



**UnB**

Universidade de Brasília (UnB)

Faculdade de Direito (FD)

Bacharelado em Direito

João Paulo da Silva

**Como contar ações em Direito Penal?**

Brasília

2022

João Paulo da Silva

Como contar ações em Direito Penal?

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Paulo de Souza Queiroz

Brasília

2022

Como contar ações em Direito Penal?

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel, no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Este trabalho foi aprovado em 22/11/2022 pela banca examinadora:

---

Prof. Dr. Paulo de Souza Queiroz

UnB

Orientador

---

Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

UnB

Examinador

---

Me. Danilo dos Santos Rabelo

UnB

Examinador (Externo)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço à minha família, principalmente ao meu pai e à minha mãe que sempre me apoiaram e me incentivaram nos estudos. Vocês foram fundamentais na minha vida. Agradeço ao meu tio Valdir que sempre acreditou em mim e sempre esteve por perto, seja nos momentos em que eu mais precisei, seja nos momentos de diversão.

Agradeço aos amigos que tive a oportunidade de conhecer na UnB. Ricardo, Hander, Guilherme, Gabriel Ramires, Márcio Gabriel, Bárbara, Suziany e Gustavo. As conversas com vocês representam os momentos de socialização que eu tive ao longo do curso.

Agradeço a todos os professores que eu tive durante a graduação, todos foram essenciais para a minha formação. Quero agradecer especificamente a alguns professores que foram divisores de águas no meu aprendizado, como o professor Paulo Queiroz, a quem sou muito grato pelas aulas. Seus comentários humorísticos para manter a atenção dos alunos estão marcados nas minhas lembranças. O senhor foi fundamental para me auxiliar no meu estágio.

Quero agradecer especificamente ao professor João Costa Neto por suas aulas de Penal. Muito do que sei foi ensinado pelo senhor. Suas aulas também foram muito importantes para o meu estágio, além de contarem com uma certa dose de ironias que eu pessoalmente gosto muito.

Agradeço ao professor Marcelo Neves, que sempre foi um exemplo de acadêmico. Suas aulas mostraram o começo de como é a complexidade do Direito. Tenho profunda admiração pelo senhor.

Agradeço ao membro Danilo dos Santos Rabelo por ter aceitado o convite para participar da minha banca.

Agradeço ao pessoal do meu estágio no MPF: Flávia, Coutinho, Marcos, Tom, Amanda e Dr. Paulo. Com vocês eu aprendi um pouco do dia a dia da prática jurídica e também aprendi a ter mais convívio com as pessoas.

## RESUMO

O concurso de crimes é um tema que possui relevância prática porque é pelo seu conhecimento que é possível aplicar a pena concreta destinada a cada caso. Ocorre que há um tema ligado tanto ao concurso de crimes quanto ao conceito de ação como conduta, bem como à teoria da pena, que causa certa dificuldade quando da análise dos fatos cometidos para que seja determinada a pena aplicável. Trata-se da problemática que consiste em saber como contar ações em Direito Penal. Não há até o presente momento um ou alguns critérios capazes de determinar com precisão quando um crime foi praticado mediante uma só ação ou mediante mais de uma ação. Em decisões judiciais alguns argumentos são apresentados pela jurisprudência, mas logo se mostram falhos e incapazes de precisar como contar ações para determinar o concurso de crimes aplicável.

**Palavras-chave:** concurso de crimes; conceito de ação; como contar ações; teoria da pena; teoria do crime.

## **ABSTRACT**

The concurrence of offenses is a topic that has practical relevance since it is through its study that it is possible to apply the concrete punishment for each criminal case. However, there is a theme linked to both the concurrence of crimes and the concept of act as a conduct, as well as the theory of punishment, which causes some difficulty, especially when analyzing the facts committed in order to determine the applicable punishment. That consists of knowing how to count the number of acts or conducts in Criminal Law. Currently, there are no criteria capable of accurately determining when a crime was committed in a single act or two or more conducts. In court decisions, some arguments are presented by jurisprudence, but they soon prove to be flawed and incapable of specifying how to count acts to determine the applicable punishment for concurrence of crimes.

**Keywords:** Concurrence of crimes; action definition; how to count the number of acts; theory of punishment; theory of crime.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	7
<b>2</b>	<b>O CONCEITO DE AÇÃO E SEU DESENVOLVIMENTO AO LONGO DO TEMPO</b> .....	9
2.1	Causalismo .....	9
2.2	Sistema Neoclássico ou Neokantismo .....	13
2.3	Sistema Finalista.....	16
2.4	Outras teorias .....	19
<b>3</b>	<b>CONCURSO DE CRIMES E SISTEMAS APLICÁVEIS</b> .....	20
3.1	Sistemas .....	20
3.2	Concurso Material.....	23
3.3	Concurso Formal .....	25
3.4	Crime Continuado.....	28
<b>4</b>	<b>CONCURSO APARENTE DE NORMAS</b> .....	35
<b>5</b>	<b>O PROBLEMA SOBRE A CONTAGEM DE AÇÕES EM DIREITO PENAL</b> .....	39
5.1	Visão de Juarez Tavares .....	40
5.2	O pensamento de Claus Roxin .....	45
<b>6</b>	<b>ANÁLISE DE CASOS DA JURISPRUDÊNCIA</b> .....	47
6.1	Caso um .....	47
6.2	Caso dois.....	49
6.3	Caso três .....	53
6.4	Caso quatro .....	58
<b>7</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	62
	Referências .....	64



## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende abordar um tema muito específico e pouco comentado na bibliografia nacional. Trata-se de um assunto que dialoga com o concurso de crimes, assim como com o conceito de ação e seu desenvolvimento. O tema é: como contar ações em direito penal? Não há qualquer pretensão de tentar obter uma resposta ao questionamento apresentado como tema deste trabalho, uma vez que se trata de uma questão de difícil solução que não foi resolvida nem mesmo pelos mais conceituados penalistas da atualidade.

A intenção é apresentar as discussões que existem sobre a temática por meio de pesquisa bibliográfica realizada na bibliografia disponível existente, bem como utilizar a jurisprudência nacional para mostrar eventuais inconsistências. Para isso foi preciso pesquisar até mesmo em livros escritos em idiomas estrangeiros a fim de obter maior profundidade teórica na exposição realizada. A apresentação das discussões e a análise da jurisprudência selecionada servirá como delimitação temática, uma vez que não há intenção de ir além para obter uma resposta capaz de pôr fim à problemática existente.

O problema de pesquisa deste trabalho possui relevância prática considerável sobre questões inseridas no concurso de crimes, uma vez que rotineiramente acontecem crimes cometidos em concurso e, a depender do concurso de crimes aplicado, a pena poderá sofrer severas alterações. Não são raras decisões conflitantes, com aplicação de concursos de crimes diversos a situações fáticas muito semelhantes, o que enseja o questionamento: será que a diferença entre as diversas modalidades de concursos de crimes existentes se resume à interpretação do magistrado responsável pelo caso, sem a presença de algum critério capaz de distinguir as situações fáticas que ocorrem no dia a dia?

A fonte que originou este trabalho deriva justamente dos conflitos existentes na prática da aplicação do concurso de crimes em situações semelhantes. Inicialmente a ideia foi travada por falta de conhecimento e pesquisa, mas depois de um evento ocorrido no Instituto Brasiliense de Direito Público, com a presença de Luís Greco, a questão ficou mais clara - e mais confusa também - por mais paradoxal que seja.

Sempre foram vistas com estranheza as decisões do STJ que reconhecem o concurso formal de crimes às situações de roubo contra vários passageiros dentro de

um ônibus, o que é visto neste trabalho como crime continuado. Em uma conversa com Luís Greco a questão foi apresentada com a afirmação de que é difícil delimitar quantas ações foram praticadas nessas situações, levando somente em conta o conceito de ação contido nos livros. Foi dito para o palestrante que talvez o conceito de ação merecesse uma reformulação. Ato contínuo, houve um momento de esclarecimento e de mais dúvidas: Luís Greco explicou que não há problemas com o conceito de ação e sim que não há método para contar ações. Ninguém sabe como contar ações em Direito Penal e pouco se discute sobre isso aqui no Brasil. O palestrante afirmou que na Alemanha este tema é muito discutido, mas que pouco se fala aqui no Brasil.

Realmente era uma questão mais complexa do que a jurisprudência pátria faz pensar que é. Mas também havia conhecimento de que não se tratava de uma questão que poderia ser resolvida por meio de pergunta para algum estudioso, muito menos em um Trabalho de Conclusão de Curso.

## 2 O CONCEITO DE AÇÃO E SEU DESENVOLVIMENTO AO LONGO DO TEMPO

O conceito de ação (conduta) é fundamental para o Direito Penal. A teoria do crime está no seu atual estado muito em função do desenvolvimento desse conceito<sup>1</sup>, levado a cabo por diversos autores e por diversas correntes de pensamento. Cada uma das principais fases desse processo de desenvolvimento será explicada para melhor compreensão do problema principal apontado neste trabalho.

A própria dúvida inicial que permitiu o posterior desenvolvimento deste trabalho sempre esteve ligada ao conceito de ação da teoria do crime, afinal, em uma fase inicial da percepção da problemática, a relação mais óbvia a ser feita foi ligar o tema do trabalho com o conceito de ação da teoria do crime, em busca de respostas para o problema notado, mas não foi o que aconteceu, já que com o tempo mais dúvidas foram surgindo. Por essa razão houve a opção por apresentar neste trabalho o desenvolvimento do conceito de ação, para que o passo a passo trilhado no caminho da dúvida que ensejou este trabalho seja refeito.

### 2.1 Causalismo

Segundo Cleber Masson, para a teoria clássica, causal, mecanicista ou naturalística da ação, a conduta é “o comportamento humano voluntário que produz modificação no mundo exterior”<sup>2</sup>. O desenvolvimento dessa teoria se deu no século XIX, período no qual havia forte tendência pela aplicação das regras das ciências naturais às ciências humanas, como o Direito. Seus maiores expoentes foram Franz von Liszt, Ernst von Beling e Radbruch<sup>3</sup>.

Cleber Masson afirma que nesse modelo a vontade humana se divide em externa e interna. A externa corresponde ao movimento corpóreo e a interna, que é subjetiva, está ligada ao conteúdo da ação. Vale a pena conferir a explicação do autor:

---

<sup>1</sup> MASSON, Cleber. Parte geral (arts. 1º a 120). In: MASSON, Cleber. **Direito Penal**. São Paulo: Método, 2020, p. 196.

<sup>2</sup> Ibid., p. 196.

<sup>3</sup> Ibid., p. 196.

Submete o Direito Penal às regras inerentes às ciências naturais, orientadas pelas leis da causalidade. A vontade humana engloba duas partes diversas: uma externa, objetiva, correspondente ao processo causal, isto é, ao movimento corpóreo do ser humano, e outra interna, subjetiva, relacionada ao conteúdo final da ação.

Em síntese, a vontade é a causa da conduta, e a conduta é a causa do resultado. Não há vontade no tocante à produção do resultado. O elemento volitivo, interno, acarreta em um movimento corporal do agente, o qual, objetivamente, produz o resultado.<sup>4</sup>

Eugênio Pacelli apresenta a teoria causalista da ação como um modelo em que a conduta (ação) é avaliada de forma que não haja valoração sobre a vontade do agente que a pratica. Para essa teoria a ação é todo movimento corpóreo voluntário capaz de causar uma modificação no mundo exterior<sup>5</sup>. Nas palavras de Pacelli:

Para a teoria causal, a ação é o movimento corpóreo voluntário que causa modificação no mundo exterior. Em outras palavras, a ação, de acordo com esta teoria, constitui uma mera enervação muscular, um movimento voluntário (e, portanto, não reflexo) cuja finalidade para a qual se dirige é irrelevante. Assim, no caso de um homicídio, por exemplo, haveria, de acordo com esta teoria, uma ação homicida desde que o agente disparasse sobre a vítima com animus de pressionar o gatilho da arma, sem se perquirir a finalidade com que ele praticaria esta ação.<sup>6</sup>

A manifestação de vontade exigida é aquela exercida livre de qualquer violência, que o autor chama de vontade objetivada<sup>7</sup>. Pacelli enfatiza a necessidade da existência de uma conduta voluntária para que haja efetivamente uma ação, bem como a presença da causação ou o não impedimento da produção de um resultado lesivo, nas palavras do autor:

Assim, para saber se existe uma ação, bastaria comprovar a existência de uma conduta voluntária – no sentido de espontânea, e não forçada – e a causação ou não evitação de uma modificação danosa, perceptível pelos sentidos, no mundo exterior. O conteúdo de vontade não constitui elemento integrante da ação ou da antijuridicidade e se valora pela primeira vez no marco da culpabilidade. Para a existência da ação é suficiente saber que o autor

---

<sup>4</sup> Ibid., p. 196.

<sup>5</sup> PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2019. p. 326.

<sup>6</sup> Ibid., p. 326.

<sup>7</sup> Ibid., p. 326.

“queria algo”. Conhecer “o que realmente queria” interessa unicamente para os efeitos do juízo de culpabilidade.<sup>8</sup>

O dolo e a culpa estão alojados dentro da culpabilidade e não no fato típico como acontece no finalismo. Vale ressaltar que o causalismo não adotou a responsabilidade penal objetiva, uma vez que o dolo e a culpa são analisados em momento posterior, quando da análise da culpabilidade, em que a vontade interna é analisada, conforme lições de Cléber Masson<sup>9</sup>.

Para Juarez Cirino dos Santos, com apoio das lições de Welzel, a ação no modelo causal possui estrutura objetiva, em que a ação sem vontade consciente determina o resultado como uma forma sem conteúdo. O resultado consistente na modificação do mundo exterior é elemento do conceito de ação e, por esse motivo, não é possível haver ação sem a produção de um resultado naturalístico:

O modelo *causal* de ação possui estrutura objetiva: a ação humana, mutilada da vontade consciente do autor, determinaria o resultado como uma forma sem conteúdo, ou um *fantasma sem sangue*, conforme expressão de BELING; a *voluntariedade* da ação indica apenas ausência de coação física absoluta; o *resultado* de modificação no mundo exterior é elemento do conceito de ação – assim, não existe ação sem resultado<sup>5</sup>. Como afirmaria mais tarde WELZEL, a teoria causal da ação desconhece a *função constitutiva* da vontade dirigente da ação e, por isso, transforma a ação em simples *processo causal* objetivo desencadeado por um ato de vontade qualquer.<sup>10</sup>

Com o passar do tempo e com toda a sua exposição, a teoria causalista começou a receber críticas por algumas inconsistências apresentadas. Como exemplo de uma dessas inconsistências pode-se mencionar o fato de que, para caracterizar a tentativa, o dolo deve estar presente e por isso não há como haver tipos somente com elementos objetivos, de acordo com Cirino:

O sistema *clássico* de crime desintegra-se, progressivamente, a partir de descobertas científicas que revelam contradições metodológicas insanáveis: a) na teoria do tipo, a necessidade do dolo para caracterizar a tentativa de qualquer crime doloso – se presente na

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 326.

<sup>9</sup> MASSON, 2020, p. 197

<sup>10</sup> WELZEL, 1969; ROXIN, 1997 apud SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012, p. 82–83.

tentativa, não pode desaparecer no fato consumado –, mostra que o tipo legal não pode conter somente elementos objetivos; [...].<sup>11</sup>

Para Luiz Regis Prado, no causalismo a vontade consiste em um impulso mecânico ou inervação muscular que é capaz de provocar a ação, mas não a conduz, ou seja, o conteúdo da vontade não importa. A análise do conteúdo da vontade só será feita na apreciação da culpabilidade, conforme expõe o autor com suas palavras:

Vê-se, pois, que a ação é mera causação de evento, provocada pela vontade ou voluntariedade (*impulso mecânico/inervação muscular*), mas não por esta conduzida. Isso vale dizer: o que importa não é o conteúdo da vontade – sua *direção final* (se o agente quer ou não realizar a ação típica).

O sentido ou conteúdo da vontade é deslocado para a *culpabilidade* (*dolo ou culpa*, formas de culpabilidade).<sup>12</sup>

No tocante aos problemas apresentados pelo causalismo, Rogério Sanches Cunha esclarece com precisão alguns desses problemas, como a falta de explicação adequada em relação aos crimes omissivos e aos crimes sem resultado, já que o resultado é visto como elemento integrante do conceito analítico de crime no causalismo. Há também a questão de que não é possível imaginar a ação humana como um ato desprovido de finalidade, assim como também existe o problema advindo do momento da análise do dolo e da culpa na culpabilidade, pois assim a finalidade do agente não será analisada na conduta e se torna difícil distinguir um homicídio tentado de uma lesão corporal, já que para os sentidos o comportamento será o mesmo ou muito parecido. Nas palavras do autor:

Diversas são as críticas tecidas ao causalismo:

- (i) Ao conceituar ação como movimento humano causador de uma modificação no mundo exterior, esta teoria não explica de maneira adequada os crimes omissivos, bem como os delitos sem resultado (formais e de mera conduta);
- (ii) Não há como negar a presença de elementos normativos e/ou subjetivos no tipo penal;
- (iii) Ao fazer a análise do dolo e culpa no momento da culpabilidade, não há como distinguir, apenas pelos sentidos, a lesão corporal da tentativa de homicídio, já que a finalidade do agente não é analisada

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 83

<sup>12</sup> PRADO, Luiz Regis. Parte geral: Introdução, história, lei penal, princípios e bem jurídico. In: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 727.

quando da pesquisa da conduta. O comportamento de quem quer ferir é, para os sentidos, o mesmo de quem quer matar e não consegue; (iv) É inadmissível imaginar a ação humana como um ato de vontade sem finalidade. Toda ação humana é dirigida a um fim, existindo sempre uma relação psíquica entre conduta e resultado.<sup>13</sup>

Desse modo, o causalismo perdeu força aos poucos em virtude de todas as fortes críticas sofridas que não puderam ser sanadas, o que originou uma tendência pelo desenvolvimento de outras correntes de pensamento que pudessem explicar melhor o conceito de ação, o que fica demonstrado pela existência das demais correntes que serão mencionadas neste trabalho.

