

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO**

FELIPE MACHADO PRATES

DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES

**BELO HORIZONTE
2015**

FELIPE MACHADO PRATES

DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial de obtenção do título de mestre em Direito.
Orientadora: Prof^a. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

BELO HORIZONTE
2015

P912d Prates, Felipe Machado
Do concurso formal de crimes / Felipe Machado Prates. – 2015.

Orientadora: Sheila Jorge Selim de Sales
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito penal - Teses 2. Concurso de crimes I. Título

CDU₍₁₉₇₆₎ 343.238

FELIPE MACHADO PRATES

DO CONCURSO FORMAL DE CRIMES

Trabalho apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Direito *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial de obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales

Aprovado em

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Sheila Jorge Selim de Sales
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)
(Orientadora)

Prof. Dr. Fabiano Teodoro de Rezende Lara
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Prof. Dr. Frederico Gomes de Almeida Horta
Centro Universitário UNA

BELO HORIZONTE
2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, que me ensinou que, para conseguir grandes conquistas, “não basta querer, tem que querer muito”. Essa máxima me lançou ao presente trabalho, edificado durante as noites e os finais de semana. A minha mãe, meus irmãos e à Bell, que me incentivaram durante todo o tempo, reitero meu especial reconhecimento.

Manifesto também minha imensa gratidão à professora Sheila Jorge Selim de Sales, possuidora de conhecimento ímpar no campo do Direito Penal, cuja orientação, presente durante todo o trabalho, foi fundamental para que o intrincado objeto de estudo pudesse ser enfrentado. A confiança e expectativa em mim depositadas, além disso, foram vitais estímulos à pesquisa.

Agradeço aos professores Anna Barbara Martinez, Antônio Martinez e Frederico Gomes de Almeida Horta, pelas valiosas contribuições; aos colegas “antipenalistas da UFMG”, pelos ricos e entusiasmados debates, e aos professores do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG, pelos valiosos ensinamentos.

Por fim, agradeço aos meus sócios, Henrique Carvalho e Tiago Retes, e aos amigos da Confraria e do Krav, pela amizade e compreensão quanto às pequenas ausências dos últimos tempos.

RESUMO

O presente trabalho começa pela identificação de uma teoria do concurso de normas no Direito Penal - conglobante dos concursos material e formal de crimes, da continuidade delitiva e do concurso aparente de normas penais -, regida pelos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração. O concurso formal de crimes, nesse contexto, é compreendido como figura intermediária entre o concurso material de crimes e o concurso aparente de normas, no que tange à forma de captação do desvalor de injusto e de culpabilidade pelas normas concorrentes. Colocadas essas premissas, confere-se um panorama geral do concurso formal de crimes, com a referência à sua evolução histórica e aos seus tradicionais pressupostos, consequências, fundamentação, natureza jurídica e peculiaridades conceituais. Segue-se, então, uma análise detalhada de cada um dos pressupostos específicos do concurso formal de crimes, a começar pelo ponto de maior divergência, a definição do conceito de unidade de ação (*lato sensu*). O segundo pressuposto, o da pluralidade de crimes, é tratado a partir da teoria da unidade típica de ação, de utilização ainda incipiente no Brasil. Além desses dois pressupostos conferidos tradicionalmente ao concurso formal, é citado também o da inexistência de concurso aparente de normas penais, aferido negativamente pelos tradicionais critérios de identificação e solução do conflito. Após a abordagem desses pressupostos, conceitua-se o termo “desígnios autônomos”, responsável pela diferenciação entre o concurso formal próprio e impróprio e raramente estudado com maior profundidade pela doutrina nacional. É feita também uma exposição dos critérios de punição já adotados no direito pátrio e no direito comparado para determinação da pena no concurso formal de crimes, com destaque aos aspectos positivos e negativos de cada um deles. Por fim, são analisadas as críticas da doutrina ao tratamento ambivalente do concurso de crimes e as legislações que não adotaram a diferenciação concurso formal-concurso material.

Palavras chave: concurso formal de crimes, concurso ideal de crimes, concurso de crimes, concurso de normais penais, princípio *non bis in idem*.

ABSTRACT

The present work begins by identifying a theory from *Concursus normarum* in Criminal Law – Scoping ideal and real concurrence of offences, continuing offences and apparent concurrence -, ruled by the material *non bis in idem* and full appraisal principles. Ideal concurrence of offences, in this context, is considered an intermediate figure between the real concurrence of offenses and apparent concurrence of norms, considering the form of valuation of the fact through applicable norms. Those premisses considered, there follows a general perspective of ideal concurrence of offences, with reference to its historical progress and traditional assumptions, consequences, fundamentals, law nature and conceptual peculiarities. Following that, a thorough examination of each of the specific assumptions in real concurrence of offences, starting by the most controversial assumption, the definition of the unity of action concept. The second assumption, of plurality of crimes, is defined by the *tatbestandliche Handlungseinheit* theory, still of incipient use in Brazil. Besides those two assumptions traditionally related to ideal concurrence, the one about the inexistence of apparent concurrence of criminal norms is also considered. After analysing these assumptions, the autonomous purposes concept is defined, considering its role in differentiating the proper and improper ideal concurrence and the fact its rarely analysed by the national doctrine. The punishment criterions used in national and foreign law are also analysed in its role of setting penalties in ideal concurrence of offences, highlighting the positive and negative aspects of each. And so, the doctrine's criticism regarding the crimes concurrence separation between ideal and real concurrence and its adoption in foreigner law.

Keywords: ideal concurrence of offences, *concurso delictorum formalis*, offences concurrence, norms concurrence, *non bis in idem*.

SUMÁRIO

1	PREMISSA NECESSÁRIA: O CONCURSO FORMAL DE CRIMES COMO PARTE DA TEORIA DO CONCURSO DE NORMAS NO DIREITO PENAL	9
1.1	Etiologia e abrangência dos problemas concursais	9
1.2	Princípios reitores da teoria do concurso de normas	10
1.2.1	Princípio <i>non bis in idem</i> material	10
1.2.2	Princípio da íntegra valoração	21
1.3	Pressupostos da teoria do concurso de normas	22
1.4	Posição sistemática da teoria do concurso de normas.....	26
2	O CONCURSO FORMAL DE CRIMES	29
2.1	Nota histórica	29
2.2	Noção	32
2.3	Fundamentação do instituto	33
2.4	Teorias monista e pluralista	42
2.5	Distinções necessárias: as noções de ato, ação e fato.....	44
3	PRESSUPOSTOS DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO E IMPRÓPRIO	48
3.1	Unidade de ação.....	48
3.1.1	O ato (ou a ação em sentido natural) como ponto de partida na definição do conceito de unidade de ação	48
3.1.2	Teorias da unidade de fim e de meio-fim.....	50
3.1.3	Teoria da unidade de reprovação interna	52
3.1.4	Teorias da unidade de resultado, unidade de efeito real e inseparabilidade das lesões jurídicas	53
3.1.5	Teoria da concepção natural de vida	59
3.1.6	Teoria da unidade típica de ação	60
3.1.7	Unidade de ação decorrente de identidade parcial dos atos executórios.....	62
3.1.8	Unidade de ação por efeito de enganche	64
3.1.9	Teoria do parentesco de injustos	66
3.1.10	Unidade de ação nos crimes omissivos	67
3.1.11	Unidade de ação nos crimes imprudentes	70
3.1.12	A definição da unidade de ação na doutrina e na jurisprudência brasileiras.....	71
3.1.13	Nossa posição sobre o conceito de unidade de ação	72

3.2	Pluralidade de crimes.....	74
3.3	Inexistência de concurso aparente de normas penais	76
4	A DISTINÇÃO ENTRE O CONCURSO FORMAL PRÓPRIO E O IMPRÓPRIO: O CONCEITO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS	83
5	DETERMINAÇÃO DA PENA NO CONCURSO FORMAL DE CRIMES: AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	91
5.1	Sistema de acumulação material.....	91
5.2	Sistema de acumulação jurídica.....	92
5.3	Sistema de exasperação.....	93
5.4	Sistema de combinação	95
5.5	Sistema de absorção	97
5.6	Sistema de absorção com agravação.....	98
5.7	Sistema de pena unitária.....	99
5.8	A possível desproporcionalidade entre a punição por concurso formal de crimes e por continuidade delitiva no Brasil.....	100
6	CRÍTICAS AO CONCURSO FORMAL E À SOLUÇÃO DIFERENCIADORA DO CONCURSO DE CRIMES	102
6.1	Críticas da doutrina	102
6.2	O tratamento unitário do concurso de crimes nas legislações.....	104
7	CONCLUSÃO.....	106
8	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	108

1 PREMISSA NECESSÁRIA: O CONCURSO FORMAL DE CRIMES COMO PARTE DA TEORIA DO CONCURSO DE NORMAS NO DIREITO PENAL

1.1 Etiologia e abrangência dos problemas concursais

O Direito Penal se constitui, essencialmente, por meio de normas hipotéticas. Estabelecido um determinado suposto fático, liga-se à sua realização um efeito correspondente. Significa dizer que toda vez que uma conduta se adequar ao enunciado da norma, deverá sobrevir uma consequência, conforme o esquema “se é A, deve ser B”¹.

A teoria do concurso de normas no Direito Penal se ocupa das situações em que o comportamento de um determinado sujeito cumpre o suposto fático de várias normas hipotéticas, ou de uma única norma por diversas vezes, criando a convergência das consequências legalmente previstas. Dito de outra forma, sendo a norma penal portadora de juízo de valor sobre o seu objeto (KAUFMANN, 1976, p. 108), a teoria concursal cuida dos casos em que, sobre um recorte fático, específico, incide uma pluralidade de valorações normativas².

Pode-se dizer que o surgimento de problemas ligados às múltiplas valorações normativas de um mesmo sucesso está fortemente relacionado ao fato de o Direito Penal se assentar em um sistema de tipos (AISA, 2004, p. 18). Todavia, isso não importa reduzir o campo da teoria concursal apenas aos casos de concorrência de tipos penais³, pois a convergência de valorações sobre o mesmo suposto fático pode se dar não apenas entre figuras delitivas, mas também entre normas que se abrigam em um único tipo, como agravantes e causas gerais ou especiais de aumento de pena⁴.

Em segundo lugar, há de se ter em conta que a sobreposição valorativa pode ocorrer também entre normas benéficas, como no caso em que participem da concorrência atenuantes, causas gerais ou especiais de diminuição de pena (GRISPIGNI, 1952, p. 415) ou crimes privilegiados com o mesmo tipo básico, ou, por fim, entre uma norma penal gravosa e uma

¹ Vide Bobbio (2001, p. 187-188), García Maynez (1956, p. 14), Kelsen (1998, p. 71) e Reale (2002, p. 93-94).

² Assim apontam Sanz Morán (2012, p. 9) e Aisa (2004, p. 449). Parte da doutrina denomina de “normas de segundo nível” aquelas normas destinadas a regular as situações de concorrência de qualificações legais (chamadas estas de “normas de primeiro nível”) sobre um mesmo substrato fático (MOLINÉ, 1994, p. 29-30; AISA, 2006, p. 96-97; NINO, 1972, p. 19). São exemplos de normas de segundo nível no Código Penal brasileiro as contidas nos artigos, 12, 68, parágrafo único, 69, 70 e 71.

³ Tratam a matéria sob a rubrica de “concurso aparente de tipos” Novoa Monreal (1966, p. 283), Huerta (1972, p. 199) e Pessoa (1996, p. 27).

⁴ Nesse sentido afirmam Grispigni (1952, p. 415), Pavón Vasconcellos (1975, p. 50), Aisa (2004, p. 26) e Jiménez de Asúa (1950, p. 506).

norma penal benéfica, vide a possibilidade, v. g., de existência de um tipo básico simultaneamente qualificado e privilegiado.

Todas as situações de concorrência de valorações legais, além de terem pressupostos em comum, são regidas pelos mesmos princípios - o princípio *non bis in idem* material e o princípio da íntegra valoração do fato (AISA, 2004, p. 26) -, o que nos autoriza falar na existência de um “concurso de normas em sentido amplo” e uma teoria aplicável a todas essas hipóteses de concurso, tratando conjuntamente o que a doutrina tradicionalmente divide em concurso aparente de normas penais e concurso de crimes, este composto pelos concursos material, formal e o crime continuado.

A expressão “concurso de normas” em sentido amplo pode ser utilizada, em outras palavras, “*para designar aquel fenómeno en el que aparece como teóricamente aplicable a un suceso fáctico una pluralidad de preceptos legales*” (AISA, 2004, p. 449), sendo a possibilidade e a forma de aplicação efetiva desses preceitos definida em um segundo momento, após o crivo dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração.

Jiménez Huerta (1972, p. 199) promove uma aproximação entre as categorias concursais nesse mesmo sentido, asseverando que

la palabra concurso, por tanto, no presupone aquí la contemporánea aplicación de dos o más tipos penales; alude sólo a su encuentro o coincidencia en un determinado instante del proceso de subsunción; transitorio encuentro o coincidencia oriundo de la complejidad constructiva del ordenamiento punitivo.

Apesar da limitação deste trabalho ao estudo do concurso formal de crimes, pensamos ser impossível compreender efetivamente essa categoria à margem da teoria concursal e das funções desempenhadas pelas demais formas específicas de concurso⁵.

1.2 Princípios reitores da teoria do concurso de normas

1.2.1 Princípio *non bis in idem* material

Em termos reducionistas, o princípio *non bis in idem*⁶ significa que “ninguém pode ser julgado ou castigado duas vezes pelo mesmo fato” (GARCÍA ALBERO, 1995, p. 23;

⁵ Além dos autores já citados e de diversos outros que abordam o concurso aparente de normas penais e o concurso de crimes de maneira contígua em suas obras, manifestam-se explicitamente sobre a existência de uma teoria concursal que abrange essas categorias Cuerda Riezu (1992, p. 20-21), Puig Peña (1969, p. 345), Pessoa (1995, p. 27), Carranza Tagle (2011, p. 4) e Conti (2006, p. 5).

RIOSECO, 2005, p. 2). Essa clássica definição carrega duas imposições de natureza jurídica distintas: uma processual e outra material.

A vertente processual do princípio refere-se à proibição de um indivíduo ser julgado ou processado duas vezes pelo mesmo fato⁷, de acordo com o brocardo *bis de eadem re non sit actio* (não haja ação duas vezes sobre o mesmo assunto), e encontra amparo concreto nos institutos da litispendência e da coisa julgada (RIOSECO, 2005, p. 3)⁸. O que nos interessa no presente trabalho, todavia, é a vertente material do princípio, traduzida originalmente na imposição de que ninguém pode ser punido mais de uma vez pelo mesmo fato ou crime⁹.

Algumas profundas divergências doutrinárias no campo da teoria concursal decorrem diretamente de distintas concepções do princípio *non bis in idem* material e, a partir do conhecimento da evolução da construção teórica desse princípio, é possível compreender o porquê do surgimento de grande parte desses desacordos.

O *non bis in idem* material é um princípio relativamente recente. Embora se atribua a origem do princípio *non bis in idem* ao Direito Romano, suas poucas formulações durante esse período relacionam-se ao seu aspecto processual. Ademais, conforme informa Barja de Quiroga (2004, p. 14-15), das sentenças de Quintiliano (século I d.C) e Paulo (século III d.C)¹⁰ extraem-se formulações pouco claras, que desenham o *non bis in idem* como um

⁶ Alguns autores fazem referência a este princípio como *ne bis in idem*, ao invés de *non bis in idem*. Apesar de posições no sentido de que ambas as expressões estão corretas (GARCÍA ALBERO, 1995, p. 23; RIOSECO, 2005, p. XX), Barja de Quiroga (2004, p. 17) afirma que “*el ‘ne’ o el ‘non’, ‘es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. En términos generales, cabe decir que ‘ne’ es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto, subordinada y que se suele traducir ‘para que no’ o ‘que no’. Ahora bien, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en ‘non’ y se traduce por ‘no’. Esto es lo que ha ocurrido con la enunciación de este principio. En los textos aparece correctamente la conjunción ‘ne’, pero al sacarlo del contexto y enunciarlo como principio, el mantenimiento del ‘ne’ debe transformarse, como así se hizo, en ‘non’. En otras palabras, si castellanizamos el principio, si partimos de ‘ne’, habremos de decir principio ‘para que no (o ‘que no’) dos veces en (o por) lo mismo’, mientras que si partimos de la conjunción ‘non’, diríamos principio ‘no dos veces en (o por) lo mismo’. Así pues, si se enuncia como principio, parece que lo correcto es enunciarlo como principio non bis in idem’*”.

