ A Jurisprudência tem considerado que mesmas condições de lugar estão presentes para crimes cometidos no mesmo bairro, mesmo município ou até mesmo municípios contíguos. Neste trilhar: “O fato de os crimes terem sido praticados em lugares diversos não pode ser utilizado, isolada e objetivamente, como empeco ao reconhecimento da continuidade, mormente quando, como no caso, cuidam-se de comarcas vizinhas.” (STJ, 5ª Turma, HC 174.612/RS, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 16.06.2011).

¹⁵ Observe-se que a lei exige para a continuidade que os crimes sejam da mesma espécie, isto é, que configurem o mesmo tipo penal. Assim, só há sentido falar-se em crime mais grave quando uma das condutas configurar a modalidade simples e sobre a outra (ou outras) incidir qualificadoras, majorantes, privilégios ou causas de diminuição.

¹⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*, v. 2, p. 385.

Entretanto, nossos Tribunais Superiores têm adotado, para reconhecimento do crime continuado, a *teoria objetivo-subjetiva*, segundo a qual é imprescindível, além dos requisitos legais, também um vínculo, liame entre os fatos, e, sobretudo, uma homogeneidade subjetiva, isto é, o dolo do agente de preconceber todas as condutas. Noutras palavras, só haverá continuidade se agente, desde um primeiro momento, já planejar a prática das várias condutas dentro de um mesmo contexto. A mera reiteração do agente, sem que haja um dolo unitário de englobar todas as condutas, dará azo ao chamado *crime habitual*, afastando-se a ficção jurídica do crime continuado. Neste sentido:

“O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, para o reconhecimento da continuidade delitiva, além de preenchidos os requisitos de natureza objetiva, deve existir um dolo unitário, que torne coesas todas as infrações perpetradas, por meio da execução de um plano preconcebido, adotando, assim, a teoria mista ou objetivo-subjetiva. Precedentes” (Superior Tribunal de Justiça. 6ª Turma. AgInt no HC 182365/RJ, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJE 9.2.2017).

O parágrafo único do art. 71 trata do **crime continuado circunstanciado**, também chamado de **crime continuado específico**. Prevê o dispositivo legal que, presentes os requisitos do *caput*, se as condutas praticadas forem dolosas, contra vítimas diferentes, com emprego de violência ou grave ameaça, e se as circunstâncias judiciais forem desfavoráveis ao agente,¹⁷ o Juiz poderá aplicar a pena de um dos crimes (ou do crime mais grave, se não forem idênticos) **até o triplo**. Exemplo: “A”, com maus antecedentes, pratica vários estupros, contra vítimas diferentes. O Juiz, se reconhecer que há continuidade delitiva (requisitos do *caput*), poderá, em caso de condenação, triplicar a pena prevista no art. 213 do Código Penal.

Aqui também se aplica, por expressa disposição legal, a regra do concurso material benéfico, se a exasperação da pena acarretar numa sanção maior do que o somatório.

¹⁷ Circunstâncias descritas no próprio art. 71, parágrafo único: culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente, bem como motivos e circunstâncias do crime. Estamos diante, portanto, de uma análise dos mesmos elementos previstos no art. 59 do Código Penal, que trata da dosimetria da pena.

Importante, no mais, observar-se a Súmula 605 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não se admite a continuidade delitiva nos crimes contra a vida, devido à importância do bem jurídico protegido.

Por fim, também imprescindível ter em vista a Súmula 711 da nossa suprema Corte, a qual estabelece que, no caso de crime continuado, incide a lei posterior mais grave se esta entrar em vigor antes da cessação da continuidade. Assim, se um agente praticar, por exemplo, quatro condutas delitivas na vigência de uma lei e outras duas na vigência de uma nova lei, mais gravosa, esta última é a que será aplicada caso reconhecida a figura do crime continuado. Com razão o Supremo Tribunal Federal, pois se a própria Lei considera a conduta como um só delito, deve ser considerada a Lei vigente quando praticada a última das ações ou omissões.