## 2.2 Sistema Neoclássico ou Neokantismo

Em função da influência da filosofia de Kant, passou-se a admitir um conceito valorativo de ação<sup>14</sup>. Segundo Rogério Greco, algumas modificações foram feitas no sistema causalista, a exemplo da introdução de elementos subjetivos e normativos<sup>15</sup>. As mudanças também afetaram a culpabilidade que se transformou em uma reprovação, mas não uma mera reprovação e sim com base em elementos psiconormativos<sup>16</sup>.

Para Rogério Sanches, a teoria neokantista é baseada no causalismo, também denominada de teoria causal-valorativa. O desenvolvimento dessa teoria se deu no começo do século XX e o seu principal expoente, segundo Sanches, foi Edmund Mezger<sup>17</sup>.

A teoria neokantista abandonou a concepção anterior presente no causalismo, de tentar encontrar um meio de analisar o Direito do ponto de vista das ciências naturais para dar lugar à valoração presente nas ciências do espírito, o que permite compreender os fenômenos por meio da interpretação dos seus objetos, de acordo com Luiz Regis Prado:

---

<sup>13</sup> CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral** (arts. 1 ao 120). Salvador: Juspodivm, 2020. p. 242.

<sup>14</sup> PRADO, op. cit., p. 728.

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. Artigos 1º a 120 do Código Penal. *In*: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2022, p. 962

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 962.

<sup>17</sup> CUNHA, op. cit., p. 242.

No neokantismo, substitui-se a base naturalista anterior pelas ciências do espírito ou culturais, entre as quais se aloca o Direito, que enforma o homem através do prisma axiológico, valorativo. Assim, “a realidade adquire relevância para as ciências do espírito (ou culturais) sempre que em relação aos valores, estes não perceptíveis como objetos da natureza, mas sim compreensíveis através da interpretação dos correspondentes objetos. Então, a realidade para as ciências do espírito tem sempre um conteúdo axiológico. Logo, o critério de cientificidade não se reduzia à possibilidade de explicações causais de fenômenos sensíveis.”<sup>18</sup>

Rogério Sanches também afirma que a teoria neokantista não altera o conceito analítico de crime e que a conduta humana agora passa a ser vista de forma mais ampla, como um comportamento, de modo a englobar também as omissões. A valoração na tipicidade também é adotada para que não haja estranheza em relação aos tipos penais que não são objetivos, nas palavras do autor:

A teoria neokantista não altera a estrutura do conceito analítico de crime, compreendendo-o, também, como fato típico, antijurídico e culpável. A conduta permanece sendo elemento do fato típico, porém mais abrangente, aparecendo não como ação, mas comportamento, englobando a omissão. Também se deve a esta teoria a admissibilidade de valoração na tipicidade, motivo pelo qual os tipos penais compostos de elementos não objetivos não são mais vistos como “anormais”.<sup>19</sup>

Segundo Mezger, em citação na obra de Fábio André Guaragni, nos crimes tentados o dolo estava situado tanto no injusto quanto na culpabilidade, já nos crimes consumados o dolo estava situado somente na culpabilidade. Essa alteração foi feita para tentar superar a crítica que era feita ao sistema objetivo–subjetivo em relação à inviabilidade de tipificar a tentativa, já que nesse sistema não era possível distinguir o crime de tentativa de homicídio do crime de lesões corporais dolosas, a menos que seja feita uma análise da vontade na conduta. Segundo Guaragni:

Uma curiosa construção, presente por exemplo na obra de MEZGER, dentro destas modificações esquemáticas em relação ao sistema clássico, situava o dolo dos crimes tentados como *elemento do injusto* e da culpabilidade, de modo simultâneo, ao passo que o tratava, nos crimes consumados, somente no estrato da culpabilidade. Obviamente, estava MEZGER a contornar uma crítica insuperável contra o sistema objetivo-subjetivo, do qual era defensor, tangente à

---

<sup>18</sup> PRADO, op. cit., p. 728.

<sup>19</sup> CUNHA, op. cit., p. 243.

tentativa, consistente na inviabilidade de tipificar, por exemplo, a *conatus* relativa ao tipo de homicídio, por não se poder distingui-la de lesões corporais dolosas ou mesmo culposas, a não ser contando-se, já na conduta humana ( e no estrato da tipicidade, que descreve condutas), com a intenção do agente.<sup>20</sup>

A culpabilidade foi alterada e passou de um mero nexó psicológico para uma noção de reprovabilidade e censurabilidade da conduta praticada pelo agente. Desse modo, a culpabilidade foi tomada por elementos tanto psicológicos quanto normativos, nas palavras de Guaragni:

A culpabilidade também foi palco de reelaboração. A grande mudança disse respeito ao abandono da noção de puro nexó psicológico que permeava a concepção anterior, passando-se a entendê-la como reprovabilidade, censurabilidade do agente pelo ato[...]. Dentro desse contexto, a culpabilidade estava composta de elementos psicológicos e normativos[...].<sup>21</sup>

Segundo Rogerio Sanches a teoria neokantista sofreu críticas por não alterar a presença do dolo e da culpa na culpabilidade, já que nessa teoria tais elementos ainda faziam parte da culpabilidade, além de receber críticas por ser contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo, nas palavras do autor:

Embora represente uma evolução à teoria causalista, a teoria neokantista, justamente por se basear naquela para a construção de seus pressupostos, foi criticada por (i) ser contraditória ao reconhecer elementos normativos e subjetivos do tipo; (ii) permanecer considerando dolo e culpa como elementos da culpabilidade.<sup>22</sup>

Assim como se deu no causalismo, o neokantismo também perdeu força com as críticas que foram feitas por diversos estudiosos da época, com isso, uma nova corrente de pensamento surgiu e se mostrou muito eficaz, além de realizar alterações significativas nos elementos do conceito analítico de crime, essa corrente será abordada no próximo tópico.

---

<sup>20</sup> GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 96-97.

<sup>21</sup> Ibid., p. 99

<sup>22</sup> CUNHA, op. cit., p. 244.

## 2.3 Sistema Finalista

Segundo Cleber Masson, o conceito finalista da ação foi desenvolvido por Hans Welzel durante o início do século XX, para trazer o conteúdo da vontade do agente para o conceito de ação, de modo que, no finalismo, a ação é vista como todo movimento corpóreo consciente e voluntário destinado a atingir uma finalidade.

Para essa teoria, conduta é o comportamento humano, consciente e voluntário, **dirigido a um fim**. Daí o seu nome finalista, levando em conta a finalidade do agente. Não desprezou todos os postulados da teoria clássica. Ao contrário, preservou-os, acrescentando a nota da finalidade (sem grifos no original).<sup>23</sup>

Cirino aduz que no finalismo a ação é vista como a realização de uma atividade final com capacidade de permitir a previsão de eventuais consequências, bem como de comandar a direção da atividade para a realização da vontade final:

O modelo *final* da ação, desenvolvido por WELZEL com contribuições de MAURACH, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH, HIRSCH e outros, surge como crítica ao modelo causal e define ação como *realização de atividade final*: o saber causal, adquirido pela experiência e preservado como ciência, permite prever as consequências possíveis da ação, propor diferentes fins e dirigir a atividade para realização do fim.<sup>24</sup>

Cirino expõe que para o finalismo uma distinção é fundamental: trata-se da diferenciação entre fato natural e ação humana. O primeiro é determinado pela causalidade como mero produto de relações causais sem intenção. Já na ação humana há uma vontade para que a ação seja produzida. A finalidade serve como guia para que a causalidade produza o resultado pretendido pelo autor, nas palavras de Cirino:

O modelo *final* de ação parte da distinção entre *fato natural* e ação humana: o fato natural é fenômeno determinado pela causalidade, um produto mecânico de relações causais cegas; a ação humana é acontecimento dirigido pela vontade consciente do fim. Na ação humana, a vontade é a energia produtora da ação, enquanto a consciência do fim é sua direção inteligente: a finalidade dirige a

---

<sup>23</sup> MASSON, op. cit., p. 198.

<sup>24</sup> SANTOS, op. cit., p. 85

causalidade para configurar o futuro conforme o plano do autor. Na teoria de WELZEL a vontade consciente do fim é a *espinha dorsal da ação*, enquanto o *acontecimento causal* é a resultante *casual* de componentes causais preexistentes. A *finalidade* é, por isso – *figurativamente falando* – **vidente**, a *causalidade*, **cega** (sem grifos no original).<sup>25</sup>

Para Welzel, a finalidade dirige a ação humana. A capacidade de prever as inúmeras consequências possíveis dos seus atos deriva do que Welzel chama de saber causal. Isso permite a direção do acontecer causal exterior ao fim almejado pelo agente, de modo que o fim visado seja atingido. Aduz Welzel, citado por Greco:

Ação humana é exercício de atividade final. A ação é, por isso, acontecer 'final', não somente 'causal'. A finalidade ou o caráter final da ação se baseia em que o homem, graças a seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua atividade, estabelecendo, portanto, fins diversos e dirigir sua atividade, conforme o seu plano, a consecução desses fins. Em virtude de seu saber causal prévio, pode dirigir os distintos atos de suas atividades de tal modo que oriente o acontecer causal exterior a um fim e assim o determine finalmente. Atividade final é um agir orientado conscientemente ao fim, enquanto que o acontecer causal não está dirigido ao fim, senão que é a resultante dos componentes causais existentes em cada caso. Por isso a finalidade é – dito em forma gráfica – *vidente*, a causalidade, *cega*.<sup>26</sup>

Uma das profundas alterações realizadas pelo finalismo no tocante ao sistema até então vigente diz respeito à localização do dolo no conceito analítico de crime. Enquanto que no causalismo e no neokantismo o dolo estava situado no âmbito da culpabilidade, no finalismo o dolo se desloca da culpabilidade para a conduta humana, deixando, assim, de ser um dolo normativo, ou seja, não mais se analisa no dolo a consciência sobre a ilicitude do fato, nas palavras de Rogério Greco:

A teoria finalista modificou profundamente o sistema causal. A começar pela ação, como vimos, que agora não mais podia dissociar-se da sua finalidade. Toda conduta humana vem impregnada de finalidade, seja esta lícita ou ilícita. Partindo dessa premissa, o dolo não mais podia ser analisado em sede de culpabilidade. Welzel o transportou para o tipo, dele afastando sua carga normativa, isto é, a consciência sobre a ilicitude do fato. O dolo finalista é um dolo natural, livre da necessidade de se aferir a consciência sobre a ilicitude do fato para a sua configuração. Na verdade, o elemento subjetivo foi

<sup>25</sup> WELZEL, 1969; MAURACH; ZIPF, 1992 apud SANTOS, op. cit. p. 86.

<sup>26</sup> WELZEL, 1976 apud GRECO, 2022, p. 966.

conduzido para a ação. É através da ação que percebemos a finalidade do agente. A adequação da conduta ao modelo abstrato previsto pela lei penal (tipo) somente pode ser realizada com perfeição se conseguirmos visualizar a finalidade do agente.<sup>27</sup>

A teoria finalista apresentou problemas em relação aos crimes culposos, pois não há finalidade do agente em causar um crime que nem mesmo foi cogitado. Cleber Masson aponta que nos crimes culposos, o que importa para a reprovação são os meios escolhidos pelo agente para atingir a finalidade desejada, o que implicará em imprudência, negligência ou imperícia, segundo Masson:

A teoria finalista foi bastante criticada no tocante aos crimes culposos, pois não se sustentava a **finalidade da ação** concernente ao resultado naturalístico involuntário.

Alega-se, todavia, que no crime culposo também há vontade dirigida a um fim. Mas esse fim será conforme ou não ao Direito, de maneira que a reprovação nos crimes culposos não incide na finalidade do agente, mas nos meios por ele escolhidos para atingir a finalidade desejada, indicativos da imprudência, da negligência ou da imperícia. Entretanto, parece que nem mesmo Welzel conseguiu adequar com precisão a teoria finalista aos crimes culposos [...].<sup>28</sup>

Welzel defende que os tipos dos delitos tanto culposos quanto dolosos compreendem a ação final, mas isso ocorre a partir de pontos de vista diferentes. Enquanto que nos tipos dolosos a vontade final está compreendida na realização de resultados intoleráveis socialmente, nos tipos culposos a ação final está contida na realização de consequências intoleráveis socialmente, que o autor acredita que não serão produzidas ou nem ao menos percebe sua possível realização, além de englobar ações que não foram executadas com o cuidado necessário. Nas palavras de Welzel mencionadas por Rogério Greco:

A própria teoria final da ação no princípio não apreendeu corretamente o delito culposo. A razão disso esteve em que partiu-se primitivamente com o prejulgamento generalizado na doutrina jurídico-penal de que o resultado era o aspecto jurídico penal essencial do fato culposo. Dado que o resultado não era provocado finalmente senão por causação causal-cega, acreditou-se (como os hegelianos) ter que se ampliar o conceito de ação e que colocar junto à finalidade atual, a finalidade potencial. [...] Somente com a compreensão de que o momento essencial ao fato culposo não reside no resultado, senão na classe e

---

<sup>27</sup> GRECO, op. cit., p. 966–967.

<sup>28</sup> MASSON, op. cit., p.199

modo de execução da ação (isto é, na contravenção do cuidado), se abriu caminho para uma explicação conforme a estrutura da ação culposa. Os tipos dos delitos dolosos e culposos compreendem a ação final (dirigida) desde distintos pontos de vista: enquanto os tipos dos delitos dolosos (dolosos no sentido de dolo de tipo) compreendem a ação final na medida em que sua vontade de ação está dirigida à realização de resultados (objetivos) intoleráveis socialmente, os tipos dos delitos culposos se ocupam da classe de execução da ação final em relação a consequências intoleráveis socialmente, que o autor ou bem confia que não se produzirão ou bem sequer pensa em sua produção, e compreendem aquelas execuções de ação (processos de direção) que lesionaram o cuidado requerido (para evitar tais consequências) no âmbito de relação.<sup>29</sup>

O finalismo se mostrou uma corrente de pensamento mais adequada e mais resistente às críticas feitas ao modelo vigente, em virtude de seus méritos. Assim sendo, atualmente é a teoria adotada pelo Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei Nº2.848, de 7 de dezembro de 1940, depois da reforma realizada na Parte Geral no ano de 1984, pela Lei Nº 7.209 de 1984, pois inicialmente o Código Penal Brasileiro era causalista.

## **2.4 Outras teorias**

O causalismo, neokantismo e o finalismo não foram as únicas teorias a respeito da conduta humana e seu significado. Outras teorias foram desenvolvidas, principalmente tendo como base algumas falhas das teorias principais. Neste trabalho as teorias já mencionadas foram abordadas com mais detalhes pois foram consideradas as mais importantes, as demais não serão mencionadas.

---

<sup>29</sup> WELZEL, 1976 apud GRECO, 2022. p. 967.

### 3 CONCURSO DE CRIMES E SISTEMAS APLICÁVEIS

Passada a fase de investigação histórica, é necessário entender o que é concurso de crimes para entender suas implicações nas penas aplicadas, bem como para entender os argumentos apresentados neste trabalho a respeito da falta de critério da jurisprudência para determinar quantas ações foram cometidas em determinados contextos.

O concurso de crimes é de suma importância para determinar a quantidade de pena aplicável a certos delitos quando a prática criminosa do agente produz dois ou mais crimes mediante uma ou mais de uma ação. Trata-se, portanto, de um instituto que causa severas alterações para o réu e que sua aplicação na prática gera controvérsias. Conforme expõe Cleber Masson:

Concurso de crimes é o instituto que se verifica quando o agente, mediante uma ou várias condutas, pratica duas ou mais infrações penais. Pode haver, portanto, unidade ou pluralidade de condutas, sempre serão cometidas, contudo, duas ou mais infrações penais.<sup>30</sup>

#### 3.1 Sistemas

Juarez Cirino dos Santos informa que atualmente existem três sistemas usados para determinar a prática de uma pluralidade de fatos típicos, que são o sistema da pluralidade sucessiva de fatos típicos resultantes de ações independentes em que as penas são somadas pelo critério da cumulação, ou seja, o concurso material previsto no art. 69 do Código Penal. Também existe o sistema da pluralidade simultânea de dois ou mais fatos típicos que são produzidos mediante uma só ação, consistente no concurso formal próprio previsto no art. 70 do Código Penal, primeira parte, e regido pelo critério da exasperação na modalidade própria, bem como pelo critério da cumulação na modalidade imprópria, caracterizada por desígnios autônomos. O terceiro sistema exige a pluralidade de ações da mesma espécie praticadas de forma continuada, com aplicação do critério da exasperação, é o chamado crime continuado previsto no art. 71 do Código Penal.