⁷ Nesse sentido afirmam Barja de Quiroga (2004, p. 57), Aisa (2004, p. 121), Goñi (2012, p. 26 e 44), García Albero (1995, p. 24), Rioseco (2005, p. XXI), Damásio de Jesus (2010, p. 54) e Régis Prado (2012, p. 185).

⁸ Segundo Rioseco (2005, p. XIX), o *non bis in idem* processual se justifica pelo fato de que “*el inculpado no puede permanecer indefinidamente bajo la espada de Damocles de sucesivas persecuciones penales*”. Considerando o princípio *favor libertatis*, obviamente não se veda a existência de processo com o mesmo objeto quando este for estritamente benéfico ao indivíduo, como ocorre com a revisão criminal. Em sentido similar, veja-se Goñi (2012, p. 85).

⁹ Nesse sentido lecionam Aisa (2004, p. 121); García Albero (1995, p. 24), Rioseco (2005, p. XXI), Goñi (2012, p. 26), Damásio de Jesus (2010, p. 54) e Régis Prado (2012, p. 185).

¹⁰ Rioseco (2005, p. 3-4) cita das sentenças de Quintiliano e Paulo, respectivamente, as seguintes passagens: “*Solet et illud quaeri quo referatur quod scriptum est ‘Bis de eadem re ne sit actio’: id est, hoc ‘bis’ ad actorem an actionem. Haec ex iure obscuro*”; (“Costuma-se questionar também a que se refira o que está escrito: ‘duas vezes a respeito da mesma questão, não se mova uma ação’, ou seja, esse ‘duas vezes’ é para o autor ou para ação? Tudo isso procede do obscuro do direito.” – tradução de Antônio Martinez de Rezende); “*de his criminibus de quibus quis absolutus est ab eo qui accusavit, refricari accusatio non potest*” (“Acerca dos delitos

princípio geral e carente de especial relevância no âmbito penal, que impediria reclamar duas vezes uma mesma coisa. Citando Liebs (1967, p. 104-132 apud BARJA DE QUIROGA, 2004, p. 14-15), conclui que esse princípio não ia muito além de uma abstrata exigência de boa fé¹¹.

Ainda assim, é possível identificar, no Direito Romano, compreensões, embora incipientes, próximas às imbuídas posteriormente ao princípio *non bis in idem* material. Conforme se extrai de Mommsen (1991, p. 549):

cuando de un mismo delito naciesen por igual fundamento ético dos acciones que hubieran de ser sustanciadas en juicio criminal, no podían promoverse ambas, sino que el empleo de la una excluía el ejercicio de la otra. Hacíase aplicación de este principio a un caso, sobre todo, que se nos presenta no raras veces en la legislación del pueblo romano con carácter ejemplificativo, y que consistía en que un mismo hecho punible fuese incluído en el concepto fundamental de diversos delitos (...). Tito dispuso que, en el caso de un único hecho, no pudieran nacer diversas acciones criminales. Seguramente, era bastante más fácil sentar el principio que aplicarlo, pues con frecuencia tenía que advertirse la dificultad de resolver si en un mismo hecho punible podía encontrarse más de un fundamento ético, es decir, más de un delito, o si lo que sucedía era que distintas leyes penales preveían y castigaban de diferente manera un hecho idéntico. Los jurisconsultos romanos vacilaron también muchas veces en esto, y en caso de duda se resolvían por la concurrencia.

A existência de situações resolvidas com aplicação do critério punitivo da absorção, tratamento similar ao dado atualmente ao concurso aparente de normas penais, revela um apoio, ainda que intuitivo, em uma noção correspondente à ideia do *non bis in idem* material, tal como se percebe das sentenças de Paulo (“*senatus censuit, ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*”¹² (MANZINI, 1949, p. 405)) e dos exemplos trazidos por Mommsen (1991, p. 548):

En cuanto a la determinación del concepto fundamental de la concurrencia de delitos, no debe olvidarse que los delitos más graves excluían a los más leves. Como, por ejemplo, el homicidio de un magistrado se consideraba como caso de perduelión, es difícil que se le pudiera incluir en la ley relativa al homicidio en general. La acción de injuria quedaba extinguida desde el momento en que el acto se estimara punible como delito contra el

dos quais uma pessoa foi absolvida, pelo próprio que acusou a acusação não pode ser reiterada” – tradução de Antônio Martinez de Rezende).

¹¹ A partir da indicação que faz Savigny (1850, p. 90 e ss.) das distintas concepções sobre o tema no Direito Romano, pode-se inferir que o *bis in idem* processual se referia, originalmente, muito mais à proibição de múltiplas ações judiciais com base em um mesmo fundamento legal do que com base em um mesmo fato.

¹² “O senado solenemente declarou que ninguém, por causa de um só crime, se tornará réu pela aplicação de mais de uma lei” (tradução de Antônio Martinez de Rezende).

Estado, o como adulteria. En los casos en que se ejercieran acciones, así civiles como criminales, por hechos en que hubiera intervenido dolo, se hacía resaltar expresamente el carácter subsidiario de las mismas (...).

Os critérios para que se pudesse identificar quando um fato poderia dar lugar a mais de um crime, todavia, eram pouco claros, variando de acordo com a natureza pública ou privada dos crimes concorrentes (PESSINA, 1936, p. 552-553; MOMMSEN, 1991, p. 547-548), razão pela qual a vedação de dupla punição pelo mesmo fato resumia-se na proibição imposta pelo *non bis in idem* processual de instauração de um segundo processo contra o mesmo indivíduo com a mesma acusação.

Para as hipóteses de prática de vários delitos - por meio de uma ou várias ações -, prevaleceu, no Direito Romano, no Direito Canônico e no Direito dos povos bárbaros da Idade Média, a solução advinda do aforisma *quot delicta tot poenae* (tantas penas quanto crimes), cumulando-se indistintamente as penas de todos os crimes caracterizados¹³.

A vertente material do *non bis in idem* passou a ganhar espaço e importância no concurso de normas a partir dos séculos XV e XVI, na Itália e na Espanha, pela referência à unidade de fato ou de ação como critério determinante para aferição da existência de um ou vários crimes¹⁴, posição que encontrou grande expansão no final do século XVIII, notadamente pela obra de Koch (1758). Havendo um único fato, só se poderia falar em um único crime, de forma que a realização de várias figuras delituosas se resolveria com a prevalência de uma sobre as outras. Evitava-se, assim, que alguém fosse punido duplamente pelo mesmo fato. Apesar da manutenção do brocardo *quot delicta tot poenae* como regra geral, a punição por dois ou mais crimes dependia, a partir de então, da verificação de que tais crimes eram relacionados a fatos distintos.

O desenvolvimento da noção moderna do *non bis in idem* material e o reconhecimento de sua importância na teoria concursal ocorreram, efetivamente, no final do século XIX, pelas mãos da doutrina alemã¹⁵. Deve-se a Köhler a conformação do princípio como fundamento e cânone da distinção entre concurso de crimes e concurso aparente de normas (1900, p. 60), tendo suscitado esse autor como pressuposto de aplicação do princípio à unidade de ação, embora também reconhecesse sua incidência em situações excepcionais de pluralidade de

¹³ Vide Pessina (1936, p. 552-553), Manzini (1949, p. 353-354), Pimentel (1969, p. 23), Frago (1983, p. 343) e Aisa (2004, p. 85).

¹⁴ Cf. García Albero (1995, p. 36), Noronha (1959, p. 341) e Aníbal Bruno (1967, p. 290).

¹⁵ Notadamente Wächter (1881, p. 297 apud ACUÑA, 2000, p. 303), Schütze (1883, p. 3, 54 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 39) e Köstlin (1885, p. 537).

ação (antefatos e posfatos copunidos), que classificou como concurso real aparente (1900, p. 40-41).

A não-aplicação de um dos preceitos em que o agente havia incorrido justificava-se, para Köhler, no fato de que um deles estaria inteiramente contido no outro, havendo uma unidade de culpabilidade (1900, p. 62)¹⁶. Posteriormente, autores como Höpfner (1905, p. 175) e Honig (1927, p. 30 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 42) reiteraram a impossibilidade de aplicação conjunta de normas em determinados casos com fundamento no *non bis in idem* material, esclarecendo que uma norma está contida na outra quando uma das figuras delitivas concorrentes promove a valoração jurídica do fato de forma exaustiva.

No mesmo sentido e consolidando a superação da mera coincidência fática entre crimes como fator determinante de *bis in idem*, Graf Zu Dohna (1941, p. 138 apud AISA, 2004, p. 215) estabeleceu como ponto chave para apreciação da concorrência de qualificações o conteúdo de injusto dos preceitos concorrentes, aduzindo haver *bis in idem* material, causador de concurso aparente, quando uma das normas capta completamente o conteúdo de injusto do fato por elas apreciado, e concurso de crimes quando se faz necessária a consideração de várias normas para esgotar a reprovação do injusto¹⁷.

Alguns autores promoveram ajustes a essa concepção, analisando a sobreposição valorativa não sob a ótica apenas do conteúdo de injusto, mas do conteúdo de injusto e de culpabilidade¹⁸. Segundo Montenbruck (1983, p. 163 apud AISA, 2004, p. 263), a segunda posição é mais adequada, pois os autores que consideram apenas o conteúdo de injusto se esquecem de que um especial conteúdo de culpabilidade pode ser considerado relevante pela lei para valoração do fato. Outros autores, por outro lado, fazem referência ao “conteúdo delitivo do fato”¹⁹ ou, simplesmente, “ao desvalor dos crimes”²⁰.

A partir desse pensamento, o princípio *non bis in idem* material deixou de ter como objeto de vedação a múltipla punição do indivíduo por um mesmo fato, passando a ser entendido como proibição de reiteração de juízo de desvalor sobre um mesmo fato (GARCÍA ALBERO, 1995, p. 42), em um resgate da concepção formulada de maneira embrionária no

¹⁶ Entendimento semelhante foi adotado pouco tempo depois por Baumgarten (1909, p. 193 apud AISA, 2004, p. 212).

¹⁷ Referem-se também à apreensão total do conteúdo de injusto como pressuposto de existência do concurso aparente de normas penais Maurach (1976, p. 438), Stratenwerth (2005, p. 563), Quintero Olivares (1996, p. 576), Bacigalupo (1999, p. 570), Choclán Montalvo (1997, p. 30) e Caramuti (2010, p. 200). Para Acuña (2000, p. 314), o critério proposto por Dohna foi uma reformulação da definição do princípio da consunção que já havia sido proposta por Beling.

¹⁸ Nesse sentido Jescheck;Weigend (2002, p. 788) e Agge (2007, p. 172).

¹⁹ Nesse sentido Welzel (1976, p. 317).

²⁰ Nesse sentido Mir Puig (1995, p. 736), Béjar García (1995, p. 12), Sanz Morán (2012, p. 16), Plasencia (1994, p. 117), Aisa (2006, p. 97) e Vidal (2007, p. 135).

Direito Romano, em que se analisava, em certos casos, se haveria ou não distinto fundamento ético entre os crimes oriundos de uma mesma ação (MOMMSEN, 1991, p. 549). Passou-se a aceitar, portanto, que, a depender do caso concreto, um mesmo fato pode ser objeto de juízos desvalorativos distintos. Por esse motivo e para diferenciar o *bis in idem* material do processual, a doutrina alemã majoritária passou a referir-se ao princípio não como *non bis in idem*, mas como proibição de dupla valoração (*Verbot der Doppelbewertung*), proibição de utilização plural dos fundamentos da pena (*Verbot des Doppelverwertung*) ou proibição de punição plural (*Verbot des Doppelbestrafung*) (ACUÑA, 2000, p. 346; GARCÍA ALBERO, 1995, p. 27; 43).

A utilização dessa definição do princípio *non bis in idem* material, como proibição de apreciação dupla de um mesmo desvalor para imposição de pena, foi largamente adotada na doutrina, sendo suscitada dentro da teoria concursal como fundamento do concurso aparente de normas penais²¹.

Nos textos legais, o *non bis in idem* material encontra pouco esteio, havendo referência a apenas algumas de suas manifestações, tal como ocorre no art. 14, 7, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e nos artigos 8º, 42 e 61 do Código Penal Brasileiro. Nesse aspecto, melhor amparo encontra o princípio em sua vertente processual²².

Grande parte da doutrina, especialmente a espanhola (seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol), aponta como fundamento do *non bis in idem* material o princípio da legalidade (bem como o princípio da tipicidade, um de seus corolários)²³. Segundo García Albero, o tipo penal, tal como definido por Beling, possui uma função garantidora no sentido de que, ao determinar a conduta proibida e a consequência jurídica correspondente, impede que, sobre o fato típico, recaia punição mais gravosa do que a especificamente prevista no tipo, mesmo que existam outros enquadramentos típicos do fato, uma vez que a sanção se baseia no desvalor do fato típico com a pretensão de esgotá-lo (1995,

²¹ Nesse sentido Jescheck-Weigend (2002, p. 789), Fiore (1997, p. 165), Quintero Olivares (1996, p. 576), Aisa (2004, p. 26), Sanz Morán (2012, p. 16), Puig Peña (1955, p. 45), García Albero (1995, p. 218), Peñaranda Ramos (1991, p. 183), Bettiol (1971, p. 325), Mir Puig (1995, p. 736), Serloteen (1973, p. 49), Acuña (2005, p. 490), Torres (2012, p. 20), Pessoa (1996, p. 65-66), Soler (1945, p. 196-197), Planas (1989, p. 110), Rocha (1965, p. 86), Carvalho Filho (2007, p. 37) e Horta (2007, p. 84). Em sentido contrário opina D'Almeida (2004, p. 38). Zenkner Schmidt (2001, p. 79), por sua vez, restringe o *non bis in idem* material dentro do concurso aparente de normas penais como fundamento exclusivamente do critério da especialidade.

²² O *non bis in idem* processual encontra-se previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 4), ratificado no Brasil pelo Decreto 678/92 no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, 7); e no Estatuto do Tribunal Penal Internacional (art. 20, 1, 2 e 3).

²³ Cf. García Albero (1995, p. 73). Nesse sentido, no Brasil, v. Horta (2007, p. 23), Queiroz (2008, p. 49-50), Vidal (2007, p. 80,153) e Prado (2012, p. 186-187).

p. 82-83). O autor exemplifica afirmando que alguém que comete parricídio²⁴ não pode ser punido por parricídio e homicídio, dado que a soma das penas transbordaria o marco punitivo previsto para a conduta que realiza o crime de parricídio, alterando, por via indireta, os marcos penais prefixados (1995, p. 82-83).

Outros autores vinculam o *non bis in idem* material ao princípio da proporcionalidade²⁵. Nesse sentido, Cuerda Riezu (1991, p. 846) afirma que “*efectivamente lo que impide que en una situación recaigan dos o más efectos jurídicos es la proporcionalidad que a su vez descansa en el criterio de la igualdad y que es reconducible en último extremo a la idea de justicia*”. Barja de Quiroga (2004, p. 58), por sua vez, assenta o *non bis in idem* material no princípio da culpabilidade.

A concreção do princípio, todavia, é uma tarefa difícil e, como salienta Aisa (2004, p. 114), quando se trata de analisar casos reais, tanto se tem apelado à violação do *non bis in idem* para afirmar a existência de um concurso aparente, quanto se tem postulado sua não-vulneração para afirmar a ideia contrária. Como asseveram Cuerda Riezu (1991, p. 836) e García Albero (1995, p. 23), a simples fórmula “não duas vezes pelo mesmo” não especifica o que se deve entender como hipótese fática (*idem*), nem qual consequência deve-se buscar evitar (*bis*).

Nesse campo, a Sentença 2/1981 de 30 de janeiro, do Tribunal Constitucional Espanhol (ESPANHA, 1981), é tida como um marco na definição do alcance e dos pressupostos de aplicação do princípio *non bis in idem* material. Conforme manifestado pelo tribunal, o princípio *non bis in idem* é um princípio geral do Direito, relacionado aos princípios da legalidade e da tipicidade, que impede que recaia uma sanção de natureza penal e outra de natureza administrativa, quando houver identidade de sujeito, de fato e de fundamento entre elas.