3. APLICAÇÃO DA MULTA NO CONCURSO DE CRIMES

Independentemente da espécie de concurso de crimes, a multa é aplicada, sempre, de forma **integral**, distintamente para cada crime, conforme art. 72 do Código Penal. Assim, não se aplica o critério de exasperação, mas sempre o da **cumulação**.

Apesar da clareza do dispositivo, há esparsos julgados que reconhecem que a regra não deve ser aplicada ao crime continuado, porque este seria crime único. Neste trilhar: “[r]econhecida a continuidade entre os delitos praticados pelo agravante, deve ocorrer a unificação das penas de multa, aplicando-se a regra do art. 71 do CP. Agravo em execução provido”.¹⁸

Para Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini, “o crime continuado nada mais é do que um concurso material em que há semelhanças de tempo, lugar e maneira de execução e por isso recebe tratamento especial.” Assim, aplica-se ao crime continuado a regra do art. 72 do Código Penal, tal como para as demais formas de concurso de crimes. Entendimento diverso conduziria à inaceitável conclusão de que a multa seria mais rigorosa no concurso formal do que na continuidade delitiva.¹⁹

¹⁸ TJRS, 4ª Câmara Criminal, Agravo 70053119426, rel. Des. Gaspar Marques Batista, DJe 4.4.2013.

¹⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*, pp. 475-476.

4. CONCURSO DE CRIMES E AS CAUSAS EXTINTIVAS DA PUNIBILIDADE

O art. 119 do Código Penal estabelece que “a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um dos crimes, isoladamente.”

Não importa qual é a espécie de concurso. A extinção da punibilidade atinge **separadamente** cada um dos delitos.

Pode ocorrer, por exemplo, de um agente estar sendo processado por homicídio contra uma vítima e uma lesão corporal leve contra outra, dentro de um mesmo processo-crime, dada a conexão. A prescrição em abstrato (causa extintiva da punibilidade) – sem considerar suas causas interruptivas e suspensivas - atingirá a lesão leve em 4 anos (art. 109, V, do Código Penal) e o homicídio em 20 anos (art. 109, I, do mesmo diploma). Assim, ultrapassados 4 anos, deve o Juiz reconhecer a prescrição do crime de lesão corporal leve, seguindo-se o feito tão apenas em relação ao homicídio doloso.

Nem mesmo o sistema da exasperação alterará esta regra legal. Tal critério (exasperação), adotado por política criminal, atingirá a aplicação da pena em caso de condenação, mas não é considerado para fins de cálculo prescricional. Este é o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, através da **Súmula 497**: “Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação”.

5. CONCURSO DE CRIMES E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O art. 89 da Lei 9.099/1995 traz o instituto da suspensão condicional do processo, também conhecido como *sursis* processual. Trata-se de um benefício aplicável aos acusados por crimes cujas **penas mínimas não ultrapassem um ano**, desde que preenchidos, também, outros requisitos previstos no dispositivo legal.

Assim, um agente acusado, por exemplo, por crime de estelionato, pode receber a benesse – se preenchidos os demais requisitos da Lei – já que a pena mínima do crime é de um ano, limite estabelecido pelo legislador.

Dúvida estabelecida com a entrada em vigor da Lei 9.099/1995 era se, em caso de concurso de crimes, o benefício deveria incidir isoladamente sobre cada infração (tal

como as causas extintivas da punibilidade), ou sobre a soma das penas (nos concursos material e formal impróprio) e a exasperação (no concurso formal próprio e no crime continuado).

O segundo entendimento acabou por prevalecer e hoje vem estampado na Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal: “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

Em que pese a súmula da Suprema Corte tratar somente do crime continuado, a regra vale para o concurso formal próprio (mesmo critério de exasperação) e com muito mais razão deve ser aplicada, também, aos concursos que adotam o critério da somatória. Ora, se a mera exasperação de penas não deve ser ignorada para a oferta do benefício legal, é evidente que a somatória delas tampouco.