---

<sup>30</sup> MASSON, op. cit., p. 653.

No Direito Penal moderno predominam três sistemas de atribuição de pluralidade de fatos ou de resultados típicos: a) a pluralidade sucessiva de fatos típicos, iguais ou distintos, produzidos por *sucessivas ações típicas independentes, regida pelo princípio da cumulação* das penas; b) a pluralidade *simultânea* de dois ou mais resultados típicos, iguais ou distintos, produzida por uma ação típica isolada, regida pelo princípio da *exasperação* da pena; c) a pluralidade *continuada* de ações típicas, em que uma sequência de fatos típicos de mesma espécie aparece como unidade de ação típica, também regida pelo princípio da *exasperação* da pena.<sup>31</sup>

Cleber Masson apresenta critérios distintos dos apresentados por Cirino no tocante ao terceiro sistema, já que na explicação de Masson o terceiro sistema de Cirino nada mais é do que o sistema da exasperação aplicado ao crime continuado. Assim, o terceiro sistema realmente existente é o da absorção, que representa a absorção da pena do crime menos grave pela pena do crime mais grave:

Aplica-se exclusivamente a pena da infração penal mais grave, dentre as diversas praticadas pelo agente, sem qualquer aumento. Esse sistema foi consagrado pela jurisprudência em relação aos crimes falimentares praticados pelo falido, sob a égide do Decreto-lei 7.661/1945, em virtude do princípio da unidade ou unicidade dos crimes falimentares, e preservado com a entrada em vigor | da Lei 11.101/2005 - Lei de Falências.<sup>32</sup>

Em uma passagem que menciona o principal ponto abordado por este trabalho, Luiz Regis Prado afirma que o concurso de crimes implica na presença de uma pluralidade de delitos, e que por isso M. E. Mayer denominou o concurso de crimes como a arte de contar delitos.

A partir daí, surge o concurso de delitos, que se verifica quando o agente, por meio de uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais delitos. Isso significa a presença de uma pluralidade delitiva. Não é sem razão o fato de ter sido denominado a “arte de contar os delitos.”<sup>33</sup>

Luiz Regis Prado enfatiza a importância da necessidade de se determinar com clareza quando há somente uma ou quando há mais de uma ação porque é essa diferença que permite a aplicação do concurso de crimes adequado ao caso concreto.

---

<sup>31</sup> SANTOS, op. cit., p. 396.

<sup>32</sup> MASSON, op. cit., p. 653–654.

<sup>33</sup> PRADO, op. cit., p. 1174.

O autor também menciona a diferença entre ato e ação, informando que a ação não é mero processo causal e que não consiste em um movimento corpóreo ou ato, já que uma mesma ação pode ser formada por diversos atos e esses sim são entendidos como movimentos corporais. Nas palavras do autor:

No desenvolvimento do tema *unidade e pluralidade delitiva*, é preciso solucionar impasse decisivo concernente em se determinar quando há *unidade ou pluralidade de ações*. Sobre essa distinção é que se assenta a divisão do *concursum delictorium* em concurso material (real) e concurso formal (ideal), bem como a imposição de semelhantes consequências jurídicas. A ação humana, como unidade de sentido desde uma perspectiva social, não se reduz a um mero processo causal ou naturalístico e, portanto, não se confunde com movimento corporal ou ato, tanto que uma ação pode integrar-se por um ou vários movimentos corporais.<sup>34</sup>

A respeito da diferença entre ato e ação, Eugênio Pacelli aborda a questão com mais detalhes e afirma que um ato consiste em um movimento corporal ou em manifestação de passividades, enquanto que uma ação ocorre quando há efetiva realização do núcleo verbal do tipo<sup>35</sup>.

Em um roubo cometido contra diversos passageiros os atos consistentes em bater nas vítimas, em apontar a arma e ordenar que o motorista pare o veículo por alguns instantes constituem meros atos destinados ao alcance do objetivo final, que é subtrair os bens das pessoas. A ação em si só ocorre no momento em que os bens são subtraídos, como o momento em que a vítima entrega o celular para o assaltante ou quando este inverte a posse do bem da vítima por ato comissivo, conforme mostra Pacelli:

No crime de homicídio, por exemplo, pode estar presente toda uma cadeia de atos voltados para a produção do resultado morte, indo desde a preparação do crime (atos preparatórios) até a respectiva execução, podendo essa desdobrar-se em vários atos corporalmente distintos (ato de abordagem, de luta e de desfecho do golpe decisivo). No entanto, a ação que interessa na estruturação do concurso de crimes é aquela que realiza o núcleo do tipo penal (*matar alguém*).<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Ibid., p.1175.

<sup>35</sup> PACELLI; CALLEGARI, 2019., p. 593

<sup>36</sup> Ibid., p. 593–594.

Pacelli aponta que um bom exemplo de crime cometido mediante uma só ação, mas com diversos atos é o caso do sequestro. Por tratar-se de um crime permanente a consumação se protraí no tempo enquanto a vítima está em poder dos sequestradores<sup>37</sup>. Não são praticados diversos crimes e sim vários atos com o objetivo de concretizar o crime de sequestro, como colocar a vítima em um veículo, transportá-la para um local e mantê-la presa por algum período de tempo. Todos esses atos constituem o crime de sequestro, cuja ação é praticada durante todo o momento em que o núcleo verbal se protraí no tempo.

Pacelli defende que em caso de reiteração do mesmo tipo penal em crimes simultâneos haverá unidade de ação mesmo havendo lesão a bens jurídicos de titulares diversos, conforme explica Pacelli:

E, por fim, pode-se encontrar a unidade de ação também nas situações em que a reiteração de um mesmo tipo penal ocorre simultaneamente, como se dá no crime de injúria, praticado mediante várias ofensas, seja por escrito (uma única carta ou mensagem), seja direta e verbalmente proferida diante da vítima ou de terceiros. O que importa em tais casos é que a repetição do ato (para a *unidade* da ação) não modifique a natureza (qualidade) da lesão, embora se tenha o aumento dela (quantitativo, portanto), e que “descanse sobre uma motivação unitária (culpabilidade unitária)”. Não descaracterizará a unidade de ação o fato de serem atingidos bens jurídicos de diferentes titulares, no mesmo contexto fático.<sup>38</sup>

Ao analisar o problema da contagem de ações, Luiz Regis Prado afirma que para a teoria naturalística a existência de unidade de conduta implica na unidade de crime. Para o autor, a unidade de ação é um conceito valorativo.<sup>39</sup>

### 3.2 Concurso Material

Conforme adverte Luiz Regis Prado, para que haja a prática de crimes em concurso material é preciso que haja mais de uma ação ou omissão, bem como a presença de pluralidade de crimes, não importa se idênticos ou não. Essa modalidade de concurso de crimes está prevista no art. 69 do Código Penal e impõe, em caso de

---

<sup>37</sup> Ibid., p. 594.

<sup>38</sup> PACELLI; CALLEGARI, 2019, p. 594–595.

<sup>39</sup> PRADO, 2019. p. 1175.

sua prática, a necessária soma das penas cominadas aos diversos delitos praticados em concurso material, com a aplicação do sistema do cúmulo material. Nas palavras do já mencionado autor:

Há concurso material quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. O concurso material ou real implica uma efetiva pluralidade de delitos imputáveis ao agente.<sup>40</sup>

Vale ressaltar que o concurso material pode ser homogêneo ou heterogêneo. No primeiro caso exige-se a prática de crimes iguais e, no segundo, a prática de crimes previstos em tipos diferentes, mas há divergência doutrinária a respeito deste critério. Busato cita René Dotti para mostrar a existência de posição doutrinária no sentido de que o concurso material homogêneo também pode ser caracterizado por uma forma mais grave ou qualificada do crime. O autor salienta que há posições no sentido de que somente com a prática dos exatos mesmos crimes é que se está diante de um concurso material homogêneo, como em dois roubos com emprego de arma de fogo.

Fala-se em *concurso material homogêneo* quando os crimes praticados são da mesma modalidade delitiva, e *concurso material heterogêneo*, quando diversas. A questão de identidade dessa modalidade delitiva porém, é algo que divide a doutrina. Por exemplo, para René Dotti, “o crime é idêntico a outro não somente quando é previsto no mesmo dispositivo legal, como, também, quando caracteriza uma forma especialmente mais grave ou qualificada do mesmo crime, tal como no furto (simples, com a pena especialmente aumentada ou qualificada)”.<sup>47</sup>

De modo diverso, há quem defenda a ideia de que somente os tipos penais substancialmente idênticos – por exemplo, dois roubos, ambos circunstanciados pelo emprego de arma de fogo –, podem ser considerados crimes da mesma espécie, de tal modo a permitir a identificação de *concurso homogêneo*.<sup>41</sup>

Uma vez que o concurso de crimes se insere na terceira fase da dosimetria penal, não há limitação à pena máxima que pode ser aplicada na somatória, por isso existem casos em que os agentes são condenados a mais de cem anos de prisão,

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 1178.

<sup>41</sup> BUSATO, Paulo César. Parte Geral. In: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2020, p. 1281–1282.

mas há limitação em relação à pena máxima que o agente pode cumprir, exceto caso haja nova condenação com unificação. Mesmo uma pessoa condenada a mais de cem anos só pode ficar presa por no máximo quarenta anos no Brasil, de acordo com o artigo 75 do Código Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei 13.964 de 2019. Essa limitação era menor, correspondente a trinta anos como pena máxima, mas com a edição do Pacote anticrime esse limite foi aumentado em razão de critérios biológicos, conforme salienta Busato:

Não há limites para a cumulação dessas penas, serão somadas tantas quantos forem os crimes praticados. Entretanto, existe um limite máximo para fins do cumprimento da pena, estabelecido em 40 anos (art. 75 do Código Penal, com redação dada pela Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019). A ampliação de 30 para 40 anos, ditada pela lei, encontra fundamento biológico, mas quiçá, não se justifica da mesma forma do ponto de vista político-criminal.<sup>42</sup>

### 3.3 Concurso Formal

Há concurso formal ou ideal de crimes quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, conforme previsto no art. 70 do Código Penal. Será aplicado o sistema da exasperação em que há a aplicação da pena de um dos crimes praticados, no caso a maior das penas, se forem iguais será aplicada somente uma, mas com um aumento correspondente de um sexto até metade. O concurso formal ou ideal de crimes tem como fundamento questões de política criminal, de acordo com as lições de Rogério Greco:

Fundada em razões de política criminal, a regra do concurso formal foi criada a fim de que fosse aplicada em benefício dos agentes que, com a prática de uma única conduta, viessem a produzir dois ou mais resultados também previstos como crime.<sup>43</sup> Dependendo do concurso, se homogêneo ou heterogêneo, o Código Penal traz soluções diversas no momento da aplicação da pena. Se homogêneo, o juiz, ao reconhecer o concurso formal, deverá aplicar uma das penas, que serão iguais em virtude da prática de uma mesma infração penal, devendo aumentá-la de um sexto até a metade; se heterogêneo o concurso, o juiz deverá selecionar a mais grave das penas e, também nesse caso, aplicar o percentual de aumento de um sexto até metade.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Ibid., p. 1282.

<sup>43</sup> GRECO, op. cit., 1385.

<sup>44</sup> Ibid., p. 1388–1389

A respeito do concurso formal, Paulo Queiroz ensina que o aumento praticado deve variar conforme o número de vítimas:

Reconhecido o concurso formal, aplica-se ao agente a mais grave das penas cabíveis, ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até a metade (critério da exasperação), devendo o respectivo aumento variar conforme o número de vítimas. Assim, se, no exemplo dado, *B* morre e *C* sofre lesões corporais, aplicar-se-á a pena do homicídio doloso, com aumento (decorrente do concurso) que variará de um sexto até a metade.<sup>45</sup>

O concurso formal pode ser dividido em perfeito ou próprio e em imperfeito ou impróprio. No primeiro caso os diversos resultados ocorridos são praticados mediante condutas culposas ou com dolo na primeira e culpa na segunda conduta, o que descaracteriza a presença de desígnios autônomos e exige a aplicação do sistema da exasperação. No caso do concurso formal imperfeito ou impróprio, verifica-se a prática de duas ou mais condutas dolosas, em que a vontade do agente já era, desde o princípio, voltada para a prática de dois ou mais crimes com dolo em relação a cada um, o que caracteriza a existência de desígnios autônomos e, conseqüentemente, o concurso formal imperfeito. No último caso, o sistema a ser aplicado, diferentemente do que ocorre no concurso formal próprio, é o sistema do cúmulo material, pois as penas serão somadas. Nas palavras de Cleber Masson:

Divide-se o concurso formal, ainda, em perfeito e imperfeito. Perfeito, ou próprio, é a espécie de concurso formal em que o agente realiza a conduta típica, que produz dois ou mais resultados, sem agir com desígnios autônomos. Desígnio autônomo, ou pluralidade de desígnios, é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um crime culposos. Imperfeito, ou impróprio, é a modalidade de concurso formal que se verifica quando a conduta dolosa do agente e os crimes concorrentes derivam de desígnios autônomos. Portanto, envolve crimes dolosos, qualquer que seja sua espécie (dolo direto ou dolo eventual).<sup>46</sup>

A respeito do concurso formal impróprio, Paulo Queiroz assim se manifesta:

---

<sup>45</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>46</sup> MASSON, op. cit., p. 657.

É possível, porém, excepcionalmente, a aplicação ao concurso formal da regra do concurso material. Tal ocorre quando os vários crimes, embora decorrentes de uma ação única, resultam de desígnios autônomos (concurso formal imperfeito), isto é, quando o agente quer praticar, mediante uma ação, os vários crimes, e não um só, dolosamente[...].<sup>47</sup>

O concurso formal pode ser homogêneo ou heterogêneo, a depender dos crimes praticados. Caso haja a prática de crimes iguais haverá concurso formal homogêneo, caso haja a prática de crimes diferentes haverá a prática de concurso formal heterogêneo, conforme aduz Cleber Masson:

O concurso formal, inicialmente, pode ser homogêneo ou heterogêneo. É homogêneo quando os crimes são idênticos. Exemplo: três homicídios culposos praticados na direção de veículo automotor. Diz-se, por sua vez, heterogêneo o concurso formal quando os delitos são diversos. Exemplo: “A, dolosamente, efetua disparos de arma de fogo contra “B” seu desafeto, matando-o. O projétil, entretanto, perfura o corpo da vítima, resultando em lesões culposas em terceira pessoa.<sup>48</sup>

Vale ressaltar que o concurso formal próprio pode exigir a prática de um crime doloso juntamente a um culposo, bem como a prática de vários crimes culposos, pois é possível que o agente atue em concurso formal próprio mesmo que não haja dolo, o que não pode ocorrer é o dolo em dois ou mais dos crimes cometidos, pois haverá concurso formal impróprio, conforme relata Eugênio Pacelli:

E nem sempre se exigirá a presença de crime doloso no concurso formal. Aquele que, embriagado ou em alta velocidade, causa um acidente que vem a atingir (morte ou lesões corporais) diversas pessoas, responderá por tantos crimes *culposos* tenham se concretizado. [...] De outro lado, não se pode dizer que não seja possível a realização de dois ou mais crimes *dolosos* por meio de uma única ação. É claro que é possível, conforme, aliás, antecipamos nas notas introdutórias ao tema. No entanto, nesses casos o tratamento da matéria equivalerá àquele reservado ao concurso material em atenção à autonomia da vontade ou de desígnios, não se justificando a mesma solução prevista para o acréscimo pelo resultado culposo.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 304.

<sup>48</sup> MASSON, op. cit., p. 657.

<sup>49</sup> PACELLI; CALLEGARI, op. cit., p. 601.

Ainda segundo Masson existem duas teorias acerca do concurso formal, sendo que a teoria subjetiva exige unidade de desígnios na conduta para a caracterização do concurso formal, e a objetiva, adotada pelo Código Penal, exige unidade de conduta com variados resultados<sup>50</sup>.