Aponta-se que o critério de tríplice identidade, embora não tenha erigido pressupostos inéditos²⁶, trouxe maior precisão conceitual ao princípio, tendo sido perfilhado por outros

²⁴ Forma especial de homicídio prevista no art. 405 do Código Penal espanhol de 1973 (ESPANHA, 1973, p. 24209).

²⁵ Assim o fazem Régis Prado (2012, p. 186-187) e Horta (2007, p. 23).

²⁶ Com razão, García Albero (1995, p. 28) registra que “*la principal trascendencia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional radica en haber reconocido su vigencia [do princípio non bis in idem material] en el marco del Derecho sancionador en su conjunto, esto es, el de las relaciones entre el Derecho penal y el sancionador administrativo*”. Conforme Rioseco (2005, p. XX), “*en la actualidad la doctrina mayoritaria se muestra partidaria de entender que no existe esa diversidad de naturaleza entre las sanciones penales y las administrativas. Este criterio ha variado, al considerar la inexistencia de diferencias cualitativas entre las infracciones penales y administrativas, y que el problema deriva del desorden legal y descoordinación absoluta entre distintos sectores del ordenamiento*”.

tribunais²⁷ e por grande parte da doutrina²⁸, e aplicado também, obviamente, nas hipóteses de concorrência entre sanções de natureza penal.

O pressuposto da identidade de sujeito deixa pouca margem para dúvidas e demonstra a natureza pessoal do princípio *non bis in idem* material, de maneira que o afastamento de uma sanção por força do princípio ocorre sempre em referência a um indivíduo específico, não impedindo que outras pessoas que tenham tido participação no crime sejam punidas, caso não exista dupla valoração normativa em relação a elas.

No tocante à identidade entre os fatos, na mesma decisão se afirma que “*para la individualización de estos hechos es preciso tener en cuenta criterios de valoración jurídica*” (ESPANHA, 1981), indicando que esse pressuposto não se assentaria na consideração naturalística da realidade, mas nos fatos individuados valorativamente.

Dessa maneira, como obtempera García Albero, o requisito da identidade de fundamento acaba por reiterar que a apreciação de *bis in idem* deve ser feita com base em critérios valorativos (1995, p. 63), que têm como base o sentido dos tipos penais em concurso²⁹. Em decisões posteriores, o Tribunal Constitucional Espanhol especificou haver identidade de fundamento quando os bens jurídicos ou os interesses juridicamente protegidos pelas normas são iguais³⁰.

A nosso sentir, entretanto, os delineamentos citados, em que frequentemente se tem esgotado a aprofundização do princípio pela doutrina e pela jurisprudência, distam de resolver a incertidão que se coloca no momento de sua aplicação. Tal registro é feito também por Aisa (2004, P. 146), afirmando a autora que o *non bis in idem* material “*se muestra sólido en sus líneas generales, pero tal solidez se diluye cuando se trata de concretar y aplicar a un caso específico la triple identidad contenida en la fórmula del Tribunal Constitucional*”. Cumpre, portanto, fazermos algumas considerações.

A exigência de que as sanções recaiam sobre o mesmo indivíduo mostra-se irretocável. Com base na doutrina de Geerds (1961, p. 167 apud PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 157), pode-se dizer que a não-aplicação de um dos preceitos concorrentes como

²⁷ O Tribunal Europeu de Direito Humanos decidiu dessa forma nos casos *Gradinger v. Áustria* (UNIÃO EUROPEIA, 1995), *Sergey Zolotukhin v. Rússia* (UNIÃO EUROPEIA, 2009a), *Ruotsalainen v. Finlândia* (UNIÃO EUROPEIA, 2009b), entre outros.

²⁸ Adotam-o, entre outros, Aisa (2004, p. 452-453), Planas (1989, p. 110), Régis Prado (2012, p. 185) e Queiroz (2008, p. 49-50).

²⁹ Nesse mesmo sentido, veja-se AISA, 2004, p. 452-453.

³⁰ Sentença 234/1991 de 10 de dezembro (ESPANHA, 1991); Sentença 270/1994 de 17 de outubro (ESPANHA, 1994); Sentença 177/99 de 11 de outubro (ESPANHA, 1999); Sentença 2/2003 de 16 de janeiro (ESPANHA, 2003). Esse entendimento também é adotado por parte da doutrina, vide Planas (1989, p. 110), Torres (2012, p. 21, 348) e Queiroz (2008, p. 49-50).

imposição do *non bis in idem* material possui natureza altamente pessoal (*höchstpersönlicher Natur*). Tal concepção é perfilhada pela doutrina alemã, pelo que se afirma que “*el desplazamiento de un delito no opera de forma absoluta, sino siempre en referencia tan sólo a una determinada persona*” (BURGSTALLER, 1978, p. 468 apud PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 157)³¹. cremos que não poderia ser de outra forma, já que o conteúdo de injusto e culpabilidade objeto de reprovação é sempre distinto em relação a cada indivíduo.

O requisito da identidade de fato, por sua vez, certamente não pode ser interpretado em seu sentido naturalístico para caracterização de *bis in idem* material, como ainda fazem muitos autores. Além da impropriedade de se fazer um recorte da realidade de maneira prejudicial, mesmo tomando a unidade de fato em sentido natural, seria incabível concluir pela sua imprescindibilidade para configuração de *bis in idem*, em função dos antefatos e pós-fatos copunidos, categorias de concurso aparente de normas desveladas pela doutrina alemã, notadamente pelos esforços de Honig (1927 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 42).

Os antefatos e pós-fatos copunidos são apontados como fatos autônomos, que realizam um crime cujo desvalor já se encontra reprovado por outra figura penal, sendo esta referente, por sua vez, a outro fato, como no exemplo do ladrão que, anos após furtar um objeto, o danifica. A doutrina reconhece, aqui, a prática de dois fatos distintos, mas com a subsistência apenas do crime de furto.

Tem se mantido remansoso o entendimento de que os antefatos e pós-fatos copunidos representam hipótese de pluralidade de fatos³². Como se percebe, nessas situações, há absoluta ausência de limitação temporal para reconhecimento da absorção do desvalor do antefato ou pós-fato copunido pelo crime originado pelo fato principal. Em conclusão, portanto, considerando que sanções tidas como provenientes de fatos diversos podem trazer uma sobreposição valorativa entre si, a imposição da identidade de fato como pressuposto de operatividade do princípio *non bis in idem* material impediria que se justificasse a aplicação de apenas um dos preceitos legais em concorrência nos casos dos antefatos e pós-fatos copunidos³³.

³¹ Também nesse sentido Stratenwerth (2005, p. 459), Jakobs (1983 apud PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 34), Aisa (2004, p. 344-345) e Peñaranda Ramos (1991, p. 157).

³² Assim afirmam Aisa (2005, p. 246), Béjar García (1995, p. 21), Pedroso (1991, p. 295), Mourullo (1978, p. 116-117), Devesa;Gomez (1994, p. 200), Mir Puig (1995, p. 740-741), Ranieri (1975, v. 2, p. 154), Maggiore (1954, v.1, p. 247), Wessels (1976, p. 181), Stevenson (1991, p. 32-33), Americano (1958, p. 44), Pessoa (1996, p. 205), Noronha (1965, p. 40-41), Maurach (1976, p. 467) e Jesus (1969, p. 37).

³³ Cabe reconhecer o antefato e o pós-fato copunidos como resultado de *bis in idem* material e situá-los dentro do campo do concurso aparente de normas penais. Por esta razão se fala, na doutrina estrangeira, da existência de concurso ideal aparente (ou impróprio) e concurso real aparente (ou impróprio). Nesse sentido, v. Köhler (1900, p. 40-41; Jescheck;Weigend (2002, p. 790), Wessels (1976, p. 179-181), Mir Puig (1995, p. 736 e ss.), Béjar García (1995, p. 13) e Aggeo (2007, p. 174). Alguns autores, embora reconhecendo o antefato e o pós-fato

O sentido do termo “fato”, no âmbito da teoria concursal, por esse motivo, só pode ser utilizado a partir da linha de pensamento colocada por Frederico Horta, que define que o fato, “como substrato da incidência das normas aparentemente concorrentes, segundo o princípio *non bis in idem*, é o próprio injusto, pelo qual o agente não deve ser mais de uma vez reprovado” (2007, p. 84).

Dessa forma, a unidade ou identidade de fato (compreendido normativamente) é um requisito de certa forma supérfluo, pois o ponto chave para operatividade do *non bis in idem* material corresponde à identidade de fundamento entre as sanções, compreendida como realização de múltiplas valorações de um mesmo conteúdo desvalioso. Aquele que submete criança sob sua autoridade a vexame, incorrendo no crime do art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, não pode ter a pena agravada por ter praticado o crime contra criança (art. 61, “h”, CP), pelo fato de que a valoração feita pela agravante já está contida no tipo penal.

Cabe, assim, sepultar definitivamente a concepção do *non bis in idem* material como proibição de que um único fato natural origine dois ou mais crimes e, conseqüentemente, dê ensejo à aplicação de mais de uma pena. O mesmo substrato fático pode possuir aspectos com diferentes significados, cada um relacionado a uma norma penal e digno de reprovação própria.

Importante salientar, ainda, que a identidade de fundamento não pode ser compreendida como identidade de bem jurídico, pois, apesar da importância desse conceito para o Direito Penal, utilizá-lo sozinho para apontar sobreposições valorativas traria grandes problemas, já que, como pondera Goñi (2012, P. 40-44), “*al hablar de una “identidad de bien jurídico” entramos a un ámbito subjetivo en el que para un delito, puede haber tantos bienes jurídicos como autores escriban al respecto, lo cual genera una inseguridad jurídica monstruosa para el inculpado*”. No final do século XIX, Köhler (1900, p. 64) já defendia a impossibilidade da tomada em consideração do conceito de bem jurídico nesse campo, lembrando que uma norma pode proteger uma pluralidade de bens jurídicos simultaneamente. Acuña (2005, p. 465-466), por sua vez, lembra que vincular a identidade de fundamento ao bem jurídico lesionado teria por efeito reconhecer violação do *non bis in idem* material em todos os casos de concurso formal homogêneo³⁴.

Concordamos com Aisa (2009, p. 78-79), dessa forma, quando pondera que:

copunidos, os situam foram do campo do concurso aparente de normas, distinção que nos parece puramente terminológica.

³⁴ Contra a fixação da identidade de bem jurídico violado como critério de verificação de *bis in idem* material, se colocam, também, Aisa (2005, p. 217) e Americano (1958, p. 65).

puesto que el legislador no ha creado un solo tipo para la protección de cada bien jurídico sino que normalmente configura un conjunto o sistema de ellos, la distinción entre concurso de leyes y de delitos no puede establecerse a partir de la identificación de un solo bien jurídico o de varios. Esto no significa que el bien jurídico no cumpla ningún papel dentro del ámbito concursal, pues sí que lo cumple. Al interpretar los tipos concurrentes tenemos que preguntarnos cuál es el valor que tratan de proteger, de qué forma, frente a qué ataques porque ello nos permitirá averiguar asimismo el alcance de cada tipo, su conexión sistemática con los demás, y esto en definitiva esclarecerá las relaciones que existen entre los tipos y determinará la solución concursal adecuada. Tiene razón Nino cuando indica que la unidad o pluralidad de bienes jurídicos lesionados puede servir sólo como criterio y no como característica distintiva del concurso de leyes y de delitos.

Diante da incapacidade da teoria do bem jurídico em reduzir por si só a larga zona de penumbra que paira sobre o conceito de identidade de fundamento e, conseqüentemente, sobre o princípio *non bis in idem* material, cabe, então, eleger os fatores pelos quais se pode indicar a sobreposição valorativa entre preceitos legais. Consideramos que tomam lugar, aqui, os critérios de resolução de conflito aparente de normas penais³⁵, que adquirem grande valor instrumental porquanto possibilitam evidenciar a reiteração de um mesmo conteúdo desvalioso como fundamento de pena³⁶. Colocadas essas linhas fundamentais do princípio *non bis in idem* material, aprofundaremos as características desses fatores posteriormente.

Cabe sublinhar, contudo, um último aspecto geral do princípio. Deve restar claro que o princípio *non bis in idem* material impede que um mesmo conteúdo desvalioso sirva de fundamento para aplicação efetiva de mais de uma sanção para um mesmo sujeito, e não que esse conteúdo desvalioso seja objeto de diversas avaliações simultâneas que se sobrepõem ainda em plano abstrato.

Como afirma Frederico Horta (2007, p. 23-24):

a proibição da dupla consideração de um mesmo fato juridicamente relevante, ou de um mesmo aspecto do fato, não é dirigida ao legislador que, como demonstramos, peca ao estabelecer cláusulas de exclusão formal entre tipos de delito materialmente aparentados, mas ao intérprete e aplicador da lei que, mesmo dispondo de múltiplos fundamentos para punir um mesmo ilícito, não está autorizado a fazê-lo mais de uma vez, e sim obrigado a eleger o título que melhor traduza o desvalor desse ilícito e com fundamento no qual se lhe imponha a punição mais adequada.

³⁵ Entendemos que o bem jurídico deve sim ser levado em conta para a identificação e afastamento do *bis in idem* material, porém dentro da subsidiariedade e da consunção, e com um significado diferente dentro de cada um desses critérios.

³⁶ De maneira próxima, v. García Albero (1995, p. 44).

Quando se diz que o princípio *non bis in idem* material proíbe a reiteração de juízo desvalorativo, não se quer dizer que um idêntico desvalor não pode ser pressuposto de várias normas, mas, sim, que ocorra a aplicação simultânea ou sucessiva das consequências dessas normas (GARCÍA ALBERO, 1995, p. 232). Como leciona Stratenwerth (2005, p. 459), “*por regla general es precisamente la punición por una de las normas la que excluye la aplicación de las otras*”, e é essa característica do princípio *non bis in idem* material que permite, por exemplo, no concurso aparente, a utilização da norma descartada em casos de não-aplicação da norma prevalente.

1.2.2 Princípio da íntegra valoração

O princípio da íntegra valoração, sob certo aspecto, possui sentido oposto ao princípio *non bis in idem* material, pois determina que nenhum conteúdo desvalioso deixe de ser considerado na reprovação penal. Enquanto o *non bis in idem* veda a dupla reprovação de uma mesma circunstância, o princípio da íntegra valoração proíbe que se deixe de apreciar, na reprovação penal, aspectos relevantes de injusto e de culpabilidade alcançados pela norma.

Como efeito do princípio, sempre que um dos preceitos em concorrência não captar exhaustivamente o desvalor do conteúdo de injusto e de culpabilidade, será necessária a apreciação desse conteúdo através de um concurso efetivo de normas, a fim de que não existam lacunas valorativas (AISA, 2004, p. 65).

Para Puppe (1995 apud AISA, 2004, p. 114), o princípio da íntegra valoração (*Ausschöpfungsgebot*) se baseia no princípio da culpabilidade e também no princípio geral de que ninguém obtenha vantagens com seu próprio injusto. Segundo Aisa (2004, P. 247-248), esse princípio encontra seu fundamento também no princípio da proporcionalidade, vulnerável não apenas por excesso, mas também por defeito. Afirma, em sequência, a autora que “*al dejar de valorarse elementos o circunstancias a las que la ley ha atribuido relevancia penal, se incurre en una clara infracción del principio de vigencia de las leyes penales*” (2004, p. 247-248). García Albero (1995, p. 261), por sua vez, afirma que o princípio da íntegra valoração “*no requiere de una fundamentación autónoma, pues arranca de los propios atributos de validez y eficacia de las normas jurídicas*”³⁷.

³⁷ Cid Moliné (1994, p. 53), nesse sentido, refere-se ao princípio da íntegra valoração como “princípio de vigência”.

Distintamente do que possa parecer, a relação entre os princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração não é de contrariedade, mas de complementaridade. Ambos os princípios possuem o princípio da proporcionalidade como referência comum (AISA, 2004, p. 116, 246), de maneira que poderiam ser sintetizados na imposição de que todo conteúdo desvalorativo deve ser apreciado uma única vez.