Este entendimento resta pacificado no Superior Tribunal de Justiça, consoante Súmula 243: “[o] benefício da suspensão condicional do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano”.

6. UNIFICAÇÃO DAS PENAS NA EXECUÇÃO PENAL

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, “se as regras de aplicação de pena não forem observadas pelo juiz da condenação, nada impede que o juiz da execução as observe”,²⁰ nos termos do art. 66, III, “a”, da Lei 7.210/1984.

Com efeito, é possível que o concurso formal próprio ou o crime continuado não sejam observados na fase de conhecimento, em razão de os crimes terem sido processados mediante ações penais distintas. Assim, o Juiz da Vara das Execuções Penais, ao verificar presentes os requisitos do concurso formal próprio ou do crime continuado, procederá à unificação das penas, aplicando-se o critério de exasperação.

²⁰ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*, p. 486.

7. *INCIDÊNCIA DE DUAS ESPÉCIES DE CONCURSO DE CRIMES*

Podem coexistir duas ou mais espécies de concurso de crimes. Por exemplo: agente vende drogas num dia e no outro dia comete dois furtos em locais próximos com o mesmo *modus operandi*. Sem grandes dificuldades, o juiz aplicará a pena do tráfico de entorpecentes em concurso material com os dois furtos, os quais estarão, entre si, em continuidade delitiva. Logo, o juiz aplicará a pena de um dos furtos, com acréscimo de 1/6 até 2/3 (crime continuado de furto), e somará esta com a pena do tráfico. O mesmo raciocínio seria válido se os crimes de furto ocorressem em concurso formal entre eles (por exemplo: uma subtração de bens de vítimas diversas).

A maior dificuldade existe quando coexistirem hipóteses de concurso formal e crime continuado. André Estefam e Victor Rios Gonçalves utilizam o seguinte exemplo: “Suponha-se que alguém, mediante única ação, tenha cometido estelionato contra duas pessoas em determinada data e, no dia seguinte, praticado novo estelionato contra outra vítima. Nesse caso, existe concurso formal nos delitos cometidos na primeira ocasião em continuidade delitiva com o último crime.”²¹

Parece-nos que a solução mais correta é a de que o Juiz de Direito deve aplicar os dois acréscimos, sucessivamente. Com efeito, o art. 68, parágrafo único, do Código Penal estatui que no concurso de causas de aumento da parte especial o Juiz pode limitar-se a um só aumento (o maior). A contrário senso, se as causas de aumento estiverem na **parte geral**, como é o caso, o juiz deve **aplicar ambas**. Este posicionamento já foi adotado, no passado, pelo Supremo Tribunal Federal:

“Se, mediante uma única ação típica de estelionato, atinge o agente três patrimônios diferentes e, dias após, pratica o mesmo delito de forma tentada e condições semelhantes contra outras vítimas, tem-se, cumulativamente, os acréscimos do art. 70 (concurso formal) e 71 do CP (crime continuado). Inexistência de bis in idem” (Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. HC 73.821/RJ, Rel. Min. Sidney Sanches, DJE 13.9.1996).

²¹ ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*, pp. 583-584.

Ocorre que a questão não é pacífica. Muito pelo contrário, pois tem prevalecido na jurisprudência atual o entendimento de que deve incidir tão somente do acréscimo do crime continuado, para se evitar *bis in idem*. Neste sentido: “Havendo continuidade delitiva e concurso formal de crimes, deve ser aplicado um único aumento, o relativo à continuidade delitiva, considerando o número total de crimes praticados, sob pena de incorrer em *bis in idem*” (Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Criminal n.º 20140710371680, DJE 2.2.2016).²²

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Volume 1.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal*. São Paulo: Jus Podivm, 2013.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Volume 2.

MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Código penal interpretado*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TELES, Nei Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. Volume 1.

²² No mesmo sentido: “[q]uando há concorrência entre o concurso formal e crime continuado deve incidir apenas a causa de aumento referente à continuidade delitiva, sob pena de *bis in idem*” (TRF2, Apelação Criminal 2005.50.02.000292-5, DJe 24.02.2012).