No § único do art. 70 do Código Penal, há a previsão do concurso material mais benéfico ao réu. Trata-se da situação em que o concurso formal próprio, que é um benefício para quem pratica uma só conduta com vários resultados lesivos, não se mostra benéfico para o agente e, se aplicado, proporcionará uma pena maior do que a pena que seria aplicada pela regra do concurso material do art. 69 do Código Penal. Em função disso, em vez de aplicar o sistema da exasperação, aplica-se o sistema do cúmulo material nessa situação. Cleber Masson traz um exemplo de concurso material mais benéfico:

Veja-se o seguinte exemplo: “A, com a intenção de ser promovido na empresa em que trabalha, arremessa, dolosamente, uma pedra contra a cabeça de “B”, com o escopo de tirá-lo da disputa pela vaga (motivo torpe), matando-o. Em face de sua imprudência, uma vez que o local em que foi praticada a conduta estava repleto de pessoas, a pedra atinge também a perna de “C”, nele produzindo, culposamente, lesões corporais. Após o regular trâmite da ação penal, é condenado pela prática dos dois crimes, em concurso formal perfeito. Levando-se em conta o mínimo legal de cada um dos crimes, como devem as penas ser aplicadas? O homicídio qualificado tem a pena mínima de 12 anos de reclusão, e as lesões corporais culposas, detenção de 2 meses. De acordo com o sistema da exasperação, o cálculo seria: 12 anos de reclusão (crime mais grave) + 1/6 (aumento mínimo) = 14 anos de reclusão (pena final). Já para o sistema do cúmulo material, o cálculo seria outro: 12 anos de reclusão (homicídio qualificado) + 2 meses de detenção (lesões culposas) = 12 anos de reclusão e 2 meses de detenção (pena final). Conclui-se, pois, ser em alguns casos o sistema do cúmulo material melhor do que o da exasperação, prevalecendo sobre este, Fala-se, no caso, em **concurso material benéfico** ou **favorável** (sem grifos no original).<sup>51</sup>

### 3.4 Crime Continuado

No tocante à definição de crime continuado, conforme as lições de Rogério Sanches Cunha, trata-se do crime praticado mediante mais de uma ação ou omissão, todos da mesma espécie e com a presença de semelhantes condições de tempo,

---

<sup>50</sup> MASSON, op. cit., p. 657.

<sup>51</sup> MASSON, op. cit., p. 659.

lugar e maneira de execução, de modo que os crimes subsequentes são tidos como continuação do primeiro, conforme definição exposta no art. 71 do Código Penal. O sistema a ser aplicado é o sistema da exasperação, o mesmo aplicado ao concurso formal próprio. De acordo com o relato do autor:

Verifica-se a continuidade delitiva (ou crime continuado), estampada no art. 71 do CP, quando o sujeito, mediante pluralidade de condutas, realiza uma série de crimes da mesma espécie, guardando entre si um elo de continuidade (em especial, as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução).<sup>52</sup>

Assim como no caso do concurso material mais benéfico, o crime continuado, por razões de política criminal, deve ser desconsiderado caso não seja mais benéfico para o réu, de acordo com a parte final do § único do art. 71, consoante com o exposto por Rogério Greco:

Criado também por razões de política criminal, o crime continuado deverá ser aplicado sempre que beneficiar o agente, devendo-se desprezá-lo quando a ele for prejudicial, conforme determina a última parte do parágrafo único do art. 71 do Código Penal.<sup>53</sup>

Com apoio de Bettiol, Fernando Capez menciona que a origem do crime continuado está ligada ao favor rei, já que no período medieval a pena para quem fosse pego praticando três furtos era a morte, e para evitar essa situação criou-se a tendência de entender como um único furto a pluralidade destes crimes, de acordo com Fernando Capez:

Lembra Bettiol que suas origens políticas se encontram indubitavelmente um *favor rei*, o que levou os juristas medievais a considerar como furto único uma pluralidade de furtos, para assim evitar as consequências draconianas que de outra forma adviriam, uma vez que se aplicava a pena de morte contra quem cometesse três furtos, ainda que de pequeno valor.<sup>54</sup>

No tocante à significação do que seja o requisito de que os crimes sejam da mesma espécie para que possa haver continuidade delitiva, Rogério Greco apresenta

---

<sup>52</sup> CUNHA, op. cit., p. 630.

<sup>53</sup> GRECO, op. cit., p. 1395–1396

<sup>54</sup> BETTIOL, 1950 apud CAPEZ, Fernando. Parte geral: Arts. 1º a 120. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. São José dos Campos: SaraivaJur, 2020.

duas posições a respeito do tema. A primeira posição dispõe que são da mesma espécie os crimes que protegem o mesmo bem jurídico, desse modo, furto e roubo seriam caracterizados como crimes da mesma espécie. Para a segunda corrente doutrinária crimes de mesma espécie são os que possuem o mesmo tipo penal, sendo que podem ser simples, privilegiados ou qualificados, tendo a nossa jurisprudência adotado a segunda corrente, nas palavras de Rogério Greco:

Na verdade, embora se possa encontrar alguma decisão em contrário, a posição majoritária de nossos Tribunais Superiores é no sentido de considerar como crimes da mesma espécie aqueles que tiverem a mesma configuração típica (simples, privilegiada ou qualificada).<sup>55</sup>

Para Rogério Sanches Cunha, o critério majoritário é diferente. Segundo o autor, crimes da mesma espécie são aqueles que protegem o mesmo bem jurídico, com algumas exceções como é o caso do roubo e da extorsão, bem como do roubo e do latrocínio. Essas exceções foram reconhecidas pela jurisprudência do STJ.

A orientação dominante considerava crimes da mesma espécie aqueles inseridos no mesmo tipo penal, com exceções pontuais. Atualmente, no entanto, o STJ tem decidido que tais crimes são aqueles que protegem o mesmo bem jurídico, ainda que por meio de tipos penais diversos: [...] Há de se destacar, porém, a existência de crimes que, não obstante tutelem o mesmo bem jurídico, são considerados de espécies distintas pelo STJ, que, em razão disso, impede a incidência da continuidade delitiva: [...].<sup>56</sup>

Segundo Cleber Masson há duas teorias a respeito do crime continuado: a primeira é a teoria da ficção jurídica que considera o crime continuado como uma ficção, sendo que os diversos fatos criminosos são considerados como um único delito quando da aplicação da pena. Já para a teoria da realidade, o crime continuado é na verdade um delito único que pode ser composto ou não por vários atos, já que para essa teoria não há relação direta entre atos e unidade ou diversidade de condutas praticadas, nas palavras de Masson:

Para a teoria da ficção jurídica, desenvolvida por Francesco Carrara, como seu próprio nome indica, a continuidade delitiva é uma ficção

---

<sup>55</sup> GRECO, op. cit., p. 1399.

<sup>56</sup> CUNHA, op. cit., p. 632.

criada pelo Direito. Existem, na verdade, vários crimes, considerados como um único delito para fins de aplicação da pena”. Os diversos delitos parcelares formam um crime final. Foi a teoria acolhida pelo art. 71 do Código Penal”. Por outro lado, a teoria da realidade, ou da unidade real, idealizada por Bernardino Alimena, vislumbra o crime continuado como um único delito. Para ele, a conduta pode ser composta por um ou vários atos, os quais não necessariamente guardam absoluta correspondência com a unidade ou pluralidade de delitos”.<sup>57</sup>

Dissertando sobre a natureza jurídica do crime continuado, Paulo Queiroz afirma que na verdade essa figura constitui um concurso material que recebeu tratamento de concurso formal por razões de política criminal:

O chamado crime continuado constitui, assim, uma forma de concurso material (o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes), mas o legislador, por motivos de conveniência político-criminal, tratou como se fosse concurso formal, isto é, como se constituísse um só crime, cuidando-se de uma ficção legal (unidade jurídica de ação). Em síntese: o crime continuado tem a natureza de concurso material, mas recebe tratamento de concurso formal.<sup>58</sup>

Rogério Greco cita outras teorias que não tratam a natureza jurídica do crime continuado e sim da configuração de tal modalidade de concurso. A primeira é a teoria objetiva em que há necessidade da presença dos elementos objetivos previstos no art. 71 como condições de tempo, lugar e modo de executar. Para a teoria subjetiva a identificação do crime continuado independe das condições objetivas e necessita da presença de um liame subjetivo entre os crimes. A última teoria é a mista, híbrida ou objetivo-subjetiva e exige tanto a presença de elementos objetivos quanto de elementos subjetivos. Rogério Greco aponta que essa é a teoria que mais se coaduna com o nosso Código Penal:

Acreditamos que a última teoria – objetivo-subjetiva – é a mais coerente com o nosso sistema penal, que não quer que as penas sejam excessivamente altas, quando desnecessárias, mas também não tolera a reiteração criminosa.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> CARRARA, 2004 apud MASSON, 2020, p. 660–661.

<sup>58</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 304.

<sup>59</sup> GRECO, op. cit., p. 1404.

O autor menciona que o entendimento da nossa jurisprudência é no mesmo sentido:

Nesse sentido, já se posicionou o STJ, conforme se verifica nas ementas abaixo transcritas: “O crime continuado é benefício penal, modalidade de concurso de crimes, que, por ficção legal, consagra unidade incindível entre os crimes parcelares que o formam, para fins específicos de aplicação da pena. Para a sua aplicação, a norma extraída do art. 71, *caput*, do Código Penal exige, concomitantemente, três requisitos objetivos: I) pluralidade de condutas; II) pluralidade de crime da mesma espécie; III) condições semelhantes de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes (conexão temporal, espacial, modal e ocasional); IV) e, por fim, adotando a teoria objetivo-subjetiva ou mista, a doutrina e jurisprudência inferiram implicitamente da norma um requisito da unidade de desígnios na prática dos crimes em continuidade delitiva, exigindo-se, pois, que haja um liame entre os crimes, apto a evidenciar de imediato terem sido esses delitos subsequentes continuação do primeiro, isto é, os crimes parcelares devem resultar de um plano previamente elaborado pelo agente” (STJ, HC 490.707 / SC, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 1º/03/2019)<sup>60</sup>

Importante mencionar a doutrina de Paulo César Busato, que traz apontamentos relevantes no tocante à tese principal deste trabalho, sobre o problema envolvido em como contar ações. O autor entende que no caso de roubos cometidos contra diversos passageiros dentro de ônibus coletivo, deve-se aplicar a modalidade do crime continuado, pois os resultados produzidos derivam cada um de uma conduta, reconhecendo, assim, que nesta situação há a prática de mais de uma ação, ao contrário do entendimento consolidado do STJ pela aplicação do concurso formal próprio, mediante uma só ação.

Esses requisitos são que os crimes praticados sejam da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, os subsequentes possam ser entendidos como continuidade do primeiro. Assim, por exemplo, no caso de roubos praticados no interior de um ônibus em que o agente ingressa armado no coletivo e vai apontando uma arma e retirando pertences de um a um dos passageiros. Há, na hipótese, um mesmo contexto fático, ainda que sejam vários os resultados, cada qual derivado de uma única conduta.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Ibid., p. 1405.

<sup>61</sup> BUSATO, op. cit., p. 1290.

Em relação aos requisitos para a existência do crime continuado, o fator tempo chama atenção por mostrar-se relevante a necessidade de saber até qual momento um crime pode ser considerado como continuação do primeiro. Busato apresenta essa discussão afirmando que pela dificuldade envolvida o melhor é não estabelecer um critério fixo de tempo e sim deixar claro que o tempo não será considerado um fator primordial na definição da existência ou não de continuidade. O mesmo deve ser dito em relação ao lugar do crime, bem como aos modos de execução dos crimes, de acordo com o exposto pelo autor:

Mas há questões que chamam a atenção. Por exemplo, o que pode definir uma continuidade, no que respeita ao fator tempo. É claro que é um crime continuado se durante uma única noite, uma quadrilha se pôs a furtar bens de casas contíguas em uma mesma rua. Também é continuidade delitiva a atividade do assaltante que aguarda a saída de pessoas do caixa eletrônico de um banco para subtrair-lhes, mediante ameaça com arma de fogo, as quantias retiradas. Mas esse dado de tempo – dentro da mesma hora ou dentro do mesmo dia – não tem por que ser fixo. Por exemplo, também possui característica de continuidade delitiva o saque mensal dos valores de aposentadoria, com o cartão da previdência pertencente a pessoa já morta que, por relações de parentesco, teria declinado a senha para o autor. O tema dos critérios relativos ao tempo é reconhecido pela doutrina como de difícil solução. Parece que a melhor solução não é estabelecer um intervalo de tempo definido entre as condutas, mas, sim, deixar sentado que a distância cronológica entre um fato e outro não pode ser fator que *infirmo, significativamente*, a ideia de uma continuidade de atividade delitiva. O mesmo se diga em relação ao *lugar* do crime.<sup>90</sup> Veja-se, por exemplo, que casas, vizinhas, ruas de um mesmo bairro, bairros de uma mesma cidade, cidades de uma mesma região metropolitana ou de um mesmo Estado podem configurar circunstâncias denotativas de continuidade. A prospecção, como visto, deve ser negativa, ou seja, deve-se verificar se o fator geográfico não é indicativo de evidências de cessação de uma continuidade. Finalmente, o mesmo se dá quanto ao modo de execução, sendo permissível o reconhecimento da continuidade delitiva até mesmo diante de uma variação entre comparsas de práticas delitivas sucessivas.<sup>62</sup>

Para o STJ o crime continuado exige uma distância temporal máxima de trinta dias entre um crime e outro a fim de que haja a continuidade delitiva, mas há exceção reconhecida pelo Tribunal em que se admite o reconhecimento do crime continuado a condutas praticadas com intervalo superior a trinta dias de diferença, desde que haja

---

<sup>62</sup> BUSATO, op. cit., p. 1294–1295.

excepcional vinculação entre as condutas, conforme se extrai da jurisprudência da Corte Superior:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PLEITO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. LAPSO SUPERIOR A 30 DIAS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. Esta Corte possui entendimento no sentido de que "Inexistindo previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável afastá-la, apenas pelo fato de o intervalo ter ultrapassado 30 dias" (AgRg no AREsp 531.930/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/2/2015). E ainda "Embora para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, **em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo** (sem grifos no original).<sup>63</sup>

Tudo o que foi dito a respeito do concurso material mais benéfico previsto para o concurso formal próprio também pode ser aplicado ao crime continuado, de acordo com o § único do art. 71 do CP. Esse mesmo dispositivo também prevê a possibilidade do crime continuado qualificado, em que há a prática de mais de uma ação com o emprego de violência ou grave ameaça contra vítimas diversas. Nesse caso poderá o juiz aumentar uma das penas, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observando o concurso material mais benéfico e desde que seja indicado pelas circunstâncias, culpabilidade, antecedentes, conduta social, bem como pela personalidade e motivos. A redação do § único do art. 71 veio justamente para permitir a aplicação do crime continuado aos crimes contra a vida, o que antes não era admitido por força da súmula 605 do STF, nas palavras de Rogério Greco:

Com a redação trazida pela parte geral de 84, cai por terra a Súmula nº 605 do STF, que dizia não se admitir a continuidade delitiva nos crimes contra a vida. Hoje, portanto, será perfeitamente admissível a hipótese de aplicação das regras do crime continuado àquele que, por vingança, resolve exterminar todos os homens pertencentes a uma família rival à sua, ou, na hipótese de roubo, julgada pelo STF [...]<sup>64</sup>

<sup>63</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1738490/GO. Crime de estelionato e apropriação indébita. [...] 71 do código penal. Relator: Min. Felix Fischer, 4 set. 2018. **DJe**, Brasília, 10 set. 2018. Online.

<sup>64</sup> GRECO, op. cit., p. 1407.

#### 4 CONCURSO APARENTE DE NORMAS

Muitas vezes as situações conflitantes existentes não derivam necessariamente de problemas relacionados ao concurso de crimes nem de como contar ações e sim do conflito aparente de normas, que consiste em uma situação em que várias leis aparentemente podem ser aplicadas ao mesmo fato, só que na verdade somente uma delas poderá ser aplicada, por isso é que o concurso é chamado de concurso aparente de normas. Na definição de Luiz Regis Prado:

O concurso aparente de leis penais (segundo alguns, concurso ideal impróprio, concurso aparente de tipos) diz respeito à interpretação e aplicação da lei penal. Verifica-se na situação em que várias leis são *aparentemente aplicáveis a um mesmo fato, mas, na realidade, apenas uma tem incidência*. Sendo assim, não há verdadeiramente concurso ou conflito, mas tão somente aparência de concurso, visto que existe transgressão real de apenas uma lei penal, o que dá lugar também a um único delito.<sup>65</sup>

O concurso aparente de normas encontra fundamento na vedação ao *bis in idem*, que dispõe que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato, conforme assevera Luiz Regis Prado:

Fundamenta-se no princípio de coerência sistemática e na máxima *ne bis in idem*, que veda punir duplamente o mesmo fato, como decorrência lógica do princípio da unidade do ordenamento jurídico<sup>66</sup>

Para que ocorra um conflito aparente de lei alguns pressupostos são necessários. Assim, é preciso que haja unidade de fato juntamente com pluralidade de leis aplicáveis ao caso concreto para ser possível um concurso aparente de normas. De acordo com as palavras de Luiz Regis Prado:

Para que ocorra um concurso aparente de leis, certos pressupostos são exigidos: unidade de fato e pluralidade de leis. Desse modo, deve haver um só fato – correspondente a uma única violação real da lei – e, pelo menos, duas normas concorrentes com aparente aplicabilidade.<sup>67</sup>

---

<sup>65</sup> PRADO, op. cit., p. 438.

<sup>66</sup> PRADO, op. cit., p. 438.