Prado (2012, p. 185-186), um dos poucos autores nacionais que fazem referência aos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração no marco da teoria concursal, afirma que:

Em realidade, são eles complementares (um ao outro) e ao final se fundem no princípio da proporcionalidade. Deste último derivam um aspecto negativo – que dá lugar à proibição de excesso -, e outro positivo – que significa medida justa. No primeiro, veda-se que a consequência penal ultrapasse a medida do injusto e da culpabilidade (*ne bis in idem*); no segundo, impõe-se a necessidade de sua adequação ao conteúdo de injusto e de culpabilidade (valoração global do fato).

Apesar disso, García Albero (1995, p. 261), seguido por Horta (2007, p. 163), entende que, em situações específicas, haverá efetivo choque entre os princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração, situações em que o princípio *non bis in idem* material deve prevalecer. Segundo o autor, isso ocorre na concorrência de crimes qualificados e privilegiados que partem do mesmo tipo básico, em que deve ser desconsiderado o tipo qualificado e aplicado apenas o tipo privilegiado, solução adotada também por parte das doutrinas alemã e espanhola³⁸.

1.3 Pressupostos da teoria do concurso de normas

Classificamos a teoria do concurso de normas no Direito Penal anteriormente como teoria que cuida das hipóteses de convergência de valorações jurídicas sobre um sucesso fático realizado por uma determinada pessoa.

Dessa afirmação, é possível extrair dois evidentes pressupostos de toda e qualquer modalidade de concurso de normas em sentido amplo, sendo o primeiro deles que concorram diversos preceitos penais na qualificação do comportamento do agente, ou o mesmo preceito várias vezes.

³⁸ Cf. García Albero (1995, p. 376) e Aisa (2004, p. 281).

Esse entendimento não é unânime, uma vez que alguns autores postulam haver a existência de uma única norma violada no concurso formal de crimes, ideia que decorre, de um lado, de uma concepção causalista que enxerga o crime a partir do efeito causado pelo agente no mundo exterior (no concurso formal esse efeito seria um só) e, de outro, da tomada do princípio *non bis in idem* material como proibição de dupla punição por um mesmo fato em sentido natural.

Outra corrente, ademais, arraigada sobretudo na Itália, entende que, no concurso aparente de normas penais, a conduta do agente se encaixa apenas em uma norma, que descarta as demais normas aparentemente aplicáveis ainda no campo da interpretação de seu âmbito de validade. Haveria, assim, uma relação de exclusividade material, de maneira que as normas se delimitam negativamente por meio de relações lógicas e valorativas³⁹.

Não cabe nos delongarmos sobre esse tema no presente estudo, pelo que nos atemos a citar que o equívoco dessa concepção foi demonstrado com primor por Peñaranda Ramos (1991), que chamou atenção para os problemas incontornáveis que a compreensão de inexistência de sobreposição normativa no concurso aparente de normas traz ao tratamento da punição nos campos do erro e do concurso de agentes (1991, p. 59, 155).

Predomina na doutrina, especialmente alemã e espanhola, o entendimento de que ocorre efetiva subsunção em uma pluralidade de normas no concurso aparente de normas penais, o que tem permitido a autores desses países, ademais, reconhecer uma série de efeitos à norma “descartada”, como o “efeito de volta à vida”, pelo qual a norma descartada é resgatada no caso de não-aplicação da norma prevalente por motivos de ordem material ou

³⁹ Nesse sentido, Mantovani (1966, p. 708) afirma que “*come effetto della delimitazione ad opera delle norme prevalenti della sfera di previsione delle norme soccombenti, le fattispecie di queste ultime vengono implicitamente a comprendere una clausola che esprime in modo negativo gli elementi specializzanti descritti positivamente nelle fattispecie prevalenti, in virtù della quale cessa di prospettarsi anche soltanto come apparente il fenomeno di convergenza inizialmente constatato*” (“como resultado da delimitação feita pela normas prevalentes na esfera de previsões das normas sucumbentes, os tipos dessas últimas vêm, implicitamente, a compreender uma cláusula que exprime de modo negativo os elementos especiais descritos positivamente nos tipos prevalentes, em virtude da qual também cessa a previsão, apenas aparente, do fenômeno de convergência inicialmente constatado” – tradução livre). Frosali (1971, p. 371), no mesmo diapasão, assevera que “*l'equilibrio del sistema giuridico si determina nel senso che la fattispecie generale cede alla fattispecie speciale una sua particolare ipotesi, onde, realizzatasi questa ipotesi, si configura solo la fattispecie speciale*” (“o equilíbrio do sistema jurídico se determina no sentido de que o tipo geral cede ao tipo especial uma hipótese particular, onde, realizada tal hipótese, se configura apenas o tipo especial” – tradução livre). Compartem desse entendimento Gimbernat Ordeig (1992, p. 849), Asúa (1950, p. 464), Aldo Moro (1959, p. 37 apud D'ALMEIDA, 2004, p. 17) e Wegscheider (1980, 201 apud PEÑARANDA RAMOS, 1991, p. 41).

processual⁴⁰, e o “efeito oclusivo da lei descartada”, que determina a aplicação das penas acessórias da norma descartada e da maior pena-mínima entre os preceitos concorrentes⁴¹.

Todas as modalidades concursais pressupõem, portanto, a realização dos requisitos de aplicação (hipótese) de uma pluralidade de normas. Só se pode falar de concurso material, formal, aparente ou continuidade delitiva, assim, se os preceitos primários de diversas normas concorrentes foram todos satisfeitos⁴².

O segundo pressuposto geral da teoria concursal é a existência de unidade subjetiva, isto é, o mesmo indivíduo deve ser sujeito ativo dos delitos e passivo das sanções (NINO, 1972, p. 20). Cumpre evocar, aqui, as mesmas considerações feitas acerca da unidade subjetiva como pressuposto de *bis in idem* material. Só cabe falar em concurso de normas se essas se referem ao mesmo indivíduo.

A adoção de uma concepção pessoal das categorias concursais permite que, em crimes praticados em concurso de agentes, se possa concluir, por exemplo, que um dos agentes deva responder por concurso formal e outro, por concurso material de crimes (imagine-se aquele que com uma instigação única determina a prática de diversos crimes por outra pessoa), que o partícipe de um pós-fato copunido deva responder por esse crime caso não tenha atuado também em relação ao fato principal, ou que o coautor ou partícipe responda por um crime descartado em relação ao outro agente (v.g., o caso em que duas pessoas furtam uma quantia em dinheiro, mas uma delas é alcançada pela escusa absolutória do art. 181 do Código Penal) etc..

As hipóteses que dão lugar a um encontro da teoria do concurso de normas com a do concurso de agentes, com efeito, ainda não encontram respostas uníssonas em toda sua extensão, embora se venha reconhecendo que a unidade ou pluralidade de ações deve ser julgada individualmente para cada agente, de acordo com sua atuação no crime (TORRES, 2012, p. 41).

Por fim, registra-se que alguns autores estabelecem um terceiro pressuposto comum a todas as modalidades de concorrência de normas, fundamentado em exigências de prevenção especial (CHOCLÁN MONTALVO, 1997, p. 13), correspondente à ausência de condenação definitiva entre a prática dos preceitos em concurso. Aisa (2004, p. 57), nesse sentido, afirma

⁴⁰ Cf. Wessels (1976, p. 182), Stratenwerth (2005, p. 459), Mir Puig (1990, p. 737) e Peñaranda Ramos (1991, p. 59).

⁴¹ Cf. Maurach (1976, p. 446), Stratenwerth (2005, p. 459), Cuerda Riezu (1992, p. 247-248), Bacigalupo (1999, p. 591) e Choclán Montalvo (1997, p. 36-37).

⁴² Vide, nesse sentido, Stratenwerth (2005, p. 459). Como ressalta Peñaranda Ramos (1991, p. 52), a classificação do concurso de normas como aparente ou impróprio, ou a denominação “unidade de lei”, não contradiz este entendimento se se entende que estes termos fazem referência à aplicação das normas, e não à sua subsunção.

que “*el límite para la constitución de una situación concursal viene determinado aquí por la existencia de una sentencia condenatoria, ya que los hechos cometidos tras esa sentencia no podrán entrar en esa relación concursal*”.

Esse pressuposto, estendido por alguns autores a todas as situações concursais⁴³, é mais comumente citado pela doutrina apenas no que se refere ao concurso efetivo de crimes, sendo ele responsável pela diferenciação entre o concurso efetivo de crimes e a reincidência⁴⁴. Diferentemente da exigência de unidade subjetiva e pluralidade normativa, trata-se de um pressuposto de natureza processual, que exige que, entre o cometimento dos diversos crimes pelo mesmo indivíduo, ele não tenha sido condenado definitivamente em relação a algum desses crimes.

É comum a denominação desse pressuposto na literatura estrangeira, mais frequentemente na Espanha, como “unidade de ajuizamento”⁴⁵. Com matiz próxima à da inexistência de decisão condenatória definitiva entre os crimes, entende-se, por unidade de ajuizamento, a presença de conexão processual que possibilita a apreciação dos crimes em concurso por meio do mesmo processo. A doutrina promove uma expansão desse conceito para além das relações processuais fortuitas, reconhecendo o concurso de crimes se havia a possibilidade abstrata de que tais crimes tivessem sido julgados em um único processo, ainda que, na realidade, isso não tenha ocorrido (SANZ MORÁN, 2012, p. 58; AISA, 2004, p. 359; CALDERÓN CEREZO, 1995, p. 151).

Pelo pressuposto da ausência de condenação definitiva entre os crimes (ou da unidade de ajuizamento), se um indivíduo vem a praticar dois crimes através de distintas ações (não separadas por condenação definitiva), sendo que, após ser condenado definitivamente por um deles é processado e condenado pelo outro, será reconhecido que os crimes se encontram em relação de concurso material, dando lugar ao que se denomina concurso posterior, adicional ou retrospectivo (SANZ MORÁN, 2012, p. 75). Conforme ensina Noronha (1959, p. 342), “não altera o concurso o fato de os crimes serem objeto de um ou vários processos e, conseqüentemente, de uma ou mais sentenças”.

A mesma regra pode ser estendida aos casos de crime continuado. Se, após a condenação definitiva de um indivíduo, descobre-se a existência de outro crime, praticado

⁴³ Nesse sentido Aisa (2004, p. 57, 360), Devesa; Gomez (1994, p. 848) e Sanz Morán (1995, p. 192-193).

⁴⁴ Nesse sentido Sanz Morán (2012, p. 58), Noronha (1959, p. 342), Correia (1945, p. 1), Aisa (2004, p. 243, 356;359), Pessina (1936, p. 550; Jescheck;Weigend (2002, p. 782), Riquelme (1956, p. 71), Degois (1922, p. 301), Roux (1927, p. 320), Flour (1954, p. 584), Bouzat (1951, p. 463), Vouin (1949, p. 207), Garraud (1921, p. 495), Núñez (1999, p. 261) e Liszt (1899, p. 381).

⁴⁵ Assim o citam Calderón Cerezo (1995, p. 147), Aisa (2004, p. 57), Maurach (1976, p. 482) e Novoa Monreal (1966, p. 255).

antes do trânsito em julgado da decisão e em relação de continuidade com aquele, deve ser reconhecida a continuidade delitiva, aplicando-se para esses crimes o sistema de punição previsto no art. 71 do Código Penal⁴⁶.

Essa delimitação do concurso de crimes, frente à reincidência, é comum no direito comparado⁴⁷ e adotada também no ordenamento brasileiro, conforme se denota do art. 63 do Código Penal, do art. 82 do Código de Processo Penal e do art. 66, III, “a”, da Lei de Execuções Penais.

A legislação espanhola, que aponta haver concurso de crimes apenas nos casos de “unidade de ajuizamento”, isto é, se esses crimes pudessem ter sido julgados em um mesmo processo, fazendo a existência do concurso de crimes depender de regras específicas de conexão processual, é injustificadamente restritiva quanto ao reconhecimento do concurso de crimes. A limitação do concurso por regras de conexão tem sido duramente criticada pela doutrina mais recente nesse país⁴⁸. Melhor opção fez o legislador brasileiro, no art. 63 do Código Penal, ao demarcar o concurso de crimes e a reincidência por meio da existência de decisão transitada em julgado entre a prática dos crimes concorrentes.

Entendemos que a conformação da ausência de condenação definitiva entre a realização das normas concorrentes como terceiro pressuposto da teoria concursal, contudo, esbarra na particularidade dos já citados antefatos e pós-fatos copunidos, uma vez que, ainda que medeie condenação definitiva entre os preceitos concorrentes, sua punição conjunta ou sucessiva implicaria violação ao princípio *non bis in idem* material.

Conclui-se, assim, que todas as situações concursais possuem como pressupostos comuns somente a pluralidade de enquadramentos normativos e a unidade de sujeito, sendo a inexistência de decisão transitada em julgado entre a prática dos crimes pressuposto incidente unicamente nas hipóteses de concurso de crimes em sentido estrito.

1.4 Posição sistemática da teoria do concurso de normas

Grande parte da doutrina trata dos casos de concurso de crimes em sentido estrito separadamente dos casos de concurso aparente de normas penais. O concurso de crimes, em

⁴⁶ Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento dos *Habeas Corpus* 81134/RS (BRASIL, 2007) e 93536/SP (BRASIL, 2009).

⁴⁷ Vide, na Alemanha, o § 53 do Código Penal (ALEMANHA, 2014) e o § 460 do Código de Processo Penal (ALEMANHA, 2015); na Espanha, o art. 17 da Ley de enjuiciamiento criminal (ESPAÑA, 1882) e o art. 76, 2, do Código Penal (ESPAÑA, 1995); na Itália, o art. 80 do Código Penal (ITÁLIA, 2014); em Portugal, o art. 78, 1, do Código Penal (PORTUGAL, 1995).

⁴⁸ Vide nesse sentido Cerezo Mir (2007, p. 1991-1992), Choclán Montalvo (1997, p. 14-15), Devesa; Gomez (1994, p. 853) e Sanz Morán (1995, p. 233-235).

sentido estrito, é comumente abordado dentro da teoria da aplicação da pena⁴⁹, pelo fato de estarem essas formas concursais relacionadas a regras específicas de dosimetria da reprovação penal nos textos legais. Outros autores defendem que a matéria encontra-se localizada na teoria do crime⁵⁰, por ser a unidade ou pluralidade de condutas - diferenciadora das formas de concurso - analisada neste âmbito, ao passo que um terceiro grupo entende situar-se o concurso de crimes “entre a doutrina do crime e a da pena”⁵¹. Há, por fim, os que colocam o concurso formal no campo da teoria do crime e o concurso material no da pena⁵².

O Código Penal brasileiro, assim como os códigos alemão⁵³, espanhol⁵⁴, austríaco⁵⁵ e suíço⁵⁶, tratou das hipóteses de concurso de crimes em sentido estrito na parte referente à aplicação da pena.

O concurso aparente de normas penais, por sua vez, é frequentemente estudado dentro da teoria da norma, no campo da interpretação⁵⁷ ou da aplicação da norma penal⁵⁸.

Como sabido, nosso Código Penal silenciou quanto à previsão dos critérios de concurso aparente de normas, assim como os códigos alemão e português. Contudo, os códigos que acolheram expressamente normas relativas ao concurso aparente, como o espanhol⁵⁹ e o italiano⁶⁰, o fizeram também no âmbito da teoria da norma penal.

Seguindo a ideia de que todas as formas de concurso de normas radicam em torno dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração, e que têm por finalidade a compatibilização da punição do agente frente a esses princípios, entendemos, antes de tudo, que o tratamento do concurso de crimes em sentido estrito e do concurso aparente de normas deve ocorrer sempre de forma conjunta, tal como faz grande parte da doutrina⁶¹.

⁴⁹ Assim o fazem, v. g., Bustos Ramírez; Malarée (1997, p. 203) e Geerds (1961, p. 242 e ss. apud AISA, 2004, p. 100).

⁵⁰ Maurach (1962, p. 415), Noronha (1959, p. 341), Jesus (2010, p. 642) e Bezé (2001, p. 43). Também nessa posição é tratada a questão no Código Penal italiano (artigos 71 e ss.) (ITÁLIA, 2014).

⁵¹ Vide Bettioli (1971, p. 292).

⁵² Vide Mezger (1957, p. 359) e Riquelme (1956, p. 52).

⁵³ § 52 e ss. (ALEMANHA, 2014).

⁵⁴ Art. 7 e ss. (ESPANHA, 1995).

⁵⁵ § 28 (ÁUSTRIA, 1974).