<sup>67</sup> Ibid. loc. cit.

A respeito dos requisitos necessários para a existência do concurso aparente de normas, Juarez Tavares diz que a doutrina dá muita importância a esse tema para tentar resolver questões ligadas ao concurso de crimes, mas o melhor a ser feito é seguir os parâmetros apresentados por Díez Ripollés. Díez exige unidade de delito, possibilidade de incidência de mais de um preceito normativo e, pela coerência da ordem, somente um destes preceitos poderá incidir sobre o caso concreto. Nas palavras de Juarez Tavares:

A doutrina quer atribuir importância extraordinária ao concurso de leis, fazendo derivar de seus critérios toda a conclusão relativa ao concurso de crimes. Parece, porém, que a melhor orientação deve partir de algumas considerações de DÍEZ RIPOLLÉS, pelas quais se pode concluir que o concurso de leis terá como parâmetros o seguinte: a) juridicamente deve estar configurada uma hipótese de unidade de delito; b) sobre esta unidade de delito pode incidir mais de um preceito normativo; c) em face de princípios de coerência da ordem jurídica, só um desses preceitos, afinal, deverá incidir sobre aquela unidade de delito.<sup>957</sup> Portanto, no concurso de leis ou concurso aparente de normas, se trata de determinar sob que lei se deva processar a imputação, quando se reconheça, simultaneamente, a unidade de delito e a pluralidade de leis. Não cabe aqui, portanto, decidir acerca da unidade ou pluralidade de delitos <sup>68</sup>

Cleber Masson diferencia o concurso de crimes do concurso aparente e normas. Para o autor, no primeiro caso o agente responde por todas as violações legais imputadas, enquanto que no segundo caso a aplicação de uma lei impede a aplicação da outra. De acordo com Masson:

No concurso de crimes, todas as leis violadas serão aplicadas no caso concreto, implicando a soma ou majoração das penas previstas para cada uma delas, em suma, tudo o que foi praticado será imputado ao agente. Ao contrário, no conflito aparente de leis a incidência de uma delas impede a aplicabilidade da outra. Como um de seus requisitos é a unidade de fato, restaria configurado o bis in idem se houvesse mais de uma punição. A um fato corresponde igualmente uma pena. As diversas leis buscam espaço, concorrem, mas, ao final, superado o processo exegético, apenas uma será utilizada, acarretando a incidência da sanção penal a ela destinada.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> RIPOLLÉS, 2007 apud TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. E-book.

<sup>69</sup> MASSON, op. cit., p. 121.

Existem alguns princípios que são utilizados para resolver o conflito aparente de normas: o princípio da especialidade, princípio da subsidiariedade e o princípio da consunção. O princípio da especialidade diz que a lei especial deve prevalecer sobre a lei geral, porque há a presença de elementos especializantes que tornam a lei especial diferenciada em relação à lei geral. Nas palavras de Masson:

A lei especial, também chamada de específica, possui sentido diferenciado, particularizado. Cuida-se daquela cuja previsão reproduz, de modo expresso ou elíptico, a da lei geral, tornando-a especial pelo acréscimo de outros elementos. Em outras palavras, lei especial é a que contém todos os dados típicos de uma lei geral, e também outros, denominados especializantes.<sup>70</sup>

Na subsidiariedade há uma relação em que uma lei deixará de ser aplicada ao caso concreto porque há outra primária que deve ser aplicada por tratar o fato de modo mais grave. Só se aplica a lei subsidiária se a lei principal não for aplicada, de acordo com Juarez Tavares:

Diz-se que há subsidiariedade quando a incidência de uma lei ao fato está em função de outra lei, que igualmente o disciplina de modo mais grave, ou seja, a primeira lei, chamada subsidiária ou subordinada, só é aplicável se a segunda lei, chamada de principal ou subordinante, não o for.<sup>71</sup>

O princípio da consunção dispõe que deve haver uma relação de meio e finalidade entre crimes para que o crime meio seja absorvido pelo crime fim. O agente necessariamente pratica um crime como etapa para conseguir alcançar a consumação de outro, assim, aplica-se a consunção e o agente não responde por dois crimes, somente por um. Conforme as lições de Juarez Tavares;

[...] Praticamente, considera-se que há consunção quando um fato constituir meio, etapa ou forma comum, mas não necessária, de cometimento de outro, de tal modo que sua execução se tenha exaurido em um mesmo resultado final [...].<sup>72</sup>

A respeito da consunção, Paulo Queiroz assim se manifesta:

---

<sup>70</sup> Ibid. loc. cit.

<sup>71</sup> TAVARES, op. cit., p. 554.

<sup>72</sup> TAVARES, op. cit., p. 555.

Existe relação de consunção ou absorção entre tipos penais quando o conteúdo de um já se encontra inserido noutro, de modo que o crime “absorvido” constitui, em verdade, parte da realização do tipo.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 79.

## 5 O PROBLEMA SOBRE A CONTAGEM DE AÇÕES EM DIREITO PENAL

Ao longo deste trabalho, em alguns momentos foram mencionadas divergências sobre a aplicação de determinada modalidade de concurso de crimes a um caso concreto. É sabido que em direito muitas vezes há margem argumentativa para diversas posições referentes à mesma situação fática, como é o caso do roubo a diversos passageiros dentro de um coletivo, o que não pode ser aceito é a atual falta de critérios claros que permitam entender por qual ou por quais motivos determinada modalidade de concurso foi aplicada em uma situação fática e não em outra. Essa falta de critérios gera enorme insegurança jurídica e não se trata de mera divergência de entendimentos, já que muitas vezes as consequências dessas divergências na pena do réu podem ser extremamente desvantajosas, como no caso do reconhecimento de um concurso formal impróprio em uma situação fática que merecia o concurso formal próprio, uma vez que a diferença entre as penas será considerável.

Tudo isso passa por questão deveras controvertida e incerta, além de ser de bibliografia escassa, pelo menos no âmbito nacional, que consiste nas discussões acerca da existência de um ou alguns critérios para contar ações.

Luiz Regis Prado apresenta a problemática explicando que, segundo a teoria naturalística, a unidade da conduta determina a unidade do crime, ou seja, o número de crimes deve corresponder ao número de ações, de acordo com as lições do autor:

Quando, porém, é possível afirmar que o mesmo agente praticou mais de um crime na mesma ocasião, ou cometeu um após o outro? Segundo a *teoria naturalística*, a unidade da conduta determina a unidade do crime, isto é, o número de crimes corresponde às ações perpetradas (atos).<sup>74</sup>

Luiz Regis Prado apresenta o posicionamento de Welzel a respeito da unidade de ação, para quem existem dois fatores: o fator finalista que dispõe que todos os atos dirigidos ao mesmo fim formam uma única ação, bem como o fator normativo segundo o qual há que ser feita uma valoração nos tipos penais e, por sua vez, os tipos podem servir de modo a fracionar a atividade final em segmentos que formam uma unidade dotada de sentido, conforme salienta Welzel nas menções de Luiz Regis:

---

<sup>74</sup> PRADO, op. cit., p. 1175.

Para Welzel, há dois fatores que definem a *unidade de ação*: a) o *fator finalista*, segundo o qual todos os atos humanos dirigidos a um mesmo fim constituem uma única ação; b) *fator normativo* que, como diretriz corretiva, estampa-se na valoração jurídico-penal encerrada nos tipos penais. Estes podem fracionar a atividade final em certos segmentos que constituem, por si só, uma unidade de sentido.<sup>75</sup> Noutro dizer: a unidade de ação jurídico-penal é determinada por ambos os fatores: a proposição de um fim voluntário (fator finalista) e na valoração jurídico-social através dos tipos penais (fator normativo).<sup>75</sup>

Busato relata argumentos de Jescheck que apresenta como inaceitáveis as distinções entre unidade ou pluralidade de condutas com base no número de resultados, bem como no número de tipos penais violados, uma vez que uma só ação pode lesar diversos tipos. Para Jescheck o conceito jurídico de ação não é viável para fins de contagem de ações.

No que refere à unidade ou pluralidade de condutas, torna-se necessário definir que critérios utilizar para definir quando um conjunto de atos pode compor uma ou mais ações.

Jescheck<sup>26</sup> aponta como inaceitáveis as distinções com base no número de resultados, ou no número de tipos penais, já que uma única ação pode levar a vários deles. Afirma, ademais, que o próprio conceito jurídico-penal de ação é, do mesmo modo, a esses fins, imprestável [...]<sup>76</sup>.

## 5.1 Visão de Juarez Tavares

Para Juarez Tavares a doutrina tem se debruçado a respeito de dois conceitos diferentes para saber como diferenciar unidade de ação de pluralidade de ações, que correspondem aos conceitos de ação naturalística e de unidade naturalística de ação. Nas Palavras do autor:

A doutrina tem trabalhado, normalmente, com dois conceitos para proceder à diferenciação entre unidade e pluralidade de ações: ação naturalística (ou ação em sentido natural), de um lado, e unidade naturalística de ação, de outro. A ação naturalística (ou em sentido natural) seria aquela na qual uma resolução para o agir se realizaria em uma *manifestação de vontade*. Este critério nasceu praticamente com o finalismo, mas se estendeu aos demais penalistas em geral. Assim, o que caracterizaria a unidade de ação seria a unidade de manifestação de vontade. Caso se verificasse apenas uma

<sup>75</sup> MIR PUIG, 1985; JESCHECK, 1993; e WELZEL, 1970 apud PRADO, 2019, p. 1175–1176.

<sup>76</sup> JESCHECK; WEIGAND, 2003 apud BUSATO, 2020, p. 1276–1277.

manifestação de vontade, haveria unidade de ação, ainda que esta implicasse a produção de vários resultados típicos, mesmo que se tratasse de eventos lesivos a bens jurídicos altamente personalíssimos. Mas, se ocorressem várias manifestações de vontade, haveria, então, várias ações. Exemplo: alguém desfere um tiro e lesa diversas pessoas (art. 129), ou coloca um explosivo e, com isso, produz dano patrimonial (art. 163), morte dolosa (art. 121), morte culposa (art. 121, § 3º) e explosão (art. 251). Em todos estes casos, haveria unidade de ação. Em contrapartida, se alguém desfere vários tiros sobre diversas pessoas, haverá pluralidade de ações.<sup>77</sup>

A respeito do conceito de unidade naturalística de ação, Juarez Tavares continua sua explanação explicando que:

Já o critério da unidade naturalística de ação foi criado pela jurisprudência alemã para disciplinar como “unidade jurídica de ação” aqueles casos em que várias condutas essencialmente da mesma espécie correspondiam a uma só vontade e, atendendo ao contexto espaço-temporal, estivessem de tal forma unidas que, para um observador neutro, transparecessem como se constituíssem unidade de atuação.<sup>945</sup> Na verdade, o Supremo Tribunal alemão percorreu algum caminho para chegar a esta fórmula final. Inicialmente, trouxe em consideração que a unidade decorreria de um sentido natural, dado pela realização objetiva das condutas em função do fato em sua totalidade, que assim se apresentaria no contexto a um terceiro como se se tratasse de única ação.<sup>946</sup> Em decisões posteriores, o Tribunal acrescentou àquelas condições os elementos espaço-temporais que dariam, então, unidade à manifestação de vontade.<sup>947</sup> Estas decisões obtiveram adesões e críticas de eminentes penalistas, mas, de qualquer forma, ainda permanecem como uma solução prática na diferenciação entre unidade e pluralidade de ações.<sup>78</sup>

Juarez Tavares apresenta uma crítica à concepção de que a manifestação de vontade deve diferenciar a unidade da pluralidade de ações. Uma vez que nesse caso a vontade é vista como fator causal de um resultado, haverá tantas ações quantos forem os resultados que derivam daquela ou daquelas manifestações. O problema é que essa concepção não leva em conta a complexidade da atividade humana que consiste em uma ação comunicativa e que necessita de um parâmetro de referência que lhe forneça sentido. Nas palavras de Juarez:

[...] na medida em que a ação se concentra na manifestação de vontade e a vontade passa a ser vista como fator causal de um resultado, haveria tantas ações quantos resultados correspondessem

---

<sup>77</sup> TAVARES, op. cit., p. 934–935.

<sup>78</sup> TAVARES, op. cit., p. 535.

àquela manifestação volitiva. Esse argumento, contudo, deixa de lado todo o complexo da atividade humana, que se caracteriza, como já anunciado anteriormente, como uma ação comunicativa, na qual se torna imprescindível a subsistência de um parâmetro (objeto) de referência que lhe assinale o sentido e ao qual esteja subordinada sua execução[...].<sup>79</sup>

Para Tavares, a unidade ou pluralidade de ações, se levado em conta a direção da atividade humana, só poderá ser afirmada frente a um parâmetro de referência, que corresponde ao sentido funcional.

Partindo dessa consideração, pode-se dizer que a unidade ou pluralidade de ações só poderá ser afirmada em face da direção da atividade frente a este parâmetro de referência, ou seja, de conformidade com seu sentido funcional. O parâmetro de referência é que assinala o sentido da atividade. Os parâmetros (também chamados de objetos) de referência, no entanto, não se confundem com os objetos materiais do delito, como a coisa subtraída, ou a pessoa ferida. Objetos de referência são todo o complexo de condições normativas e empíricas, dentro de uma prática social, que orientam a execução de uma atividade. Por isso, é irrelevante a existência de várias pessoas feridas ou de vários objetos subtraídos para determinar a pluralidade de ações.<sup>80</sup>

O autor exemplifica uma situação em que há unidade na direção da atividade humana e, portanto, unidade de ação:

Por exemplo, alguém resolve realizar furto em uma residência, aproveitando-se de que a porta de entrada se encontrava aberta. Após ingressar facilmente no imóvel e realizar algumas subtrações, o agente resolve romper um cofre que estava chumbado na parede, dele retirando pertences de pessoas diversas. Aqui, haverá unidade de ação e, também, único delito de furto qualificado pelo rompimento de obstáculo, porque, independentemente dos objetos a serem subtraídos e mais o obstáculo que teve de ser rompido, a orientação da atividade seguiu o mesmo sentido de lesão de bem jurídico, ou seja, o sentido de subtrair objetos situados naquela residência. Não foi, portanto, a forma como o processo causal se encaminhou que assinalara a unidade de ação, mas o sentido que lhe foi imprimido em função da lesão de bem jurídico [...].<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> Ibid., p. 536.

<sup>80</sup> Ibid., p. 536–537.

<sup>81</sup> TAVARES, op. cit., p. 537.

Restam, ainda, modalidades especiais de unidade de ação no ordenamento jurídico. Segundo Juarez Tavares, essas modalidades são: unidade típica de ação, unidade de ação em identidade parcial e o crime continuado.

Independentemente da qualificação da unidade de ação a partir do conceito de ação comunicativa ou dos postulados da teoria naturalista, subsistem, na ordem jurídica, e por força de suas normas, igualmente, modalidades especiais de unidade de ação. A importância do tratamento dessas modalidades especiais de unidade de ação está em que sua afirmação implica a correspondente unidade de delito, quer dizer, o reconhecimento acerca da unidade de ação delimita a imputação, de modo que o agente só poderá ser responsabilizado por apenas um delito. [...] podem ser classificadas em três grupos: a unidade típica de ação, a unidade de ação em identidade parcial e o crime continuado[...].<sup>82</sup>

A unidade típica de ação se aplica àqueles casos em que há descrição legal de várias ações no tipo, mas a prática de várias dessas ações não implica em crimes cometidos mediante mais de uma ação, e sim em crime único, como é o caso dos tipos mistos, dos delitos habituais e dos crimes permanentes. De acordo com Tavares:

A este grupo pertencem aqueles casos nos quais a realização do próprio tipo, tal como se apresenta a descrição legal da conduta, exprime várias ações, até mesmo diferenciadas, sem que, no entanto, a prática de cada uma delas implique a configuração de delito distinto, ou porque não se produz lesão de novo bem jurídico, ou porque os bens jurídicos lesados estão incluídos no próprio dispositivo penal. Isto ocorre, normalmente, nos tipos mistos, nos delitos permanentes e nos delitos habituais. Fala-se ainda de unidade típica de ação naqueles casos de progressão criminosa, nos quais o agente vai passando, gradativamente, de uma fase a outra de execução do delito[...].<sup>83</sup>

Na unidade de ação em identidade de atos, os atos das fases de execução do delito possuem mesma identidade quanto à lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, como é o caso da progressão criminosa, com o exemplo de um crime de homicídio em que as lesões antes da morte possuem um mesmo resultado. Enquanto que na unidade de ação em identidade parcial de atos, os atos somente se identificam parcialmente e não totalmente, como é o caso do delito de estelionato, em que é

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 542.

<sup>83</sup> Ibid. loc. cit.

possível haver uma série de fraudes distintas e nem por isso a unidade de ação não será reconhecida. Conforme aduz Juarez Tavares:

Normalmente, na progressão criminosa, os atos que se desenvolvem nas diversas fases de execução do delito alinham-se em uma mesma identidade quanto à lesão ou ao perigo de lesão do bem jurídico. Por exemplo, no delito de homicídio, as lesões que precedem à morte se desencadeiam dentro de um mesmo sentido e de mesma unidade, todas se acrescentam para culminarem em único resultado. Daí se dizer que se trata de unidade típica de ação em face da identidade de todos esses atos quanto à produção do resultado. Mas será possível reconhecer-se também a unidade de ação nos casos em que esses atos expressem entre si apenas uma identidade parcial, conforme resultem da descrição típica. Isto se dá, por exemplo, no delito de estelionato (art. 171 CP), no qual poderá haver uma sequência de fraudes distintas, mas praticadas no mesmo contexto, de modo a induzir com isso a vítima em erro e obter a vantagem patrimonial. Não importa que os meios fraudulentos sejam distintos, por exemplo, a simples persuasão ou o uso de técnicas mais apuradas, como ocorre no conto do bilhete premiado ou da máquina de fabricar moedas, cuja apresentação é precedida sempre de uma argumentação convincente. A relativa identidade dos atos não impede que todos se congreguem em um mesmo sentido, com vistas à produção do resultado patrimonial em favor do agente[...]<sup>84</sup>

A terceira modalidade especial de unidade de ação consiste no crime continuado<sup>85</sup>, mas não serão fornecidas maiores explicações pois o tema já foi apresentado em parágrafos anteriores.

Novamente se manifestando sobre a imprestabilidade do conceito de ação da teoria do crime para a contagem de ações, Jescheck dispõe que o conceito a ser levado em conta trata da unidade significativa que é formada por uma sucessão de diversos atos.

Jescheck aponta como inaceitáveis as distinções com base no número de resultados, ou no número de tipos penais, já que uma única ação pode levar a vários deles. Afirma, ademais, que o próprio conceito jurídico-penal de ação é, do mesmo modo, a esses fins, imprestável. O conceito de conduta a ser levado em consideração, como dizia Jescheck, efetivamente diz respeito à unidade significativa composta por uma sucessão de atos. Nesse sentido, por exemplo, uma série de golpes de faca contra uma única vítima, ainda que implique em vários

---

<sup>84</sup> TAVARES, op. cit, p. 543.

<sup>85</sup> Ibid., p. 542

movimentos de brandir o instrumento agressivo, é uma única ação, composta por vários atos.<sup>86</sup>

## 5.2 O pensamento de Claus Roxin

Claus Roxin apresenta a questão abordada neste trabalho expondo as dificuldades envolvidas na delimitação da existência de uma só ação ou de mais de uma ação. Para o autor o significado prático da unidade ou pluralidade da ação é escasso, já que os tribunais na Alemanha se limitam a fixar a pena segundo uma apreciação conjunta, nas palavras do autor.

A favor da passagem para o princípio da pena unitária existe o fato de que a delimitação da unidade de ação e da pluralidade de ação, do concurso ideal e do concurso real, causa dificuldades extraordinárias e que o seu significado prático é escasso, porque os Tribunais tendem a fixar o valor da pena de acordo com uma avaliação conjunta, que por regra geral deixa margem suficiente em ambas as formas de concurso.<sup>87</sup>

Neste outro trecho o professor Roxin volta a afirmar a dificuldade envolvida na questão expondo que até hoje não foi explicado de forma satisfatória como contar ações nos casos particulares. Assim como Busato, o autor menciona, mas vai além e afirma que existe acordo ou consenso de que o conceito de ação envolvido no concurso de crimes não é o mesmo conceito de ação utilizado na teoria do crime e também não se identifica com o conceito processual penal de fato.

O problema mais importante na teoria do concurso é, portanto, determinar quando há uma ação e quando há várias. Até hoje não foi satisfatoriamente explicado como isso deve ser verificado no caso concreto. No entanto, há concordância de que o conceito de ação da teoria do concurso não se identifica com o conceito de ação do sistema do delito (o fato como ação típica, ilícita e culpável) nem com o conceito de processo penal de “fato”.<sup>88</sup>

Roxin traz mais argumentos para afirmar que o conceito de ação da teoria do delito não deve ser utilizado no concurso de crimes, sob a alegação de que esse

---

<sup>86</sup> JESCHECK; WEIGAND, 2003 apud BUSATO, 2020. p. 1277.

<sup>87</sup> ROXIN, Claus. **Especiales formas de aparición del delito**. In: ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña (coord.) et al. Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2014. p. 943.

<sup>88</sup> Ibid., p. 943–944.

conceito só determina os requisitos mínimos de uma conduta punível e que o conceito de ação na teoria do delito é pré-típico, abrangendo, pois, comportamentos típicos e não típicos. Já o conceito de ação na teoria do concurso de crimes se limita a descrever comportamentos típicos e, em certas circunstâncias, pode adicionar ações típicas, segundo Roxin:

Por isso, o conceito de ação da teoria do crime é geralmente considerado inadequado para a teoria do concurso, pois apenas determina os requisitos mínimos de uma conduta punível, comum a todas as ações puníveis<sup>10</sup>. Não se trata de uma afirmação falsa, mas a inadequação do conceito de ação do sistema do fato punível para a teoria do concurso pode ser compreendida com mais precisão se for reconhecido que o conceito sistemático de ação é de natureza pré-típica. (portanto, abrange modos de comportamento típicos e não típicos), enquanto o conceito de ação na teoria do concurso descreve apenas comportamentos típicos e, sob certas circunstâncias, pode incluir inúmeras ações típicas dentro de si.<sup>89</sup>

Roxin apresenta a diferença entre unidade de ação e unidade de fato. A unidade de fato pressupõe uma unidade de ação, e para que haja uma unidade de fato é preciso adicionar várias infrações à lei, o que não é exigido para que haja unidade de ação, que se caracteriza pela existência de uma única e mesma ação.

O esclarecimento do conceito de "unidade de ação" é dificultado ainda mais pelo problema terminológico e outras diferenciações. Em primeiro lugar, a unidade de ação (isto é, a existência de uma única e mesma ação) não pode ser confundida com "a unidade de fato" (§ 52 [aplicável ao concurso ideal]). Certamente toda unidade de fato pressupõe uma unidade de ação (isto é, a realização do resultado por meio de uma ação). Mas à unidade de ação devem ser adicionadas várias infrações da lei (de natureza diferente ou da mesma natureza) para que surja uma unidade de fato. Por esta razão aqui (II., nº 10 ss.) a unidade de ação será discutida por enquanto em primeiro lugar apenas na medida em que a este respeito várias violações da lei podem ser dispensadas.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> ROXIN, op. cit., p. 944.

<sup>90</sup> Ibid. loc. cit.

## 6 ANÁLISE DE CASOS DA JURISPRUDÊNCIA

Nesta parte do trabalho, alguns casos colhidos da jurisprudência pátria, principalmente do TJDF, serão analisados no tocante a eventuais divergências em relação à aplicação de concursos de crimes que produzam diferenças na pena, sem que sejam apresentados critérios válidos para definir se na situação fática houve a prática de uma ou mais de uma ação.

Inicialmente o caso será citado de forma um pouco abrangente para permitir um bom entendimento da situação concreta, que é o que mais importa para a análise que será feita ao final, logo após a citação de cada caso. Essa análise será breve e se resumirá a identificar os argumentos apresentados pelos julgadores como aptos a demonstrar a existência de uma ou mais de uma ação.

### 6.1 Caso um

De outra banda, quanto à alegação de constrangimento ilegal, ante o não reconhecimento de crime único em relação ao delito de roubo, ou subsidiariamente de concurso formal, o juízo de primeiro grau concluiu que "considerando-se que são dois os crimes de roubo descritos na denúncia, conforme já reconhecidos, eis que lesados os patrimônios das duas vítimas, aplicada a ficção jurídica do concurso formal, impõe-se a aplicação da norma do artigo 70 do Código Penal".

Acrescentou que "os réus ameaçaram as duas vítimas, e tiveram a clara e inquestionável intenção de subtrair os bens de propriedade de cada uma delas, apossando-se dos celulares de cada uma das vítimas. Sem dúvida alguma, quiseram praticar dois crimes, lesando os patrimônios de duas vítimas distintas, de modo que está configurada a presença dos desígnios autônomos, a impor a aplicação da parte final da norma acima mencionada, cuja clareza tem sido diuturnamente ignorada por algumas correntes jurisprudenciais".

Por sua vez, o Tribunal de Justiça, ao afastar o pleito de reconhecimento da continuidade delitiva ou do concurso formal próprio consignou

que, "levando-se em conta que, repito, num mesmo contexto fático e com desígnios autônomos, ROBSON e HÉLIO roubaram duas pessoas distintas, era mesmo de rigor o reconhecimento do concurso formal impróprio de infrações, não havendo se falar em continuidade delitiva e nem em concurso formal próprio de delitos"[...].

[...] No caso, o Tribunal de Justiça manteve a aplicação do concurso formal impróprio, deixando de aplicar o crime continuado por entender que "num mesmo contexto fático e com desígnios autônomos, ROBSON e HÉLIO roubaram duas pessoas distintas".

Não obstante, em casos análogos, esta Corte entendeu pela aplicação da continuidade delitiva, ainda que contra vítimas diferentes, pois configurada a hipótese do art. 71, parágrafo único, do CP, [...]

A regra da continuidade delitiva específica ou qualificada — prevista no parágrafo único do art. 71 do CP —, deve ser aplicada na hipótese de ocorrência de dois ou mais crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.

Nesses casos, diferentemente da continuidade delitiva comum ou simples — capitulada no caput do mesmo artigo, cujo aumento varia de 1/6 à metade —, o CP permite o aumento das penas até o triplo, sendo que a escolha do quantum de aumento deve sopesar os quesitos objetivos (quantidade de crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, com violência ou grave ameaça à pessoa) e subjetivos (análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime).

Por fim, aplica-se a regra do art. 71, parágrafo único, do CP (continuidade delitiva específica), com acréscimo de 1/2 na pena, de modo que a pena de HELIO fica estabilizada em 12 anos, 8 meses e 12 dias de reclusão e 30 dias-multa e a de ROBSON em 10 anos, 10 meses e 19 dias de reclusão e 25 dias-multa.<sup>91</sup>

Trecho retirado do acórdão do caso quando do julgamento pelo TJSP:

A prova dos autos, todavia, demonstra que, no dia do episódio, Ana Carolina Salomão Ribeiro estacionava o seu Volkswagen Gol na via pública, tendo como passageiras Pâmela Ferreira Ribas e Fabiana Araújo Godinho, quando, de repente, todas foram surpreendidas por dois indivíduos, os quais, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, anunciaram o roubo. Contudo, Fabiana desembarcou do automóvel e conseguiu escapar, adentrando em sua residência. É certo que, depois disso, um dos criminosos assumiu a condução do veículo e exigiu que Ana Carolina sentasse ao seu lado, no banco do passageiro, e foi atendido. O outro delinquente sentou-se no banco traseiro do carro, ao lado de Pâmela. Durante todo o trajeto percorrido, encostava a arma de fogo nas costas de Ana Carolina, e dava-lhe socos, dizendo que, caso a Polícia aparecesse, ambas seriam mortas. Após restringirem a liberdade de Ana Carolina e de Pâmela por um período considerável de tempo, os delinquentes tomaram os telemóveis das duas moças, mas o automóvel passou a apresentar falhas mecânicas, razão pela qual os roubadores libertaram as vítimas e fugiram a pé, tomando rumo ignorado.<sup>92</sup>

O juiz aplicou o concurso formal impróprio ao caso acima alegando que houve afetação de patrimônios de vítimas diversas e o Tribunal local aplicou o mesmo

<sup>91</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus 671.834/SP. Roubo majorado. Confissão. [...] idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), 22 mar. 2022. **DJe**, Brasília, 25 mar. 2022. Online.

<sup>92</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara de Direito Criminal). Embargos de Declaração Criminal 1501006-17.2020.8.26.0535. Foro de Guarulhos, 1. Vara Criminal. Relator: Ricardo Tucunduva, 27 ago. 2021. **DJe**, Guarulhos, 27 ago. 2021.

concurso de crimes alegando que no mesmo contexto fático os réus quiseram roubar duas pessoas distintas e, por isso, não se pode falar em continuidade delitiva nem em concurso formal próprio. Perceba que se trata da mesma situação fática sendo abordada por pessoas diversas, o que naturalmente poderá levar a entendimentos diversos, não há problematização em relação a isso. O problema que esse caso mostra e que vai além de uma mera divergência de entendimentos é a falta de um ou de alguns critérios que possam ser utilizados como parâmetros para a definição de como o agente agiu no contexto fático, se por meio de uma ação ou se por meio de mais de uma ação.

O concurso formal impróprio foi reconhecido e aplicado ao caso pelo Tribunal e pelo juiz de primeiro grau, mas no STJ foi aplicada a continuidade delitiva à mesma situação fática. O problema reside no fato de que o concurso formal impróprio é cometido mediante uma só ação, conforme prevê o art. 70, segunda parte, enquanto que o crime continuado exige a prática de mais de uma ação ou omissão. Em momento algum os ilustres julgadores apontam critérios válidos que os levaram a decidir de tal modo, sendo que o maior argumento utilizado para aplicar o concurso formal impróprio foi a intenção de roubar duas pessoas, bem como a afetação de patrimônios de vítimas diversas, mas para o STJ a afetação de vítimas diversas não afastou o reconhecimento da continuidade delitiva, tanto é que essa foi a tese que prevaleceu. Vale ressaltar que este precedente foi formado por um Desembargador do TRF1 convocado, Olindo Menezes.

## 6.2 Caso dois

Cuida-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta por Angel Felipe Amador Pereira contra a sentença que o condenou como incurso nas sanções do artigo 157, § 2º, incisos II e VII do Código Penal (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca), por sete vezes em continuidade delitiva; nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso VII do Código Penal (roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca), por cinco vezes em concurso formal; e nas sanções do artigo 157, § 2º, inciso VII do Código Penal (roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca), por duas vezes em concurso formal, sendo os dois últimos delitos na forma do artigo 71 do Código Penal e em concurso material com o primeiro crime, O Ministério Público ofereceu denúncia contra o recorrente e contra Benício Herick Souza da Silva, imputando a este a prática de sete crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo

emprego de arma branca, bem como imputando ao apelante a prática de sete delitos de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca, em concurso formal; quatro crimes de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca, em concurso formal; cinco delitos de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca, em concurso formal e dois crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca, em concurso formal.

“[...] PRIMEIRO FATO DELITUOSO (ocorrência policial nº 5132/2020 – 1ª DP) No dia 25 de agosto de 2020, por volta das 13h20, na W3 Sul, altura da Quadra 514 Sul – Asa Sul/DF, os denunciados ANGEL e BENÍCIO e outro indivíduo não identificado na esfera policial, com vontade livre e consciente e unidade de desígnios, mediante violência e grave ameaça exercida com emprego de uma faca, subtraíram, em proveito de todos, (01) um aparelho celular marca XIAOMI, modelo NOTE 8, pertencente a RHUAMA MARIA SILVA SANTOS; (01) um aparelho celular marca MOTOROLA, modelo G7 PLUS, de propriedade de MAYCON DO ESPÍRITO SANTO DA SILVA; (01) um aparelho celular marca APPLE, modelo IPHONE 7 PLUS e um cartão DFTRANS, bens de propriedade de MARIA EDUARDA MORAIS LUSTOSA; (01) aparelho celular marca LG, modelo K 10, pertencente a BEATRIZ LEANDRO NONATO; (01) um cartão DFTRANS pertencente a EDVÂNIA ANTUNES DA SILVA; (01) um aparelho celular marca MOTOROLA, modelo MOTO G, de propriedade de ANA GABRIELA DE SOUSA FREITAS e (01) um aparelho celular marca APPLE, modelo IPHONE 8, pertencente a LETÍCIA DRUMOND STEN. Narram os autos que os assaltantes adentraram um ônibus da VIAÇÃO PIONEIRA e, enquanto um deles permaneceu na porta do coletivo, os comparsas exigiram, com a utilização de uma faca e mediante violência, a entrega dos aparelhos celulares dos passageiros. Em seguida, os assaltantes fugiram do local com a res furtiva. SEGUNDO FATO DELITUOSO (ocorrência policial nº 5.204/2020 – 1ª DP) No dia 28 de agosto de 2020, por volta das 10h30, na W3 Sul, altura da Quadra 516 Sul – Asa Sul/DF, o denunciado ANGEL e outro indivíduo não identificado na esfera policial, com vontade livre e consciente e unidade de desígnios, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, subtraíram, em proveito de ambos, R\$ 70,00 (setenta reais) em espécie, pertencente a GLEICIANY MATOS VIEIRA MAIA DE BRITO; (01) um aparelho celular marca MOTOROLA, modelo G5, de propriedade de SALVIANA SOARES DE ANDRADE; (01) um relógio marca GAMES pertencente a MARCOS DELFINO DA SILVA e (01) um aparelho celular marca ASUS pertencente a LUANNY CRISTINA ARAÚJO DIAS. Narram os autos que o acusado ANGEL e seu comparsa adentraram um ônibus da VIAÇÃO PIONEIRA e, enquanto um deles permaneceu na porta do coletivo, o outro assaltante exigiu, com a utilização de uma faca, a entrega de dinheiro e dos aparelhos celulares dos passageiros. Em seguida, os assaltantes fugiram do local com a res furtiva. TERCEIRO FATO DELITUOSO No dia 29 de agosto de 2020, por volta das 12h15, na W3 Sul, altura da Quadra 514 Sul – Asa Sul/DF, o denunciado ANGEL, com vontade livre e consciente, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, subtraiu, em proveito próprio, R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) em espécie, pertencentes à empresa VIAÇÃO PIRACICABANA; (01) um aparelho celular marca