⁵⁶ Art. 68 (SUÍÇA, 2014).

⁵⁷ Nesse sentido Sanz Morán (2012, p. 16), Mourullo (1978, p. 114), Pavón Vasconcellos (1975, p. 33), Devesa; Gomez (1994, p. 196), Muñoz Conde; García Arán (1998, p. 511-512).

⁵⁸ Vide Asúa (1950, p. 462).

⁵⁹ Art. 8º (ESPANHA, 1995).

⁶⁰ Art. 15 (ITÁLIA, 2014).

⁶¹ Frederico Marques (1965, p. 335 e ss.), Fragoso (1983, p. 342 e ss.), Noronha (1959, p. 341 e ss.; Cirino dos Santos (2010, p. 397 e ss.), Jescheck-Weigend (2002, p. 761 e ss.), Mir Puig (1995, p. 719 e ss.), Muñoz Conde; García Arán (1998, p. 511 e ss.), Quintero Olivares (1996, p. 567 e ss.), Welzel (1976, p. 318 e ss.), Maurach (1962, p. 415 e ss.) e Aisa (2004, p. 102).

Quanto ao tratamento sistemático da matéria, entendemos que a teoria concursal encontra-se vinculada tanto à teoria do crime quanto à teoria da aplicação da pena. Por meio da teoria concursal, define-se, por exemplo, quantos crimes foram praticados pelo agente e de que forma o conteúdo desvalioso do sucesso fático é apreendido pelas figuras em concorrência, assim como a forma correta de aplicação das consequências legais dos diversos crimes, discussões essas vinculadas à teoria do crime e da pena, respectivamente⁶².

⁶² Esse posicionamento da teoria concursal é adotado também por Aisa (2004, p. 103), Cuello Contreras (1979, p. 48), Choclán Montalvo (1995, p. 343), Andreucci (1975, p. 92-93) e El Hireche (2010, p. 308).

2 O CONCURSO FORMAL DE CRIMES

2.1 Nota histórica

No Direito Romano, no qual se encontram os primeiros escritos acerca de normas para tratamento da concorrência de crimes, prevalecia a solução dada pelo concurso material, traduzida no brocardo *quot delicta tot poenae* (tantas penas quanto delitos), que impunha a aplicação da pena de todos os crimes praticados⁶³, embora, como salienta Fragoso (1983, p. 343), as regras concursais fossem imprecisas.

Apesar do grande predomínio da acumulação material das penas, é certo que o Direito Romano não se restringiu totalmente à forma de punição determinada pelo aforisma *quot delicta tot poenae*, tendo-se notícias, em alguns casos, da aplicação do sistema de absorção. Como registra Mommsen (1991, p. 548-549):

Podía también haber concurrencia de varias acciones procedentes de un mismo delito, siempre que este hubiera de ser incluido en diferentes categorías por tener distinto fundamento ético en los diversos casos; este principio se aplicaba lo mismo a la concurrencia de varias acciones procedentes de delitos públicos, que a la concurrencia de acciones que surgieran de delitos privados. Pero en el caso de que dos de estas acciones con igual fundamento ético hubieran de producir como resultado la condena a indemnizaciones pecuniarias, cosa que acontecía siempre con respecto a los delitos privados, entonces, aun cuando se permitía ejercerlas ambas, sin embargo, el condenado solo tenía que satisfacer el importe de la condena mayor; de suerte que si ya hubiera hecho efectiva la condena menor, con la otra no podía pedírsele sino el resto hasta completar el importe mayor. Esto es lo que se hacía cuando se ejercían acciones por hurto y por rapiña o robo (...).

⁶³ Nesse sentido registram Manzini (1949, p. 353-354), Fragoso (1983, p. 343), Aníbal Bruno (1959, p. 288) e Rosal; Ramos (1974, p. 274). Segundo Manzini (1949, p. 353), Maggiore (1954, p. 187-188) e Lyra (1941, p. 406), corroboram tal constatação as seguintes passagens do Digesto: “*Si eodem facto duae competant actiones, postea iudicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur*” (“Se para o mesmo fato haja o concurso de duas ações, é antes um dever do juiz que o autor alcance também o que haja de maior benefício na outra ação, desde que na primeira ele já tenha obtido o mesmo, ou ainda menos” – tradução de Antônio Martinez de Rezende); “*Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit*” (Hermogeniano) (“Quando de um só delito derive mais de uma ação, como no caso das árvores cortadas a modo de furto, decidiu-se, após grandes variações, ser permitir dar curso a todas” – tradução de Antônio Martinez de Rezende); “*Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam*” (Ulpiano) (“Nunca diversos delitos, em coocorrência, fazem com que a impunidade de alguém se dê, nem, em verdade, um delito, face a outro delito, diminui a pena” - tradução de Antônio Martinez de Rezende).

Não se encontram registros de aplicação, durante o período romano, de solução correspondente à dada ao concurso formal de crimes tal como adotado pelo Código Penal brasileiro, isto é, com a exasperação da pena mais grave. Contudo, a existência de hipóteses de absorção delitiva - consequência atribuída ao concurso formal de crimes em diversas legislações modernas - fez com que alguns autores assentassem as origens desse instituto no Direito Romano. Pessina (1936, p. 552), nessa linha, enxerga no Digesto o seguinte caso de concurso formal: “*si quis viduam vel alii nuptam cognatum, cum qua nuptias contrahere non potest, contraxerit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est; et incestum cognatuun violavit contra jus, et adulterium vel stuprum adjungit*”⁶⁴.

O concurso formal encontrou desenvolvimento pelos tratadistas italianos e espanhóis dos séculos XV e XVI, momento a partir do qual se passou a invocar fatores como a proximidade temporal e as unidades de fim, de efeito e de gênero delitivo como critérios relevantes de determinação de absorção do crime menos grave pelo mais grave⁶⁵. Apesar disso, é atribuído à doutrina alemã dos séculos XVIII e XIX o mérito pela elaboração da moderna teoria do concurso de delitos (COSTA E SILVA, 1943, p. 294-295; NORONHA, 1959, p. 341; AISA, 2004, p. 85), apontando-se Koch (1758) como responsável pela consagração da diferenciação entre concurso material e concurso formal de crimes (ou *concursum simultaneum* e *concursum succesivum*, tal como denominou), por meio da verificação a respeito das violações legais, se decorriam de uma ou mais ações⁶⁶.

As primeiras aparições legislativas do concurso formal de crimes, embora com métodos punitivos distintos, são identificadas no Código de Modena de 1771, no Código Penal bávaro de 1813 e no Código das Duas Sicílias de 1819 (LYRA, 1955, p. 406; AISA, 2004, p. 85).

No Brasil, o Código Criminal do Império de 1830 previa unicamente o concurso material⁶⁷, vindo o concurso formal a aparecer no Código Penal de 1890⁶⁸. Com inspiração no Código Zanardelli (ZAFFARONI;PIERANGELI, 2009, p. 615), prescreveu-se que o

⁶⁴ “Se alguém abordar sexualmente uma viúva ou uma mulher casada, esta em grau de parentesco com a qual não pode contrair núpcias, esse deve ser deportado para uma ilha, pois terá cometido crime duplo: contra todo o direito, ouve violação – o incesto da parente, a que se junta o adultério, ou estupro” (tradução de Antônio Martinez de Rezende). Com mais detalhes, v. Pimentel (1969, p. 24).

⁶⁵ Vide, com detalhes, Manzini (1949, p. 355 e ss.) e Costa e Silva (1943, p. 294-295).

⁶⁶ Tratou este autor, também, do crime continuado (*concursum continuatum*) (1758). O concurso aparente de normas penais, contudo, veio a ser formulado pela primeira vez apenas em 1871, por Merkel (1871, p. 574 e ss. apud ACUÑA, 2000, p. 295 e ss.).

⁶⁷ Art. 61 (BRASIL, 1830).

⁶⁸ Art. 66, § 3º (BRASIL, 1890).

cometimento de mais de um crime por meio de um único fato e com uma única intenção resultava na aplicação da pena mais grave dos crimes, em seu grau máximo⁶⁹.

Apesar da aplicação do sistema da absorção com agravação da pena, a punição dessa forma de concurso era nitidamente mal elaborada no Código Criminal do Império. Como chama atenção Basileu Garcia (1952, p. 505), “se alguém, com circunstâncias atenuantes e sem agravantes, praticasse um homicídio, acontecendo ferir acidentalmente outra pessoa, a pena, consoante o absurdo mandamento legal, seria a cominada, no máximo, para o homicídio”.

O Código Penal de 1940, em sua redação original, que previu o concurso formal em seu art. 51, § 1º, deixou de fazer referência à unidade de fato e adotou o conceito de unidade de ação, novamente seguindo o legislador italiano, que assim o fizera no art. 81 do Código Rocco⁷⁰.

O Anteprojeto de Código Penal redigido pelo eminente Nelson Hungria (1969), previa, em seu art. 65,⁷¹ o mesmo tratamento para os crimes praticados mediante uma ou várias ações, extinguindo a diferenciação entre concurso formal e concurso material de

⁶⁹ O mesmo artigo 66 previa, ainda, em seu § 2º, uma forma próxima ao crime continuado.

⁷⁰ A influência da legislação italiana no Código Penal de 1940 é exaltada pelo próprio Alcântara Machado (1939, p. 47). Os concursos material e formal, no Código italiano de 1930 (Código Rocco), todavia, foram unificados em seus efeitos jurídicos, praticamente abolindo o concurso formal, conforme salienta Lyra (1955, p. 407). O art. 81 dispunha da seguinte forma: “*Art. 81 Concorso formale. Reato continuato È punito con la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo chi con una sola azione od omissione viola diverse disposizioni di legge ovvero commette più violazioni della medesima disposizione di legge. Alla stessa pena soggiace chi con più azioni od omissioni, esecutive di un medesimo disegno criminoso, commette anche in tempi diversi più violazioni della stessa o di diverse disposizioni di legge. Nei casi preveduti da quest'articolo, la pena non può essere superiore a quella che sarebbe applicabile a norma degli articoli precedenti. Fermi restando i limiti indicati al terzo comma, se i reati in concorso formale o in continuazione con quello più grave sono commessi da soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'articolo 99, quarto comma, l'aumento della quantità di pena non può essere comunque inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave*” (“Art. 81 Concurso formal. Crime continuado. É punido com a pena que deveria ser aplicada pela violação mais grave aumentada ao menos ao triplo quem com uma só ação ou omissão viola diversas disposições legais, ou, ainda, comete várias violações da mesma disposição legal. À mesma pena se submete quem com mais de uma ação ou omissão executiva de um mesmo desígnio criminoso comete, ainda que em momentos diversos, várias violações da mesma ou de diferentes disposições legais. Nos casos previstos anteriormente neste artigo a pena não pode ser superior àquela que seria aplicável pela norma dos artigos anteriores. Observando-se os limites indicativos do terceiro parágrafo se os delitos em concurso formal ou em continuação com aquele mais grave são cometidos por sujeitos aos quais é aplicada a recidiva prevista no artigo 99, parágrafo quarto, o aumento do quantum de pena não pode ser inferior a um terço da pena estabelecida para o crime mais grave” – tradução livre). (ITÁLIA, 1930)

⁷¹ “Art. 65 – Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se de espécies diferentes, a pena única é a mais grave, mas com aumento correspondente à metade de tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 37, § 1º” (BRASIL, 1969).

crimes. A equiparação dessas formas de concurso, todavia, foi suprimida no texto final do Código Penal de 1969, aprovado pelo Decreto-lei 1.004/69⁷².

A reforma da Parte Geral de 1984, por fim, reproduziu no novo art. 70 a definição do código anterior, adicionando a determinação do parágrafo único, de maneira a impossibilitar que a pena, em função do concurso formal, seja mais grave do que seria pelo concurso material. Conforme Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 615-616), contudo, a alteração mais importante promovida pela nova parte geral no campo do concurso de crimes foi a fixação do limite máximo de trinta anos de cumprimento de pena (art. 75) que, por não ser previsto no Código de 1940, possibilitava uma neutralização da garantia constitucional de proibição de pena perpétua.

2.2 Noção

De acordo com a definição do art. 70 do Código Penal brasileiro, o concurso formal de crimes se caracteriza pela prática de mais de um crime por meio de uma única ação ou omissão. A partir desse dispositivo, entende-se, na doutrina brasileira, que os atos executórios dos delitos em concurso, em toda sua extensão, devem advir de uma mesma ação⁷³. Os âmbitos das condutas típicas em concorrência, dessa forma, são representados por círculos concêntricos.

O concurso formal pode decorrer da prática de vários crimes distintos ou da prática de um mesmo crime por diversas vezes. No primeiro caso, fala-se de concurso formal heterogêneo e, no segundo, de concurso formal homogêneo.

Apesar de o texto legal referir-se à prática de “dois ou mais crimes” para a existência de concurso formal, reconhece-se a possibilidade de sua ocorrência também entre crimes e contravenções ou apenas entre contravenções, tal como sugere o art. 76 do Código Penal, ao referir-se a “concurso de infrações” (DOTTI, 2010, p. 627).

O concurso formal pode se dar entre crimes dolosos, culposos ou dolosos e culposos (PRADO, 2012, p. 591). O Código Penal brasileiro adotou um conceito objetivo de concurso formal, tal como se denota do item 27 da sua Exposição de Motivos original (CAMPOS, 1969, p. 133) e da própria redação do seu art. 70, pelo que a natureza do elemento subjetivo

⁷² A diferenciação entre a punição de crimes praticados com unidade ou pluralidade de ação voltou a ser feita pelo artigo 67, parágrafo único: “A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto no caso de unidade de ação ou omissão ou de crime continuado”.

⁷³ Nesse sentido Frederico Marques (1965, p. 347), Lyra (1955, p. 416), Masson (2010, p. 687), Bitencourt (2010, p. 680), Bruno (1959, p. 287) e Fragoso (1983, p. 343).

dos injustos é irrelevante para caracterização dessa forma de concurso, sendo levada em conta apenas na aplicação da pena, diferenciando o concurso formal entre próprio e impróprio⁷⁴.

O concurso formal pode se dar entre delitos comissivos ou também entre delitos omissivos. A possibilidade de concurso formal entre delitos comissivos e omissivos, contudo, não é abordada pela doutrina brasileira. A doutrina estrangeira, adotando algumas concepções específicas acerca dos pressupostos do concurso formal, diversas das agasalhadas no Brasil, diverge quanto à possibilidade de concorrência entre crimes comissivos e omissivos.

Para o concurso formal impróprio, o Código Penal prevê a acumulação das penas dos distintos crimes praticados (sistema de cúmulo jurídico). Para o concurso formal próprio, estabelece a majoração da pena do crime mais grave (em concreto), ou de qualquer das penas, se iguais, na razão de um sexto até a metade (sistema de exasperação), salvo - como determina o parágrafo primeiro do art. 70 - se por meio desse aumento a pena se tornar mais gravosa do que seria em concurso material, hipótese em que serão acumuladas (cúmulo jurídico), dando origem ao que se tem denominado de “concurso material benéfico”.

Antes de investigar separadamente cada um dos pontos supracitados sobre o concurso formal, cabe ilustrar, como exemplos de concurso formal de crimes dados pela doutrina, os seguintes casos: i) agente que enfileira várias pessoas e com um único tiro de fuzil mata a todos, vindo a responder por homicídio em concurso formal homogêneo (QUINTERO OLIVARES, 1996, p. 420); ii) agente que, com *animus nocendi*, atira uma pedra contra uma vidraça, quebrando-a e causando lesão de alguém em razão dos estilhaços, dando lugar aos crimes de dano e lesão corporal culposa (MEZGER, 1957, p. 361-362); iii) médico que, com *animus injuriandi*, revela a enfermidade de seu paciente, incorrendo em injúria e violação do segredo profissional (PAVÓN VASCONCELOS, 1975, p. 89).

2.3 Fundamentação do instituto

A doutrina majoritária fundamenta a existência do concurso formal de crimes, com sua solução punitiva mais favorável em relação ao concurso material, pelo fato de haver, nos crimes concorrentes, uma única decisão contrária ao Direito ou um único momento de culpabilidade do agente⁷⁵.

⁷⁴ Nesse sentido Jesus (2010, p. 645-646), Noronha (1959, p. 343-344), Masson (2010, p. 695), Frederico Marques (1965, p. 353-354) e Bezé (2001, p. 79).