SAMSUNG, modelo A 20, pertencente ao motorista ADAIL JOSÉ RODRIGUES SOARES; (01) um aparelho celular marca MULTILASER, de propriedade da cobradora LEILA MARISA GUILHERMINA, além de (02) dois aparelhos celulares marca SAMSUNG, modelo GALAXY J7, pertencentes às passageiras LUCÍLIA DE ASSUNÇÃO SOARES e PRISCILLA CARVALHO NHANI VIEIRA DOS SANTOS, e (01) um aparelho celular marca APPLE, modelo IPHONE 7, de propriedade da passageira THAYNNAH RAYANNE DOS SANTOS ROCHA. Narram os autos que o denunciado adentrou um coletivo da VIAÇÃO PIRACICABANA e, após sacar uma faca, exigiu a entrega dos aparelhos celulares do motorista, da cobradora e de três passageiras, fugindo em seguida do local. QUARTO FATO DELITUOSO (ocorrência policial nº 5.231/2020 – 1ª DP) Alguns minutos depois, por volta das 12h20, na W3 Sul, altura da Quadra 515 Sul – Asa Sul/DF, o denunciado ANGEL, com vontade livre e consciente, mediante grave ameaça exercida com emprego de uma faca, subtraiu, em proveito próprio, (01) um aparelho celular marca LG, modelo K 10 e uma carteira contendo R\$ 9,00 (nove reais) em espécie, bens de propriedade de ALISSON MARCOS SOARES EVANGELISTA, além de (01) uma mochila pertencente a MARCOS DELFINO DA SILVA. Narram os autos que o denunciado adentrou um coletivo da VIAÇÃO PIONEIRA, conduzido pelo motorista MARCOS DELFINO DA SILVA, vítima do assalto ocorrido no dia anterior (segundo fato delituoso). Portando uma faca, o acusado anunciou o assalto e subtraiu a mochila do motorista e aparelhos celulares dos passageiros, fugindo em seguida do local. A polícia foi acionada e conseguiu prender o acusado em flagrante nas proximidades da Estação de Metrô da 114 Sul, oportunidade em que foram recuperados os aparelhos celulares das vítimas LEILA MARISA; LUCÍLIA DE ASSUNÇÃO SOARES; PRISCILLA NHAN; THAYNNAH RAYANNE; ADAIL JOSÉ e ALISSON EVANGELISTA, além de uma mochila pertencente a MARCOS DELFINO e R\$ 132,00 de propriedade da VIAÇÃO PIRACICABANA, [...]

O acusado Angel Felipe foi condenado pela prática de sete delitos de roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca, em continuidade delitiva (primeiro fato delituoso); cinco delitos de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca, em concurso formal (terceiro fato delituoso); e dois crimes de roubo circunstanciado pelo emprego de arma branca, em concurso formal (quarto fato delituoso), estes dois em continuidade delitiva, mas em concurso material com o primeiro delito, às penas de 17 (dezessete) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, além de 42 (quarenta e dois) dias-multa, à razão unitária mínima

Pede a Defesa a aplicação da regra do concurso formal em relação à primeira sequência de sete crimes de roubo. Sustenta, para tanto, que “a violação do patrimônio de várias vítimas em um mesmo contexto fático configura concurso formal”, pugnando pela aplicação da fração de aumento em 1/2 (metade), ante a prática de sete delitos. Assiste razão à Defesa. Conforme tem reiteradamente decidido esta Corte de Justiça, nos casos em que o agente, por meio de violência ou grave ameaça, subtrai, para si, bens pertencentes a vítimas distintas (conhecendo essa condição), há concurso formal entre os crimes de roubo. No caso dos autos, o réu, na companhia de outras duas

pessoas não identificada, mediante uma única ação, atingiu o patrimônio de 07 (sete) vítimas no transporte público, restando caracterizado, em verdade, o concurso formal próprio de crimes. Nesse contexto, aplica-se o concurso formal próprio previsto no artigo 70, primeira parte, do Código Penal, com a majoração da pena de um dos delitos conforme o número de patrimônios atingidos e não a regra do artigo 71 do Código Penal da continuidade delitiva aplicada na sentença.<sup>93</sup>

Pela análise dos fatos expostos no acórdão conclui-se que o apelante Angel Felipe Amador foi condenado em primeiro grau pela prática de sete crimes de roubo previstos artigo 157, § 2º, incisos II e VII do Código Penal em continuidade delitiva, bem como pela prática em concurso formal, por cinco vezes, do delito previsto 157, § 2º, inciso VII do Código Penal e por outra prática em concurso formal, desta vez por duas vezes, do delito previsto no 157, § 2º, inciso VII do Código Penal, os dois últimos em continuidade delitiva e em concurso material com o primeiro crime praticado em continuidade delitiva, contra o patrimônio de sete pessoas em um ônibus.

A redação é confusa, porém é possível entender que se tratam de três roubos a ônibus cometidos entre os dias 25 e 29 de agosto de 2020, sendo que no primeiro caso houve concurso de agentes e utilização de arma branca, enquanto que nos demais houve uso de arma branca, mas sem o concurso de agentes. O magistrado de piso aplicou a continuidade delitiva ao primeiro roubo cometido contra diversos passageiros em um ônibus, ao arrepio da jurisprudência pacificada do STJ e do próprio Tribunal local, tanto é que a decisão foi reformada para afastar a continuidade delitiva no primeiro crime e reconhecer o concurso formal. Mais uma vez trata-se da falta de critérios claros e objetivos que permitam uma compreensão adequada da situação fática ocorrida nos crimes em apreço. Torna-se difícil saber quando é possível aplicar o crime continuado e quando deve-se reconhecer o concurso formal de crimes, justamente pela falta de um critério adequado sobre como contar ações. O que foi considerado mais de uma ação no primeiro grau foi reconhecido como uma só ação pelo Tribunal local, o que causa certa perplexidade pela diferença abissal de entendimentos sem que haja a exposição de critérios que não se limitem a mencionar desígnios ou a afetação patrimônios diversos.

---

<sup>93</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma). Acórdão 1413316. Apelação criminal. [...] Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Roberval Casemiro Belinati, 31 mar. 2022. **PJe**, Brasília, 20 abr. 2022. Online.

### 6.3 Caso três

Trata-se de recurso de apelação (Id. 26420603) interposto por **THOMAS VINICIUS PEREIRA DA SILVA, com 20 anos na data do crime** (nascido aos 30/06/1998), contra sentença (Id. 26420590) proferida pelo d. Juízo de Direito do Tribunal do Júri e Vara de delitos de trânsito de Sobradinho/DF, que condenou o ora apelante à pena definitiva de 43 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial fechado, pela prática dos crimes previstos no artigo art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal e do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal (por três vezes), c/c art. 29, na forma do art. 70, caput, parte final, do Código Penal.

Narra a denúncia que: “No dia 04.01.2018, por volta das 22h25, em via pública, nas imediações do Lote 06, Conjunto D, Quadra 13, Sobradinho/DF, o réu Thomas Vinicius Pereira da Silva, fazendo-se acompanhar do adolescente Matheus Wilton Pereira Mendonça e de outro indivíduo ainda não identificado, com unidade de desígnios, sabendo um cooperar com a ação do outro, todos com vontade de matar e assumindo o risco de fazê-lo, utilizando-se de armas de fogo, desferiram vários tiros em Paulo Victor da Silva Alves, Beatriz Silva Monteiro de Carvalho, Isaac Alves Montezuma e Pedro Augusto Sampaio Silva, vindo, destarte, atingir as vítimas Paulo Victor e Beatriz Silva, ao passo que, as vítimas Pedro Augusto e Isaac Alves correram à procura de abrigo, protegendo-se dos tiros que lhes eram desferidos. O réu Thomas Vinicius, adolescente Matheus Wilton e seus comparsas mantinham desavenças, guerra, com as vítimas.

No dia dos fatos, as vítimas Paulo Victor, Beatriz Silva, Pedro Augusto e Isaac Alves encontravam-se nas imediações do pilotis do prédio, situado na Quadra 13, Sobradinho/DF, quando surgiram o réu Thomas Vinicius, o adolescente Matheus Wilton e o terceiro indivíduo ainda não identificado, surpreenderam as vítimas, que naquele instante não tinham razões próximas ou remotas para acreditarem que seriam atacadas, e de modo a dificulta-lhes (sic) qualquer reação defensiva, desferiram-lhes dezenas de tiros, atingindo Paulo Victor, que faleceu no local dos fatos em decorrência das lesões sofridas, e Beatriz Silva. As vítimas Isaac Alves e Pedro Augusto, por sua vez, não foram alvejadas.

O móvel do crime, guerra de grupos rivais, revela-se torpe, abjeto.

O momento e o modo de execução dos crimes, em que havia crianças e senhoras em via pública, consubstancia o perigo comum.

Assim agindo, o réu Thomas Vinicius perpetrou um crime de homicídio consumado em relação à vítima Paulo Victor e três homicídios tentados, os quais não se consumaram por circunstâncias alheias à sua vontade, quanto à vítima Beatriz Silva, consistente na baixa lesividade das lesões, e em relação às vítimas Isaac Alves e Pedro Augusto, consistentes em erro de pontaria e na ação das vítimas que se puseram ao abrigo dos tiros que lhes eram desferidos. O réu Thomas Vinicius, ao praticar o crime na companhia do adolescente Matheus Wilton Pereira Mendonça, nascido em 23.06.2000, concorreu, facilitou a sua corrupção”.

“Em suma, insurgindo contra a sentença do Tribunal do Júri, alega a Defesa (Id. 26420603), apenas que deveria ser aplicada a regra do

crime continuado e não a do concurso formal improprio, sob o fundamento de que não restou comprovada a existência de desígnios autônomos”.

(...) “Conforme se extrai do supramencionado dispositivo, para a configuração do crime continuado é necessário que as ações criminosas, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, estejam dentro de um mesmo contexto fático, ou seja, os delitos subseqüentes sejam continuação do crime antecedente, aproveitando-se das mesmas oportunidades ou relações nascidas do primeiro crime. O crime continuado, nos termos delineados, exige, melhor dizendo que, haja a demonstração de ter havido uma relação de continuidade entre os delitos. Esta relação se estende no tempo obrigatoriamente, já que o dispositivo legal prevê isso e determina que as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução estejam presentes. Trata-se de uma ficção jurídica que se aplica às penas de crimes que acontecem em série, já que as circunstâncias semelhantes que envolvem cada deles se repetem de maneira a se entender os seguintes como uma continuação do primeiro. No presente caso, não se identifica qualquer relação de continuidade, mas tão somente crimes autônomos e com desígnios autônomos. **O apelante queria matar uma das vítimas e não se importou em efetuar diversos disparos de arma de fogo em local público, sabendo que poderia atingir diversas outros transeuntes, como de fato ocorreu no caso (GRIFO NOSSO).** Por óbvio, tendo sido os crimes praticados na mesma oportunidade, terão obrigatoriamente as mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução.

No mais, a jurisprudência deste Colegiado tem sido no sentido em afirmar que os casos como o em apreço, de inúmeros disparos de arma de fogo, conduzem ao afastamento da continuidade delitiva, senão vejamos: AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. HIPÓTESE DE CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. ART. 70, CAPUT, SEGUNDA PARTE, DO CÓDIGO PENAL. SOMATÓRIO DAS PENAS. MANUTENÇÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. ***Ainda que os crimes sejam de mesma espécie e tenham sido praticados nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, não há que se falar em continuidade delitiva diante da inexistência de pluralidade de condutas e da ausência de unidade de desígnios.*** 2. ***Demonstrado que o agravante, mediante uma única ação, consistente em diversos atos (disparos de arma de fogo), almejou ceifar a vida de vítimas distintas, resta configurado o concurso formal impróprio de crimes, na forma do art. 70, caput, do Código Penal, o que impõe a cumulação material das penas impostas para cada um dos delitos.*** 3. *Recurso conhecido e desprovido. (Acórdão 1344405, 07093263920218070000, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 27/5/2021, publicado no PJe: 9/6/2021. Pág.: Sem Página Cadastrada.)*

*Entendimento contrário, de que todos os crimes idênticos e cometidos no mesmo momento devem ser considerados na forma continuada,*

*levaria à extinção da modalidade concurso formal impróprio e do concurso material, o que não se deve tomar como correto.*<sup>94</sup>

No caso em questão não houve discordância de entendimento entre os julgadores, uma vez que o concurso formal impróprio foi aplicado ao caso tanto no primeiro grau quanto na apelação. A defesa pleiteava o reconhecimento da regra do art. 71 do CP, mas sem sucesso na tentativa. Este caso foi inserido por ser um bom exemplo da dificuldade que é especificar a existência dos desígnios autônomos que são exigidos para a prática do concurso formal impróprio. Os fatos que foram definidos como praticados em concurso formal impróprio, nada mais são do que um erro na execução com previsão expressa no art. 73 do Código Penal. De acordo com Rogério Greco:

Fala-se em *aberratio ictus* quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, em vez de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa. Aqui, aplica-se a regra do § 3º do art. 20 do Código Penal, relativa ao erro sobre a pessoa, respondendo como se tivesse atingido a vítima que pretendia ofender. No caso de também ser atingida a pessoa que o agente pretendia, será aplicada a regra relativa ao concurso formal de crimes (art. 70 do CP). Na *aberratio ictus*, o erro ocorre de pessoa para pessoa.<sup>95</sup>

O artigo 73 do Código Penal Brasileiro é claro quando afirma que em erro na execução, caso também seja atingida a pessoa que o agente queria ofender, será hipótese de aplicação do concurso formal:

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código.<sup>96</sup>

Vale destacar este trecho já citado, mas que é de suma importância para o entendimento da situação fática ocorrida:

---

<sup>94</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma). Acórdão 1410588. Recurso de apelação. [...] Apelo conhecido e desprovido. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, 24 mar. 2022. **PJe**, Brasília, 1 abr. 2022. Online.

<sup>95</sup> GRECO, op. cit., p. 811.

<sup>96</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, 7 dez .1940.

[...]O apelante queria matar uma das vítimas e não se importou em efetuar diversos disparos de arma de fogo em local público, sabendo que poderia atingir diversas outras transeuntes, como de fato ocorreu no caso [...].<sup>97</sup>

Pelo relato feito no acórdão nota-se que havia conhecimento da intenção do apelante de matar uma das vítimas, o que de fato ocorreu, mas por vias das circunstâncias do local e do momento, outra pessoa que estava próxima à vítima foi atingida, bem como outras duas tiveram que se abrigar em outro local para não serem atingidas pelos disparos. O agente sabe que poderia atingir outros transeuntes não se mostra um critério idôneo e apto a justificar a existência de desígnios autônomos em relação a cada pessoa atingida, no máximo seria um começo de argumentação para a possível existência de dolo eventual. O caso encontra enquadramento na situação prevista no art. 73 do Código Penal por tratar-se de um erro na execução e que, por ter atingido tanto a vítima pretendida quanto outra pessoa que estava no local, merece a aplicação da segunda parte do art. 73 que dispõe que no caso de ser atingida a vítima que o agente tinha a intenção de atingir, bem como outra pessoa por erro, aplica-se a regra do concurso formal de crimes.