⁷⁵ Nesse sentido Köhler (1900, p. 62), Pavón Vasconcelos (1975, p. 89), Régis Prado (2012, 585), Sanz Morán (2012, p. 44), Baumgarten (1909, p. 78 apud AISA, 2004, p. 212) e Aldo Moro (1959, p. 168 e ss. apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 274).

O tratamento benevolente dessa forma concursal, assim, é justificado pela existência de uma culpabilidade unitária ou atenuada em relação àquele que pratica os mesmos crimes rompendo a fronteira da licitude em distintas ocasiões. Conforme aduz Baumgarten (1909, p. 83 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 274), o tratamento benéfico do concurso formal advém da existência de uma unidade de rebelião frente ao ordenamento jurídico, pelo fato de ter havido uma única ação e por ser a contradição com o Direito o núcleo de todos os delitos.

Para esse pensamento, é de menor relevância o número de crimes praticados quando decorrem todos de uma mesma ação. Conforme coloca Sanz Morán (2012, p. 44):

Si el concepto de “unidad de acción” comprende, en primer lugar, una única exteriorización volitiva, caracterizará al concurso ideal la existencia de un solo momento de rebelión frente al orden jurídico, mientras que el número de delitos, absolutamente independientes unos de otros, susceptibles de conocimiento conjunto (concurso real), puede ser muy considerable (...).

Ao justificar a inserção do parágrafo único do art. 70 do Código Penal, o item 57 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984 indica a aceitação dessa premissa em determinada medida, afirmando que “quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que, reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes”.

Semelhante fundamento para distinção entre a reprovação penal daquele que comete delitos em mais de uma ocasião e daquele que os comete em uma só foi defendido pela Escola Positivista, que enxergava, no concurso material, um sinal da habitualidade delitiva do agente, embora tal argumento tenha sido usado mais para agravar a punição dos crimes praticados por distintas ações do que para atenuar a punição dos praticados com uma única. Nesse sentido, Garofalo (1893, p. 361) afirmava que “d’onde melhor que do numero de crimes pode inferirse o conceito do habito? Ora, provado este, os meios a adoptar são os indicados para os delinquentes habituaes, pouco importando a circunstância de uma precedente condenação”.

Além da culpabilidade unitária ou atenuada em função da única decisão delitiva ou único momento de rebelião contra o ordenamento, outro argumento suscitado para justificar a existência do concurso formal de crimes é o de que a presença de alguns elementos comuns entre delitos concorrentes acarretaria violação ao princípio *non bis in idem* material, caso suas penas fossem cumuladas indistintamente.

Aponta-se Puppe (1982, p. 234 apud ACUÑA, 2005, p. 467) como precursora desse entendimento. Para a autora, a existência de um mesmo elemento de injusto em dois ou mais tipos penais revela um parentesco entre eles, de maneira que a função do concurso formal seria, então, evitar a dupla utilização de fatores relevantes para a determinação da pena.

Esse pensamento irrompeu na doutrina espanhola com Cuerda Riezu (1991, p. 849). De acordo com esse autor,

el concurso ideal representa siempre y por definición un menor contenido de injusto que el real, en cuanto que una misma acción o hecho es común a varios tipos de injusto y en consecuencia no puede ser valorado varias veces en la determinación de la pena, porque lo impide el non bis in idem y el principio de proporcionalidad. De ello se deriva que la consecuencia jurídica que se prevea para el concurso ideal – sea cual sea ésta – ha de ser necesariamente de inferior gravedad a la que se determine para el concurso real – sea cual sea ésta – (...). Si un único disparo provoca aborto y el homicidio de la mujer embarazada, na es posible con el Derecho vigente aplicar el sistema de la acumulación, porque ello supondría valorar la acción de disparar doblemente⁷⁶.

Um terceiro argumento a favor da chamada teoria diferenciadora do concurso de crimes, por fim, é sustentado por García Albero (1995, p. 294), que rechaça expressamente o *non bis in idem* material parcial como fundamento do concurso formal de crimes e justifica essa categoria concursal afirmando que o legislador supõe para cada delito um nova e distinta conduta, pelo que castigar em concurso material crimes em que as condutas típicas se sobrepõem em alguma medida afrontaria o princípio da proporcionalidade.

Para Jean Pierre Matus Acuña (2005, p. 468-469), por fim, o concurso formal de crimes é um simples benefício contingente, fruto de opção legislativa, passível de supressão de qualquer ordenamento sem maiores obstáculos.

De nossa parte, entendemos que o fundamento do concurso formal de crimes reside na existência de *bis in idem* material parcial entre as figuras concorrentes, o que decorre principalmente da unidade de culpabilidade do autor nessa forma de concurso.

Como demonstrado no primeiro capítulo, os princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração são reconhecidos, na teoria concursal, como fundamentadores da concorrência efetiva de várias sanções ou de sua concorrência meramente aparente, estabelecendo uma linha fronteira entre o concurso de crimes (material, formal e continuado) e o concurso aparente de normas.

⁷⁶ O *bis in idem* material como fundamento do concurso formal de crimes é compartilhado por Aisa (2009, p. 98-99), Caramuti (2010, p. 131-132) e Mir Puig (1992, p. 179 e ss. apud ACUÑA, 2005, p. 467).

Segundo afirma a doutrina majoritária, o concurso aparente é resultado da captação exaustiva do desvalor do sucesso fático por um único preceito, ao passo que o concurso de crimes resulta do fato de nenhuma das normas conseguir esgotar tal valoração individualmente, pelo que a consideração do conteúdo desvalioso por apenas uma delas deixaria de levar em conta importantes aspectos desvaliosos do sucesso fático⁷⁷.

Enquanto a função dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração seria, assim, somente a de separar o concurso aparente de normas do concurso de crimes, a distinção entre o concurso formal e o concurso material de crimes seria alheia a esses princípios, resolvendo-se através da unidade ou pluralidade de ação ou de fato.

Entre as possibilidades de sobreposição valorativa entre normas concorrentes, contudo, existe não apenas a possibilidade de sobreposição total - de maneira que uma das normas capte exaustivamente o injusto e a culpabilidade do sucesso fático (dando origem a um concurso aparente) -, mas, também, que tal sobreposição seja parcial, de modo que a consideração de todos os preceitos implicaria em *bis in idem* material e a consideração de apenas um deles acarretaria violação ao princípio da íntegra valoração. A figura do concurso formal de crimes, no nosso entender, possui, por fundamento e função, a solução do conflito entre ditos princípios.

A harmonização dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração como finalidade do concurso formal de crimes, como bem colocado por Cuerdo Riezu (1991, p. 849 e ss.) e Mir Puig (1992, p. 179 e ss. apud ACUÑA, 2005, p. 467), tem como base, portanto, o argumento de que, se no concurso formal uma parte entre os injustos é distinta e outra é comum, punir os crimes conjuntamente implicaria valorar a parte comum (a conduta) duas vezes, e punir apenas um deles seria deixar descoberta de valoração uma parte penalmente relevante do crime⁷⁸.

Aisa (2004, p. 250-251) também adere a essa tese, afirmando que

a través del concurso ideal, se trata de dar una respuesta punitiva proporcionada a los casos en que las figuras concurrentes están en una relación tal (referida a la existencia de elementos comunes) que hace inadecuado el castigo conforme a uno solo de los preceptos (de forma que

⁷⁷ Nesse sentido Aisa (2004, p. 12; 60; 216), Novoa Monreal (1966, p. 284), Plasencia (1944, p. 117), Régis Prado (2012, p. 592), Welzel (1976, p. 317), Jescheck-Weigend (2002, p. 789), Fiore (1997, p. 165), Quintero Olivares (1996, p. 576), Sanz Morán (2012, p. 16), Puig Peña (1955, p. 45), García Albero (1995, p. 218), Peñaranda Ramos (1991, p. 183), Bettiol (1971, p. 325), Mir Puig (1995, p. 736), Serloteen (1973, p. 49), Acuña (2005, p. 490), Torres (2012, p. 20), Pessoa (1996, p. 65-66), Soler (1945, p. 196-197), Planas (1989, p. 110), Rocha (1965, p. 86), Carvalho Filho (2007, p. 37) e Horta (2007, p. 84).

⁷⁸ Mir Puig excepciona esse posicionamento frente o concurso de crimes materiais praticados dolosamente (1995, p. 723).

no se respetaría el principio de proporcionalidad en su aspecto positivo) y, al mismo tiempo, un castigo separado de las infracciones, siguiendo el modelo del concurso real, resultaría excesivo (se infringiría el principio de proporcionalidad en su vertiente negativa.

Dessa forma, segundo a autora, o conflito entre o princípio *non bis in idem material*, que chama de aspecto positivo da proporcionalidade, e o princípio da íntegra valoração, que chama de aspecto negativo da proporcionalidade, “*desaparece al establecerse una figura jurídica, el concurso ideal, que tiene en cuenta los aspectos comunes de dos figuras delictivas y, al mismo tiempo, otros aspectos diversos*” (AISA, 2004, p. 251).

Diante das possibilidades de sobreposição valorativa entre normas penais, assim, o concurso aparente de normas poderia ser representado por círculos concêntricos, o concurso material por círculos independentes e o concurso formal de crimes, como hipótese intermediária, por círculos secantes. Conforme aduz Aisa (2004, p. 452), “*cada una de las figuras concursales cumple una función distinta y específica que trata de dar satisfacción al principio de proporcionalidad en el ámbito de la determinación de la pena para los supuestos de concurrencia delictiva*”. Cada modalidade de concurso de normas (em sentido amplo) tem sua essência na existência ou não de justaposição valorativa, permitindo que se efetue uma punição em sintonia com os princípios *non bis in idem material* e da íntegra valoração do fato.

Embora essa fundamentação conferida ao concurso formal seja tida como recente e ainda minoritária, percebe-se na doutrina – tanto posterior quanto anterior à Puppe (1982) – a existência de concepções próximas sobre o concurso formal de crimes, porém menos explícitas e categóricas. Pessoa (1996, p. 104-105), por exemplo, afirma que:

en el concurso ideal de delitos, ninguno de los tipos que convergen sobre la conducta toma la totalidad del hecho, sino que cada uno de ellos aprehende ciertos aspectos del hecho. En el concurso ideal de delitos, es el conjunto de los tipos en juego lo que toma la “totalidad” del hecho (...) existe una mínima coincidencia de elementos, como si fueran círculos secantes. Esto significa que, proyectados dichos tipos sobre el hecho, ambos (sin incluir uno al otro) repiten ciertos datos de la conducta. Dicho en términos usados en este trabajo, existe una mínima “superposición de espacios típicos”. Este fenómeno de mínima repetición o reiteración de prohibición, es desde nuestro punto de vista, lo que impide la acumulación material de los tipos penales a la hora de su juzgamiento y que solo se deba aplicar el tipo de pena mayor tal como dispone el Código Penal en su art. 54.

Basileu Garcia (1952, p. 508-509), por sua vez, afirma que, no concurso aparente de normas, os tipos penais possuem uma zona comum, mas um dos tipos abrange inteiramente o outro, de forma que “levar em conta ambos, na imputação ao acusado, equivaleria a atribuir-

lhe duplamente o mesmo fato, com inadmissível violação ao cânon – *non bis in idem*”. Seguindo esse pensamento, afirma em relação ao concurso formal de crimes que:

a aplicação de um preceito não se opõe à de outro, e há uma zona de influência comum a ambas as normas, as quais, a fim de ressaltar-se esse aspecto, têm sido representadas por dois círculos secantes. Suponha-se o exemplo – adequado ao Direito dos países que punem o incesto – da prática de tal crime com emprego de violência, que integra o estupro. A mesma ação infringe dois dispositivos penais. Cada infração apresenta uma parte que pertence, concomitantemente, às duas: a conjunção carnal. Cada uma delas tem, entretanto, seu trecho privativo: a condição de parente, em grau indicado na lei, quanto ao incesto; a violência, no estupro.

A representação do concurso aparente como círculos concêntricos, do concurso material como círculos sem zonas comuns e do concurso formal como círculos secantes é comum na doutrina. Para Grispiñi “*il secondo modo per cui un’unica fattispecie concreta realizza due o più fattispecie legali si ha quando le più fattispecie legali hanno una parte di elementi comuni, ed una parte esclusiva a ciascuna di esse*”, e complementa afirmando que “*questa ipotesi va sotto il nome di concorso formale di reati; essa si può raffigurare graficamente con due circoli che si tagliano a vicenda e perciò hanno una parte in comune ed una parte distinta*” (1952, p. 418)⁷⁹.

Apesar de se representar, de maneira correta, a caracterização das distintas formas de concorrência delitiva, poucos autores desenvolvem o significado desse fenômeno. As áreas dos referidos círculos devem ser compreendidas como a valoração promovida pelos tipos em relação ao injusto que lhes é apresentado. A consequência de conceber o concurso formal como hipótese de identidade valorativa parcial entre os preceitos concorrentes é, como coloca Cuerda Riezu (1991, p. 849), que a punição determinada por essa forma de concurso deve ser necessariamente menor que a determinada pelo concurso material de crimes, seja qual for o sistema punitivo adotado para essa forma de concurso.

Por esse motivo, consideramos equivocado o posicionamento que reconhece o critério da alternatividade dentro do concurso aparente de normas penais nos casos em que as figuras concorrentes possuem apenas uma parte da zona de injusto comum, determinando a aplicação

⁷⁹ “O segundo modo pelo qual uma única hipótese realiza dois ou mais tipos penais ocorre quando as várias tipicidades têm uma parte de elementos comuns e uma parte exclusiva a cada uma dessas (...) a esta hipótese é dado o nome de concurso formal de crimes; essa hipótese se pode demonstrar graficamente com dois círculos que cortam o fato e por isso têm uma parte em comum e outra distinta” (tradução livre). No mesmo sentido Maggiore (1954, p. 242), Huerta (1972, p. 213), Stevenson (1991, p. 30), Azzali (1961, p. 31) e Fiore (1997, p. 138).

apenas da pena do crime mais grave⁸⁰. A apreciação correta de tais casos se daria pelo concurso formal de crimes.

Alguns autores criticam a corrente que arrima o concurso formal de crimes nos casos de *bis in idem* material parcial. García Albero (1995, p. 293) afirma que, exceto frente a normas que radicam em torno de um mesmo tipo básico, como, por exemplo, qualificadoras, não se pode identificar o desvalor de um elemento do injusto tomado isoladamente:

ningún elemento del tipo aisladamente considerado, y por tanto, tampoco la zona por la que los tipos interfieren es – salvo las hipótesis analizadas de interferencia por un tipo delictivo básico – expresivo de desvalor autónomo, precisamente por que los tipos no constituyen un mero agregado de elementos heterogéneos, sino tipos de injusto. El que conceptual y analíticamente pueda distinguirse distintos elementos no empece a que sólo el tipo en su conjunto, como unidad de sentido, exprese una desaprobación sobre el comportamiento, también en su conjunto. Siendo así, tales unidades no constituyen, al menos desde la perspectiva defendida, presupuestos aptos para que sobre ellos opere el principio non bis in idem; no al menos si no se desea convertir a dicho principio en una mera regla genérica destinada a evitar cualquier reiteración de algo cuyo contenido pueda a voluntad determinar el intérprete.

Apesar de considerarmos correta a premissa de que, na imensa maioria dos casos, é impossível identificar desvalores autônomos de elementos do tipo tomados isoladamente, entendemos que tal fato não inviabiliza o reconhecimento de uma parcial sobreposição valorativa entre duas normas, pelo motivo apontado pelo próprio García Albero para justificar o concurso formal crimes, em que o tipo penal tem, em sua gênese, a suposição de que a conduta que o realiza lhe é própria. Como coloca o autor (1995, p. 294):

El legislador supone, como regla general, que a cada nuevo delito o elemento del mismo subyace una nueva y distinta conducta. Siendo así cuando con un solo hecho o parte del mismo se infringen varias normas penales, castigar como concurso real supondría admitir la gravosa ficción de que a éstas subyacen – regla general - varios hechos.

Ao estabelecer a pena para reprovação de determinado fato típico, o legislador parte da idealização de uma conduta que origina apenas aquela tipicidade, e não de uma conduta que realiza simultaneamente a hipótese de várias normas penais. A punição de uma mesma conduta por diversas normas, assim, faz com que fundamentos levados em conta na fixação

⁸⁰ Tal como afirmam Guallart de Viala (1990, p. 404) e Mourullo (1978, p. 117).

dos marcos punitivos dos crimes concorrentes, como fatores de prevenção especial, por exemplo, sejam considerados duplamente, configurando odioso *bis in idem* material.

Também sob o ponto de vista da culpabilidade, identifica-se *bis in idem* ao se ignorar que os crimes praticados decorrem de uma mesma ação. É intuitivo que aos crimes praticados por meio de uma mesma ação corresponde um grau de culpabilidade inferior em relação à prática dos mesmos crimes mediante ações distintas, o que ocorre pelo fato de autorromper, em um único momento, a fronteira da ilicitude, isto é, existe apenas um momento de fracasso da instância de controle do autor.

Como visto, é profusa a doutrina que fundamenta o concurso formal de crimes nessa unidade de culpabilidade do agente, ideia que a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1984 também aponta ter sido acolhida pelo legislador na regulação do concurso de crimes⁸¹. De nossa parte, assimilamos a unidade de culpabilidade como um dos elementos ensejadores de *bis in idem* material parcial ao se tratar a ação unitária como se plural fosse, isto é, se se reconhece um concurso material.

Concordando com a premissa de García Albero de que os tipos penais são construídos sobre ações idealmente distintas, discordamos da conclusão desse autor que, afastando a fundamentação pelo *non bis in idem* material parcial, afirma que “*no queda más remedio pues que recurrir al criterio genérico de la proporcionalidad para fundamentar el distinto tratamiento que efectúa nuestro Código del concurso ideal frente al real*” (1995, p. 294). Ora, o que seria essa “gravosa ficção” à qual se refere, senão a dupla utilização de fundamentos de pena? Essa correspondência é demonstrada pelo próprio autor ao apelar ao princípio da proporcionalidade, justamente na sua manifestação que sintetiza os princípios de *non bis in idem* material e da íntegra valoração dos fundamentos de pena, para fundamentar, em última instância, o concurso formal de crimes.

Acuña (2005, p. 468-469), por sua vez, também se opõe ao entendimento do concurso formal de crimes como decorrência de *bis in idem* parcial, afirmando que a improcedência desse entendimento se extrai da livre possibilidade de supressão do concurso formal de crimes do ordenamento e, também, da regra que impede que o sistema de punição para o concurso formal determine uma pena mais gravosa que a prevista para o sistema do concurso material (concurso material benéfico). Conforme assevera:

ante una teorización acerca del valor de nuestra regla relativa al concurso ideal, en lo que toca a su carácter representativo de principios penales más

⁸¹ Diz o item 57: “quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes”.

o menos trascendentes, como el non bis in idem, no se debe olvidar el carácter meramente contingente, y por tanto ajeno a una cuestión de principios, que tiene la actual disposición del artículo 77 C.P. para el tratamiento penal de dicha institución. En efecto, dicha regla es contingente, en primer lugar, porque no es necesaria para la aplicación del derecho penal español codificado, según lo conocemos desde el siglo pasado. Esto se demuestra, fácilmente, si eliminamos mentalmente su presencia en el hoy vigente artículo 77: en tal caso, los supuestos que regula deberían ser necesariamente resueltos con la regla del artículo 73, cuya amplitud es tal que el propio artículo 77 se encabeza sosteniendo que su regla es una excepción de las anteriores. Además, este carácter contingente, en el sentido de ser una regla excepcional aplicable sólo en beneficio del reo, lo demuestra el que las reglas 2.ª y 3ª del artículo 77 prevén precisamente la obligatoriedad de aplicar la acumulación de penas del artículo 73, cuando ésta resulte más benigna, que la regla excepcional del artículo 77.1.ª, establecida “en beneficio” del reo, no puede aplicarse cuando tal “beneficio” importe un castigo superior al de la regla general del artículo 73. Y ese carácter excepcional, en beneficio del reo, el que demuestra que la regla del artículo 77.1.ª no está destinada a impedir la aplicación de la del artículo 73, para evitar una infracción al non bis in idem, sino simple y únicamente para otorgarle un “beneficio”. A pesar de esta evidencia, entender que dicha regla está destinada a impedir la infracción del principio non bis in idem supondría negar la aplicación del artículo 73, en todos los casos de concurso ideal, para no caer en la contradicción de afirmar la necesidad de infringir el principio non bis in idem, mediante la aplicación del artículo 73, porque infringirlo sería “más beneficioso” para el reo que respetarlo, aplicando la regla del artículo 77.1.ª, más perjudicial, lo cual resulta absurdo y puede llevar a resultados totalmente injustos, como lo demostró la discusión doctrinal de fines del siglo pasado, que llevó a la inclusión de la regla que hoy permite, en caso de ser “más beneficioso para el reo”, recurrir a la regla general de la acumulación, prescindiendo de la excepcional del artículo 77.1, la que no fue establecida por mor de un principio como el non bis in idem, sino simplemente, para otorgar un beneficio, como una gracia legislativa, al reo.

Ao contrário do que afirma Acuña, contudo, a supressão da figura do concurso formal de crimes teria por resultado uma necessária violação dos princípios de *non bis in idem* material ou da íntegra valoração em determinadas situações. Apenas como exemplo, em uma situação de concorrência de delitos qualificados com o tipo básico em comum, a punição por ambos os delitos implicaria *bis in idem* em relação à parte comum dos crimes (o tipo básico) e a punição por apenas um dos crimes qualificados significaria ignorar a zona particular do crime descartado, ao qual o legislador expressamente conferiu desvalor. A exasperação da pena do delito mais grave, por outro lado, permitiria ao juiz definir uma pena proporcional ao desvalor completo do fato.

Quanto à afirmação de Acuña de que a contingência do concurso formal de crimes se afere pela existência da limitação de pena pelo concurso material benéfico, entendemos que o argumento também não procede. A posição intermediária do concurso formal de crimes, entre

o concurso material e o concurso aparente, impõe a fixação de uma pena também intermediária, como bem colocado por Cuerdo Riezu (1991, p. 849)⁸². A pena para o concurso formal, assim, deve ser maior que a determinada pela absorção pura, porém menor que a do sistema de pena previsto para o concurso material, mesmo que não haja previsão legal expressa nesse sentido.

2.4 Teorias monista e pluralista

A discussão sobre a natureza jurídica do concurso formal de crimes suscita grande divergência doutrinária, representada pelo embate, existente desde o século XVIII, entre as teorias monista (*einheitstheorie*) e pluralista (*mehrheitstheorie*)⁸³. Cuida-se de estabelecer se, nessa forma de concurso, há um único crime ou uma pluralidade de crimes.

Sob a ótica da teoria monista, pelo fato de haver apenas uma ação no concurso formal, só seria possível cogitar a existência de um único crime. Para essa teoria, “crime é ação”, ou, em outras palavras, a existência de uma única ação implica a admissão de um único fato punível, ainda que vários fatos típicos tenham sido praticados. Embora várias ações possam ser aglutinadas em um único delito, dois ou mais delitos não podem nunca existir por meio de uma única ação (LISZT, 1899, p. 380).

A teoria monista teve como maior defensor Liszt (1899, p. 380), autor que adotava um conceito de ação essencialmente naturalístico e independente dos tipos penais como explicação para o tratamento dado ao concurso formal pelo Código Penal alemão. Referida legislação determinava a aplicação somente da pena do crime mais grave, sem grau de aumento. Na opinião de Liszt (1886, p. 248 apud MAIWALD, 1962, p. 62), “*das Verbrechen ist Handlung, meherer Verbrechen müssen daher mehrere Handlungen sein; eine natürliche Handlung kann immer auch nur eine verbrecherische Handlung sein*”⁸⁴.

A teoria monista foi acolhida por grande parte da doutrina⁸⁵, sempre partindo de um conceito de ação independente à norma penal. Nesse sentido, afirmava Mayer (1915, p. 156

⁸² Conforme afirmado por Cuerdo Riezu em obra posterior, “*hay que tener en consideración el menor contenido de injusto del concurso ideal y, por tanto, imponer siempre a éste una sanción inferior a la que corresponda mediante la punición por separado, aunque la diferencia sea de un día en el caso de las penas temporales o de una peseta en el caso de las sanciones pecuniarias*” (1992, p. 51-52).

⁸³ Cf. Savigny (1850, p. 74 e ss.).

⁸⁴ “O crime é ação. Diversos crimes devem, conseqüentemente, ser diversas ações. Uma ação natural pode sempre ser, também, uma única ação/conduita delituosa/criminal” (tradução de Betânia Cortês de Queiroz Caixeta).

⁸⁵ Adotam-a Mezger (1957, p. 376), Maurach (1962, p. 418), Pessina (1936, p. 547), Fontán Balestra (1993, p. 487), Zaffaroni (1999, p. 512), Caramuti (2010, p. 42-43), Conti (2006, p. 4), Degois (1922, p. 302),

apud CORREIA, 1945, p. 10) que as qualidades da ação, atribuídas por uma variedade de tipos penais, não possuíam o condão de multiplicá-la, assim como quem tem um cavalo de corrida branco não tem dois cavalos – um branco e um de corrida. Da mesma maneira, Zaffaroni e Pierangeli (2009, 612-615) aduzem que:

A circunstância de que vários tipos penais atribuam a uma mesma conduta a qualidade várias vezes proibida, isto é, várias vezes desvalorada, não tem a eficácia de multiplicar a conduta, porque não é o tipo que cria a conduta, mas apenas revela o seu desvalor: o direito não cria a conduta. (...) O legislador é soberano para estabelecer as consequências de uma ação, mas não o é para multiplicar as ações, porque não é Deus e não pode multiplicar os pães.

A teoria monista do concurso formal encontra sua base filosófica, conforme afirma Nino (1982, p. 298), na “tese da identidade”, que

sostiene que una misma acción puede ser objeto de diversas descripciones, de modo que la conducta de Pedro, por ejemplo, puede ser descrita como “girar la llave de luz”, “encender la luz”, “iluminar la habitación”, “despertar a su tía que dormía en la habitación”, sin que esto necesariamente implique que Pedro realizó cuatro acciones. Según esta tesis las descripciones de acciones tienen lo que Joel Feinberg llamó “el efecto de acordeón”, lo cual significa que al formular tales descripciones uno puede tomar en cuenta diferentes rasgos de una misma acción (incluidos distintos efectos causales más próximos o remotos), del mismo modo que uno puede describir diferentes propiedades del mismo individuo u objeto.

Ao entendimento preconizado por Liszt contrapôs-se Binding (1885, p. 564 apud MAIWALD, 1964, p. 61), que não admitia a existência de um conceito de ação apriorístico à norma⁸⁶. Assim, a realização de vários tipos penais possibilitaria a admissão de um número equivalente de ações e fatos puníveis, por entender esse autor a ação como ação jurídica, e não como mero acontecimento causal⁸⁷.

Outros autores como Von Buri (1879 apud MAIWALD, 1964, p. 61), Honig (1925, p. 3 apud MEZGER, 1957, p. 376-377) e Frank (1931 apud AGGEO, 2007, p. 122), embora concebendo a ação como um conceito ligado ao acontecer real, exaltaram a teoria da

Baumgarten (1909, p. 188 apud RANIERI, 1975, v. 2, p. 126), Höpfner (1908, p. 159), Carvalho Filho (2009, p. 21) e Aníbal Bruno (1967, p. 292-293).

⁸⁶ “*Was ausserhalb des Rechts Handlung ist oder heisst, ist für dessen Bereich gleichgültig*” (“O que é ação ou o que é chamado de ação fora do âmbito jurídico é, para essa área, indiferente” – tradução de Betânia Cortês de Queiroz Caixeta) (1885, p. 565 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 271)

⁸⁷ “*Soviel Verbrechenstatbestände verwirklicht sind, so viel Handlungen... liegen vor*” (“Existem tantas ações quanto os tipos penais realizados” – tradução de Betânia Cortês de Queiroz Caixeta) (BINDING, 1885, apud MAIWALD, 1964, p. 61).

pluralidade, com o argumento de que o conceito de delito possui base valorativa, razão pela qual é plenamente possível que uma ação dê origem a vários delitos⁸⁸.

Uma vez que o crime é um objeto cultural⁸⁹, construído de maneira valorativa, diferentemente do cavalo branco e de corrida suscitado pelos defensores da concepção monista, que é objeto natural (AGGEO, 2007, p. 202-203), entendemos correta a posição daqueles que adotam a teoria da pluralidade. Como pondera Aggeo (2007, p. 202-203), *“cierto que no puede dividirse en dos el caballo blanco y de carrera, pero sí podemos afirmar que alguien con su comportamiento comete más de un delito porque lo analizamos en mérito al significado cultural de su hecho y no a su composición natural y física”*.

Embora afirmem alguns autores ser a discussão entre as teorias monista e pluralista do concurso formal meramente terminológica⁹⁰, entendemos que a teoria monista do concurso formal traz verdadeira desorientação à teoria concursal como um todo: primeiramente, por confundir o concurso formal com o concurso aparente de normas penais⁹¹ e, em segundo lugar, por confundir o concurso formal com o crime único, hipótese em que não há concurso de crimes.

O Código Penal brasileiro adotou a teoria pluralista, como se denota não só pelo fato de o art. 70 referir-se à existência de dois ou mais crimes, mas por admitir a exasperação da pena e, principalmente, sua cumulação no concurso formal impróprio.

2.5 Distinções necessárias: as noções de ato, ação e fato

O sentido das expressões “ato”, “ação” e “fato” possui especial relevância no âmbito da teoria concursal, uma vez que são tomadas como ponto de partida de diversas construções teóricas nesse campo.

Certamente, dentre esses termos, o de menor controvérsia doutrinária quanto ao seu sentido é o de “ato”, entendido de maneira quase unânime como um movimento corporal indivisível, uma unidade mínima do comportamento humano (em sentido naturalístico)

⁸⁸ Em igual sentido vide Savigny (1850, p. 80), Graf Zu Dohna (1958, p. 103), Ranieri (1975, p. 126), Correia (1945, p. 91), Frosali (1958, p. 488) e Aggeo (2007, p. 202-203).

⁸⁹ Tal constatação foi feita com maestria por Tobias Barretto ainda no século XIX (1886p. 125 e ss.). Veja-se, também, as considerações de Augusto Thompson (2007).

⁹⁰ Nesse sentido opinam Maiwald (1964, p. 64) e Jescheck; Weigend (2002, p. 774). A visão das teorias, por estes autores, como uma questão terminológica, relaciona-se fortemente com o fato de que na Alemanha aplica-se a mesma forma de punição para o concurso formal de crimes e para o concurso aparente de normas penais.

⁹¹ Assim também opinam Mezger (1957, p. 376-377) e Choclán Montalvo (1995, p. 346).

gerada por uma única manifestação de vontade. Seriam atos, por exemplo, efetuar um disparo com uma arma de fogo ou desferir uma facada⁹².

A ação é costumeiramente tida, por sua vez, como um ato ou uma pluralidade de atos que, sob determinada ótica, são passíveis de ser interpretados como uma unidade de sentido. Os atos, assim, seriam os segmentos em que a ação pode ser dividida. Havendo um único ato, contudo, entende-se que dele só pode ser reconhecida uma única ação.

O critério pelo qual as ações devem ser contadas, no entanto, é um dos pontos de maior desacordo doutrinário. Por hora, cumpre destacar que a doutrina majoritária reconhece que o conceito de ação manejado tradicionalmente na teoria do crime em sua segmentação analítica não é suficiente no terreno concursal, uma vez que apenas aponta os requisitos mínimos para que um comportamento humano seja objeto de reprovação penal, não indicando os critérios para que se busque o número de ações praticadas, que é o que interessa no âmbito da teoria concursal, notadamente para a linha demarcatória entre o concurso formal e o concurso material de crimes⁹³.

No que se refere ao termo fato, sobre ele também pairam distintas acepções doutrinárias, despontando três conceituações mais importantes.

Para um setor, “o fato constitui a soma da ação e do evento” (resultado) (LYRA, 1955, p. 411)⁹⁴. Como aduz Massari (1934, p. 109 apud AMERICANO, 1958, p. 24) “fato, ato e ação são conceitos concêntricos que se desenvolvem em torno de um eixo da vontade, pela qual se agitam e a realizam. Mas o fato inclui junto com o comportamento o resultado”. Pavón Vasconcelos (1975, p. 29-30), no mesmo sentido, afirma que “*el hecho comprende la conducta humana, su resultado material y la necesaria relación causal entre dicha conducta y su efecto, de manera que la acción y la omisión no son sino meras formas de expresión del sujeto, o sea de su conducta*”.