O Código, todavia, não informa qual concurso formal deve ser aplicado, o que leva a entender que irá depender da situação concreta, mas Cleber Masson opina que a definição do concurso formal a ser aplicado depende da existência ou não de culpa quanto aos crimes praticados contra as demais vítimas:

**2) Com unidade complexa ou com resultado duplo:** é a situação descrita pelo art. 73, in fine, do Código Penal, na qual o sujeito, além de atingir a pessoa inicialmente: desejada, ofende também pessoa ou pessoas diversas. Sua conduta enseja dois resultados: o originariamente pretendido e o involuntário. É como se no exemplo acima indicado | “A” matasse “B” dolosamente, e também “C”, a título de culpa, como na hipótese em que o projétil perfura o corpo de uma vítima para alojar-se no corpo da outra vítima; Nessa hipótese, determina o Código Penal a aplicação da regra do concurso formal próprio ou perfeito (CP, art. 70, caput, 1.º parte): o magistrado utiliza a pena do crime: mais grave, aumentando-a de um 1/6 (um sexto) até a 1/2 (metade). O percentual de aumento varia de acordo com o número de crimes produzidos a título de culpa. Cuidado: admite-se o erro na execução com unidade complexa apenas quando as demais pessoas forem atingidas culposamente. Nesse caso, aplica-se o sistema do concurso formal próprio ou perfeito (sistema da exasperação) com a imposição da pena' de um

---

<sup>97</sup> DISTRITO FEDERAL, op. cit.

dos crimes aumentada de 1/6 (um sexto) até 1/2 (metade). Se houver dolo eventual no tocante às demais pessoas ofendidas, não há falar propriamente em erro na execução, e incide a regra do concurso formal impróprio ou imperfeito (sistema do cúmulo material). Somam-se as penas, pois a pluralidade de resultados deriva de desígnios autônomos, ou seja, dolos diversos para a produção dos resultados naturalísticos (sem grifos no original).<sup>98</sup>

Desse modo, pelo relato do crime percebe-se que foram efetuados diversos disparos de arma de fogo, mas as lesões causadas na vítima que foi atingida por alguns disparos foram leves:

Assim agindo, o réu Thomas Vinicius perpetrou um crime de homicídio consumado em relação à vítima Paulo Victor e três homicídios tentados, os quais não se consumaram por circunstâncias alheias à sua vontade, quanto à vítima Beatriz Silva, consistente na baixa lesividade das lesões[...] ( fl. 04 do acórdão).<sup>99</sup>

Assim sendo, o apelante nem sequer poderia responder pela prática de homicídio consumado em concurso formal impróprio com três tentativas porque na verdade o que houve foi um homicídio consumado em concurso formal próprio com o crime de lesão corporal culposa, previsto no art. 129, § 6º, do Código Penal. Uma vez que os demais crimes devem ser culposos para ensejar a prática do concurso formal próprio, não há como imputar ao réu o crime de homicídio tentado na modalidade culposa, uma vez que este crime nem sequer existe, já que não se concebe como possível a existência de uma tentativa de crime culposos, exceto no caso da culpa imprópria, conforme lição de Cleber Masson:

No crime culposos, o resultado naturalístico - modificação do mundo exterior provocada pela conduta do agente - funciona como elementar do tipo penal. Em consequência, todo crime culposos integra o grupo dos crimes materiais.

O sistema penal brasileiro não admite crimes culposos de mera conduta, ao contrário do que ocorre em outros países, como na Itália. O resultado naturalístico é, obrigatoriamente, involuntário, salvo na culpa imprópria, adiante analisada. Conclui-se, assim, ser o crime culposos incompatível com a tentativa. É óbvio que não se pode aceitar o início da execução de um crime, que não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente, na hipótese em que o resultado não é desejado.

---

<sup>98</sup> MASSON, op. cit., p. 280.

<sup>99</sup> DISTRITO FEDERAL, 2022b.

Portanto, ou o resultado se produz, e o crime está consumado perigosa não sobrevém o resultado, ou da conduta e o fato é um irrelevante penal, ao menos para a tipificação do crime culposos.<sup>100</sup>

Rogério Greco também se pronuncia a respeito da tentativa de crime culposos:

Não se pode falar, portanto, em tentativa quando o agente não dá início aos atos de execução dirigidos à consumação de determinada infração penal por ele finalisticamente pretendida. O iter criminis é um instituto jurídico destinado aos crimes dolosos, e não aos culposos. Não se cogita, não se prepara e não se executa um crime culposos, mas tão somente um delito doloso.<sup>101</sup>

Tendo em vista que não há, em regra, tentativa de crime culposos, ao réu não pode ser imputada a tentativa de homicídio quanto à outra vítima, sendo assim, resta a imputação do crime de lesão corporal culposa e um homicídio em concurso formal próprio.

#### 6.4 Caso quatro

Cuida-se de APELAÇÃO CRIMINAL interposta pela Defesa de Mateus de Sousa Teixeira contra a sentença que condenou o réu nas penas do artigo 157, §2º, incisos II e VII, do Código Penal (roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca), por seis vezes, na forma do artigo 69, caput, do Código Penal (concurso material), e do artigo 244-B da Lei nº 8.069/1990 (corrupção de menores), por duas vezes, na forma do artigo 70, parágrafo único, do Código Penal (cúmulo material mais benéfico), nos autos da ação penal nº 0702646-78.2021.8.07.0019, em curso perante o Juízo da Vara Criminal e Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária do Recanto das Emas/DF (ID 30807528).

A denúncia imputou ao réu a prática dos delitos de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca (por sete vezes) e de corrupção de menores (por duas vezes), narrando os fatos nos seguintes termos (ID 30807386):

[...] No dia 13 de abril de 2021 (terça-feira), por volta de 22h15, na Av. Potiguar, Quadra 405, Conjunto 18, Lote 07, Recanto das Emas/DF, o denunciado, de forma voluntária e consciente, em comunhão de esforços e unidade de desígnios com os adolescentes C. E. A. V. e D. R. D. S., e outro indivíduo ainda não identificado, mediante grave ameaça exercida com emprego de arma branca e simulacro de arma de fogo, subtraíram: 1 (um) aparelho celular, marca SAMSUNG J6, e um cartão DFTRANS, pertencentes à vítima UMBERTO FERREIRA DA HORA; 01 (uma) mochila da marca Hummer, com vários objetos

---

<sup>100</sup> MASSON, op. cit., p. 258.

<sup>101</sup> GRECO, op. cit., p. 623.

peçoais, pertencente à vítima BENTO LIMA EVANGELISTA DE MENEZES; a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais) em espécie, pertencente à vítima GABRIEL TEIXEIRA OLIVEIRA; 1 (um) aparelho celular, marca SAMSUNG J2 CORE, pertencente à vítima ERICK FILIPE SANTOS DE LACERDA; a quantia de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) em espécie pertencente à vítima HUGO HENRIQUE DOS SANTOS, a quantia de R\$ 182,00 (cento e oitenta e dois reais), em espécie, pertencente à vítima EXPRESSO SÃO JOSÉ LTDA e 1 (um) aparelho celular, marca XIOMI REDMI NOTE, 5 pertencente à vítima VINÍCIUS PEREIRA DOS SANTOS, conforme auto de apreensão e apresentação nº 342/2021, anexo aos autos.

Nas mesmas circunstâncias de tempo e de lugar, o denunciado, também com vontade livre e consciente, corrompeu ou, ao menos, facilitou a corrupção dos adolescentes C. E. A. V., com quatorze anos à época dos fatos (nascido em 17/11/2006), e D. R. D. S., com dezesseis anos à época dos fatos (nascido em 09/03/2005), com eles praticando a infração penal acima descrita.

Consta do caderno investigatório que o denunciado, os adolescentes C. E. e D. e outra pessoa ainda não identificada, portando faca e simulacro de arma de fogo, ingressaram no ônibus, anunciaram o assalto e exigiram que as vítimas entregassem seus pertences.

Consta ainda que uma guarnição da polícia militar estava dando apoio ao DF Legal na fiscalização das medidas sanitárias referentes à COVID-19, momento em que o motorista do ônibus fez uma manobra brusca em frente à viatura, o que levantou a suspeita de que o coletivo pudesse estar sendo assaltado.

Logo após a referida manobra, o veículo de transporte público de passageiros parou e em seguida três indivíduos desceram do ônibus e empreenderam fuga, tendo sido perseguidos pela guarnição.

Os policiais alcançaram o denunciado e o adolescente infrator C. E. A. V. Populares conseguiram deter o adolescente infrator D. R. D. S. O quarto elemento conseguiu fugir e não foi capturado. Os pertences das vítimas foram encontrados com os autores, que foram todos prontamente reconhecido por todos, conforme as declarações dos policiais militares e das próprias vítimas, realizados na DCA2.

Foi dada voz de apreensão aos adolescentes infratores e de prisão ao imputável, e encaminhou todos à DCA2 e, posteriormente, ao plantão da 27ªDP [...]

Processo instruído, a pretensão punitiva estatal foi julgada parcialmente procedente para: (i) condenar o réu pelos delitos de roubo majorado pelo concurso de pessoas e pelo emprego de arma branca (por seis vezes), em concurso material, e pelos delitos de corrupção de menores (por duas vezes), em cúmulo material mais benéfico, à pena de 34 (trinta e quatro) anos de reclusão, em regime inicial fechado, além de 90 (noventa) dias-multa, calculados à razão mínima; e (ii) absolvê-lo quanto ao delito previsto no artigo 157, §2º, incisos II e VII, do Código Penal, em relação a vítima Vinicius Pereira dos Santos, com fundamento no artigo 386, inciso I, do Código de Processo Penal. Indeferidos os benefícios da substituição da pena corporal por restritivas de direitos e da suspensão condicional da pena. Ao sentenciado foi negado o direito de apelar em liberdade (ID 30807528).

Nas razões recursais (ID 30807546), a Defesa pede a absolvição do réu quanto ao roubo praticado em face da empresa Expresso São

José. Para tanto, sustenta não ser possível que a empresa seja vítima do delito, sob pena de *bis in idem*. Argumenta, ainda, que não restou comprovada a subtração de qualquer bem de propriedade da pessoa jurídica proprietária do ônibus coletivo. Pleiteia o afastamento do concurso material de crimes, com o reconhecimento de crime único, ou a aplicação do concurso formal, ou o reconhecimento da continuidade delitiva, bem como a fixação da fração mínima de aumento pelo concurso formal e a concessão do benefício da gratuidade de justiça.

[...] Pede a Defesa o afastamento do concurso material de crimes, com o reconhecimento de crime único, ou a aplicação do concurso formal, ou o reconhecimento da continuidade delitiva.

Assiste parcial razão à Defesa.

Conforme tem reiteradamente decidido esta Corte de Justiça, nos casos em que o agente, por meio de violência ou grave ameaça, subtrai, para si, bens pertencentes a vítimas distintas (conhecendo essa condição), há concurso formal entre os crimes de roubo, e não crime único ou concurso material. No caso dos autos, o réu, na companhia de dois adolescentes e uma pessoa não identificada, subtraiu bens pertencentes a seis vítimas. Nessa hipótese, aplica-se o concurso formal próprio previsto no artigo 70, primeira parte, do Código Penal, e não o concurso material aplicado na sentença, conforme jurisprudência pacífica desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça[...]

[...] Desse modo, deve ser acolhido o pedido defensivo a fim de que seja aplicada a regra do concurso formal próprio entre os delitos de roubo.<sup>102</sup>

No caso acima há uma gritante diferença no que concerne ao entendimento sobre quantas ações foram praticadas pelo apelante. O juiz condenou o réu pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos II e VII do Código Penal, por seis vezes, na forma do artigo 69 do Código Penal. O TJDFT aplicou a sua jurisprudência, bem como a jurisprudência do STJ para reconhecer o concurso formal próprio ao caso. O que salta aos olhos é que, como já dito outras vezes neste trabalho, para o juiz houve mais de uma ação e para o Tribunal houve somente uma ação. Mostra-se necessária a apresentação de algum ou alguns critérios para chegar a tal conclusão, até para que o acórdão seja considerado bem fundamentado no tocante ao ou aos motivos que levaram o órgão julgador a entendimento diverso. Citar a jurisprudência por si só não é um critério apto, mas foi isso o que ocorreu com a menção ao fato de que a jurisprudência do Tribunal e do STJ entendem tratar-se de concurso formal

---

<sup>102</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma). Acórdão 1402427. Apelação criminal. [...] Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Roberval Casemiro Belinati, 17 fev. 2022. **DJe**, Brasília, 7 mar. 2022. Online.

próprio, e que essa é a regra a ser aplicada. A fundamentação no tocante à alteração do concurso aplicável limitou-se a citar a jurisprudência.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização deste trabalho se mostrou uma tarefa árdua pelas inúmeras dificuldades envolvidas no processo. Desde a escolha do tema houve dificuldade em encontrar bibliografia adequada que retrate de forma precisa a questão apresentada, o que gerou inúmeras dúvidas sobre a possibilidade de continuar com o tema escolhido.

O primeiro contato dos alunos com o Direito Penal é feito com o ensino da Parte Geral do Código, cuja importância é fundamental por ser aplicável a todos os crimes. Os alunos estudam a Parte Geral do Código, mas é possível notar que alguns temas são vistos superficialmente. Logo surgem as dúvidas sobre a aplicação na prática de determinado instituto, afinal, na vida real os casos nunca são iguais e fáceis de entender e aplicar como os exemplos mencionados nos livros.

Nesse momento de dúvida é que surgem questionamentos como o apresentado neste trabalho e fica claro o pouco que os alunos sabem. Como o concurso de crimes pode ser ensinado pelos professores sem haver menção ao problema da contagem de ações? Como o aluno irá determinar qual o concurso de crimes aplicável a certas situações que serão vistas em seu estágio ou depois de formado, se não sabe como contar ações? Pela atual falta de um critério existente para determinar quantas ações foram praticadas em um determinado contexto, percebe-se que muitos alunos saem do curso sem saber algo que possui relevância no dia a dia. Nota-se também que até mesmo os livros não tocam no tema, são poucos que o fazem.

Há uma sensação de que, exceto pelos casos mais fáceis em que praticamente não há discordância sobre o concurso aplicável, como o caso de um atirador de elite que mata duas pessoas com um só tiro e o faz mediante concurso formal impróprio, o concurso aplicável ao caso será determinado pelo magistrado quase que numa loteria, a depender do entendimento pessoal do juiz. Isso preocupa porque o Direito não pode ser baseado no mero “eu acho”.

Por questionamentos como esses que este trabalho abordou a questão, mesmo sem pretender respondê-la. A conclusão não poderia ser outra senão a de que a contagem de ações se trata de uma questão controvertida e que possui muita

importância para a prática jurídica, além de ser de bibliografia escassa, o que dificulta o caminho para quem pretende se aventurar neste tema.

É preciso que os autores de livros passem a se preocupar mais em pelo menos apresentar a questão para os estudantes em seus manuais, de modo que haja mais conhecimento, mais debates e mais artigos na bibliografia nacional, a respeito de algo que possui muita relevância e que não deve ser deixado de lado, principalmente no momento do ensino.

Outra conclusão sobre este trabalho diz respeito a uma passagem de Claus Roxin. Antes da conversa com Luís Greco, no entendimento do autor deste trabalho o problema estava no conceito de ação. Esse conceito deveria passar por uma reformulação para que pudesse ser útil para resolver problemas envolvendo a contagem de ações. Após ouvir que não havia problema no conceito de ação e sim que ninguém sabe como contar ações, o entendimento do autor deste trabalho mudou e houve busca de soluções por outros caminhos.

No entanto, durante a realização do trabalho final houve conhecimento da obra de Roxin. O autor alega que o conceito de ação da teoria do crime não se presta a resolver problemas de contagem de ações e que outro conceito é necessário, outro conceito que diga respeito à contagem de ações.

Essa compreensão é fundamental para eventuais trabalhos futuros que pretendam se debruçar sobre o tema, já que não haverá necessidade de cogitar um novo conceito de ação para a teoria do delito, o que seria muito difícil se de conceber, mas haverá preocupação com a concepção de um eventual conceito de ação que se aplique somente ao concurso de crimes, de modo que possa ser lançada uma luz capaz de resolver ou amenizar as disparidades atualmente existentes na aplicação prática do concurso de crimes.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 7 dez. 1940.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1738490/GO. Crime de estelionato e apropriação indébita. [...] 71 do código penal. Relator: Min. Felix Fischer, 4 set. 2018. **DJe**, Brasília, 10 set. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus 671.834/SP. Roubo majorado. Confissão. [...] Idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), 22 mar. 2022. **DJe**, Brasília, 25 mar. 2022. *Online*.

BUSATO, Paulo César. Parte geral. In: BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2020.

CAPEZ, Fernando. Parte geral: Arts. 1º a 120. In: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 24. ed. rev. atual. São José dos Campos: SaraivaJur, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal**: parte geral (arts. 1 ao 120). Salvador: Juspodivm, 2020.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (2. Turma). Acórdão 1413316. Apelação criminal. [...] Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Roberval Casemiro Belinati, 31 mar. 2022. **PJe**, Brasília, 20 abr. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma). Acórdão 1410588. Recurso de apelação. [...] Apelo conhecido e desprovido. Relator: Gilberto Pereira de Oliveira, 24 mar. 2022. **PJe**, Brasília, 1 abr. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (1. Turma). Acórdão 1402427. Apelação criminal. [...] Recurso conhecido e parcialmente provido. Relator: Roberval Casemiro Belinati, 17 fev. 2022. **DJe**, Brasília, 7 mar. 2022.

GRECO, Rogério. Artigos 1º a 120 do Código Penal. *In*: GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2022.

GUARAGNI, Fábio André. **As teorias da conduta em direito penal**: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MASSON, Cleber. Parte geral (arts. 1º a 120). *In*: MASSON, Cleber. **Direito Penal**. São Paulo: Método, 2020.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal**: parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

PRADO, Luiz Regis. Parte geral: Introdução, história, lei penal, princípios e bem jurídico. *In*: PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROXIN, Claus. Especiales formas de aparición del delito. *In*: ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña (coord.) *et al.* Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Florianópolis: Conceito, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (6. Câmara de Direito Criminal). Embargos de Declaração Criminal 1501006-17.2020.8.26.0535.

Foro de Guarulhos, 1. Vara Criminal. Relator: Ricardo Tucunduva, 27 ago. 2021. **DJe**, Guarulhos, 27 ago. 2021.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposo**. 5. ed. rev. e aum. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.