Junto à explicação dessa concepção, Quintero Olivares (1966, p. 420) elucida significantes efeitos que dela se têm extraído sobre o concurso formal de crimes:

⁹² Nesse sentido Americano (1958, p. 25), Dotti (2010, p. 628), Greco (2009, p. 593), Basileu Garcia (1952, p. 504), Zaffaroni; Pierangeli (2009, p. 617), Bitencourt (2010, p. 680), Bezé (2001, p. 28-29), Tucci (2003, p. 266), Galvão (2013, p. 837), Capez (2012, p. 553), Masson (2010, p. 692), Lyra (1955, p. 411), Fragoso (1983, p. 344), Aníbal Bruno (1959, p. 291), Frederico Marques (1965, p. 347-348).

⁹³ Nesse sentido afirmam expressamente Jescheck; Weigend (2002, p. 765), Calderón Cerezo (1995, p. 148-149), Aggeo (2007, p. 129), Aisa (2006, p. 101-102), García Albero (1995, p. 264) e Tagle (2011, p. XXI).

⁹⁴ No mesmo sentido Carrara (1956, p. 76), Mir Puig (1995, p. 730), Bettiol (1971, p. 299-300), Horta (2007, p. 67), Pimentel (1969, p. 7), Fontán Balestra (1993, p. 494), Novoa Monreal (1966, p. 26), Pavón Vasconcelos (1975, p. 29-30), Jubert (1992, p. 619), Torres (2012, p. 106), Frederico Marques (1965, p. 351), Lyra (1955, p. 411).

Para un sector de la doctrina, que cabe considerar minoritario, (...) el hecho, a diferencia de la acción, reclamaría no sólo la exteriorización de una conducta que es manifestación de la voluntad delictual, sino también el resultado material producido como consecuencia de aquélla. Se aduce para ello que a diferencia de otras legislaciones que definen el concurso ideal de delitos a partir de la unidad de acción, la expresión “hecho” reclama no sólo el componente factual, sino también el causal y el resultativo. La consecuencia inmediata de tal concepción consiste en negar la posibilidad conceptual del concurso ideal de delitos homogéneo. En efecto, el solo disparo productor de varias muertes, la sola explosión de un artefacto productor de otras tantas, determinaría la existencia de varios hechos por ser diversos los resultados no sólo jurídicos, sino también materiales, producidos, disciplinándose tales hipótesis según las reglas del concurso.

Uma segunda corrente, todavia, entende que o termo fato corresponde a qualquer acontecimento real (evento natural ou humano)⁹⁵. Segundo Aggeo (2007, p. 57)

todo suceso o acontecimiento que se produce en el mundo circundante; los hechos pueden clasificarse en naturales y humanos. Tanto unos como otros tienen una consecuencia jurídica posible dentro del mundo del derecho, ya sea como un mero acontecer natural, los primeros, o con la intervención humana, los segundos.

Por último, grande parte da doutrina entende que o termo fato é sinônimo de ação⁹⁶. Com efeito, a maioria dos autores se restringe a afirmar a equivalência desses conceitos sem justificá-la. Alguns defensores dessa tese, contudo, fundamentam-na com a alegação de que a norma só pode ser vulnerada por uma ação, e que a pena é uma reprovação da ação, e não do resultado. Encontra-se uma ilustração desse argumento na Sentença 20999/92 do Tribunal Supremo da Espanha (ESPAÑA, 1992), relatada por Bacigalupo:

La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos, pues “el delito – decía ya en los primeros años de este siglo quien pueda ser considerado uno de los padres de la dogmática penal moderna – es acción, es decir, una modificación en el mundo exterior reconducible a un querer humano”. Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.

⁹⁵ Nesse sentido Fontecilla Riquelme (1956, p. 54) e Aggeo (2007, p. 57).

⁹⁶ Manzini (1949, p. 406), Moliné (1994, p. 50), Schiffrin (1972, p. 418), Nino (1972, p. 32-33), Muñoz Conde; García Arán (1998, p. 515), Tagle (2011, p. 57), Aggeo (2007, p. 51), Dulce Lifante (1995, p. 79), Devesa; Gomez (1994, p. 848), García Albero (1995, p. 263), Caramuti (2010, p. 95), Quintano Ripollés (1958, p. 403-404), Quintero Olivares (1996, p. 573) e Sanz Morán (2012, p. 40).

Nino (1972, p. 32-33) afirma que o entendimento de que o termo “fato” - enquanto pressuposto do concurso formal - engloba a produção de um resultado é equivocado, por existirem verbos típicos que não apontam resultado, senão em sentido demasiadamente abstrato. Citando alguns exemplos, como os verbos típicos “injuriar”, “desobedecer”, “resistir” e “declarar falsamente”, Nino conclui que o termo fato deve ser compreendido como sinônimo de ação, como ocorre na linguagem popular⁹⁷.

As legislações se dividem quanto à referência ao pressuposto do concurso formal de crimes como unidade de ação ou de fato. O Código Penal brasileiro adotou o termo ação na previsão do concurso formal de crimes. O termo ação é utilizado na Itália⁹⁸ e na Alemanha⁹⁹ (não obstante se encontre em um capítulo do Código Penal denominado “unidade de fato”). O Código Penal mexicano, por sua vez, refere-se à conduta, termo tido como sinônimo de ação¹⁰⁰.

Utilizam o termo fato o Código Penal espanhol¹⁰¹, o argentino¹⁰², o holandês¹⁰³ e o belga¹⁰⁴. Na França, onde o concurso formal de crimes é reconhecido, mesmo sem haver expressa previsão legal (FRANÇA, 2015), encontra-se unânime referência ao termo unidade de fato¹⁰⁵.

A despeito de alguns autores pontuarem que a utilização do termo unidade de ação ou unidade de fato, para definir o pressuposto do concurso formal de crimes, traz consequências jurídicas diversas, não se percebe uma distinção efetiva no trato do concurso formal entre os países que se valem de um ou outro termo, o que se deve principalmente ao posicionamento que entende serem os termos ação e fato sinônimos. Por esse motivo, trataremos, também, no que tange às elaborações do conceito de unidade de ação, de teorias originalmente referentes à unidade de fato.

⁹⁷ Com desconcertante similitude opina Marcelo Fortes Barbosa (1976, p. 145 e 189).

⁹⁸ Art. 81 (ITÁLIA, 2014).

⁹⁹ § 52, 1 (ALEMANHA, 2014).

¹⁰⁰ Art. 19 (MÉXICO, 2015).

¹⁰¹ Art. 77 (ESPANHA, 1995).

¹⁰² Art. 54 (ARGENTINA, 1984).

¹⁰³ Art. 55 (HOLANDA, 1881).

¹⁰⁴ Art. 65 (BÉLGICA, 2010).

¹⁰⁵ Vide nesse sentido Vidal (1921, p. 387), Vabres (1947, p. 463), Garraud (1921, p. 499), Flour (1954, p. 585), Bouzat (1951, p. 463), Vouin (1949, p. 210) e Serloteen (1973, p. 49).

3 PRESSUPOSTOS DO CONCURSO FORMAL PRÓPRIO E IMPRÓPRIO

3.1 Unidade de ação

3.1.1 O ato (ou a ação em sentido natural) como ponto de partida na definição do conceito de unidade de ação

Pressuposto específico do concurso formal de crimes, próprio ou impróprio, é que exista unidade de ação, isto é, que os crimes em concurso sejam decorrentes de uma mesma conduta. A definição do conceito de unidade de ação sempre foi entendida como pedra de toque no campo do concurso de crimes e foi objeto de incontáveis proposições doutrinárias e jurisprudenciais ao longo dos dois últimos séculos.

Apesar da grande diversidade de manifestações sobre o conceito de unidade de ação, nota-se que a maioria esmagadora delas aceita uma mesma premissa, tomada como gênese da construção do conceito de unidade de ação. Trata-se do reconhecimento da existência de uma unidade mínima de conduta sob uma ótica naturalística.

Esse “átomo de conduta”¹⁰⁶ costuma ser referido por meio do termo “ato”, e é compreendido como um movimento tão curto que não pode mais ser dividido, ou um movimento decorrente de um único impulso de vontade¹⁰⁷. Cita-se, usualmente, como exemplos de atos, disparar um tiro de revólver, proferir uma palavra injuriosa ou desferir um soco em alguém. Nessa concepção do termo ato, baseia-se a classificação dos crimes entre unissubsistentes, nos quais basta um único ato para realização do tipo, e plurissubsistentes, nos quais são necessários vários atos para realização do tipo (PAVÓN VASCONCELOS, 1975, p. 72-73).

Na Alemanha, essa unidade mínima de conduta normalmente referida como ato é denominada de “ação em sentido natural” (*Handlung in natürlichen Sinne*) e é definida como a manifestação de vontade (*Willensbetätigung*) produzida por uma única resolução volitiva (*Willensentschluß*). Em outras palavras, a ação, em sentido natural, é um movimento corporal

¹⁰⁶ Assim se refere García Alberó (1995, p. 266).

¹⁰⁷ Sanz Morán (1995, p. 212), Zaffaroni (1999, p. 529), Pavón Vasconcelos (1975, p. 72-73), Choclán Montalvo (1997, p. 10), Puig Peña (1969, p. 346), Bacigalupo (1999, p. 582), Ávila (1992, p. 394-395), Caramuti (2010, p. 100) e Americano (1958, p. 25).

produzido por um único impulso de vontade¹⁰⁸. A caracterização do ato como movimento indivisível (conceito objetivo) ou impulso único de vontade (conceito subjetivo), todavia, não traz diferenças práticas entre esses conceitos¹⁰⁹.

Afirma-se, de maneira generalizada, então, que embora vários atos possam ser tidos como uma ou várias ações, um único ato só pode dar lugar a uma ação. Conforme afirma Wessels (1976, p. 173-174), “existe uma ação em sentido natural, quando uma resolução de agir se realiza em ‘uma’ manifestação de vontade (...). Uma ação natural será sempre, também juridicamente, ‘uma’ ação”. Por meio do conceito de ato, é dado, assim, o primeiro passo na definição do conceito de unidade de ação. Haverá unidade de ação sempre que houver apenas um ato¹¹⁰.

A mera simultaneidade de movimentos não é tida como fundamento para o reconhecimento da existência de um único ato. Segundo Basileu Garcia (1952, p. 504), o “indivíduo que, com a destra, desfecha tiros, enquanto com a sinistra atea incêndio ou dispara com dois revólveres contra diferentes pessoas, assim exteriorizando resoluções criminosas distintas”, pratica atos distintos. Para Mezger (1957, p. 362) a contemporaneidade “*por sí sola no decide aún de modo absoluto en favor de la unidad. En tales casos puede también existir una pluralidad de acciones naturales; por ejemplo, cuando el agente asesta un golpe a su enemigo y al mismo tiempo profiere contra él una palabra injuriosa*”¹¹¹.

Tem-se registrado, ainda, que a ofensa a distintos bens jurídicos, personalíssimos ou não, de um ou vários titulares, não descaracteriza a existência de uma única ação quando essa decorre da existência de um único ato. De acordo com Jescheck e Weigend (2002, p. 764),

*la vieja distinción basada en el número de resultados acaecidos está hoy ya abandonada puesto que una pluralidad de los mismos, incluso aunque menoscaben bienes jurídicos personalísimos, pueden ser provocados por una única actuación de la voluntad y, en ese caso, sólo es aceptable una acción*¹¹².

¹⁰⁸ Wessels (1976, p. 173-174), Mezger (1957, p. 360-361), Maurach (1976, p. 450), Jescheck; Weigend (2002, p. 764), García Alberó (1995, p. 266) e Aisa (2004, p. 368-370).

¹⁰⁹ Nota-se que a existência de um único impulso de vontade não é aferida senão pela natureza indivisível do movimento, pelo que tais conceitos se mostram essencialmente iguais.

¹¹⁰ Wessels (1976, p. 173-174), Mezger (1957, p. 360-361), Liszt (1899, p. 380-384), Maurach (1976, p. 450), Jescheck; Weigend (2002, p. 764), Ranieri (1975, v. 2, p. 128), Choclán Montalvo (1997, p. 10), Pavón Vasconcelos (1975, p. 72-73), Puig Peña (1969, p. 346), Bacigalupo (1999, p. 582), Zaffaroni (1999, p. 529), Dulce Lifante (1995, p. 105), Ávila (1992, p. 394-395) e Caramuti (2010, p. 100).

¹¹¹ No mesmo sentido opinam Maiwald (1964, p. 100), Sanz Morán (2012, p. 40-41), Novoa Monreal (1966, p. 255) e Caramuti (2010, p. 52).

¹¹² No mesmo sentido apontam Wessels (1976, p. 173-174) e Mezger (1957, p. 360-361).

Entende-se, portanto, existir uma unidade mínima de movimento, ôntica e independente de valorações de qualquer natureza, que deve sempre ser tratada como unidade de ação pelo Direito, embora a pluralidade dessas frações de conduta também possa, eventualmente, ser tratada como uma unidade. A maior parte da doutrina, partindo dessa ideia, procura complementar o conceito de unidade de ação, definindo os critérios pelos quais, a par da ação em sentido natural, uma pluralidade de atos também pode ser tida como unidade de ação¹¹³. A conceituação dessa segunda forma de unidade de ação constitui o ponto de maior divergência dentro da teoria concursal.

3.1.2 Teorias da unidade de fim e de meio-fim

Algumas teorias assentam o caráter unitário da ação no aspecto subjetivo da conduta, de modo que a presença de um propósito único do agente, como pano de fundo da prática de diversos delitos, teria o condão de caracterizar a unidade da ação.

Essa postura foi adotada por Aníbal Bruno (1959, p. 292), Basileu Garcia (1952, p. 504) e Fragoso (1983, p. 344) que, ao lado da unidade de ação pela existência de um só ato, reconhecem unidade também quando os atos são praticados com o mesmo fim último. Conforme Fragoso (1983, p. 344), “uma só ação pode ser constituída de vários atos, que ganham unidade por serem uma só manifestação da vontade”.

Aníbal Bruno, adotando uma concepção monista do concurso formal, explica que cada desígnio imbui na existência de uma ação e de uma culpabilidade, motivo pelo qual, a rigor, não haveria concurso de crimes no concurso formal próprio, mas apenas um único crime. Nessa linha, afirma que o concurso formal impróprio seria composto por várias ações, e não por apenas uma (1967, p. 292-293).

Idêntica opinião sobre o conceito de unidade de ação é enunciada por Fontecilla Riquelme (1956, p. 71-72):

Una o varias acciones, que corresponden a distintos designios o fines criminales. – Este requisito es fundamental. Representa el elemento moral o subjetivo que sirve para diferenciar el concurso ideal del material. Es indiferente que la acción sea una o múltiple. Lo único relevante es el fin

¹¹³ Nesse sentido ilustra Ranieri (1975, p. 128): “en el campo del derecho el problema consiste en establecer cuándo varias conductas naturales constituyen una unidad jurídica y, por lo tanto, deben calcularse como una sola conducta, y cuándo una sola conducta da lugar a varios delitos”, e também Dulce Lifante (1995, p. 105): “la unidad de acción que determina la existencia de un concurso ideal se admite, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, también en los casos en los que el tipo penal convierte varias acciones naturales, en el sentido de manifestaciones individuales de voluntad, en una unidad de valoración jurídico-penal”.

perseguido. En efecto, habrá dos delitos que concurren materialmente, si con una sola acción se producen los dos resultados que se pretendían, por ejemplo: un sólo disparo lanzado con el fin exclusivo de matar a dos personas. Igualmente los habrá si se dispara primero sobre el uno y después sobre el otro. La pluralidad no radica, pues, en la acción, sino en el fin o designio criminal.

De maneira bastante semelhante à teoria da unidade fim, encontra-se referência em alguns autores à teoria da unidade de meio-fim, que possui Francesco Carrara como seu maior expoente¹¹⁴. Para essa teoria, a unidade de ação que dá origem ao concurso formal de crimes reside no fato de o agente ter praticado diversas condutas criminosas como meio para atingir um único fim. De acordo com Carrara (1956, p. 134), “deve-se distinguir se a violação de vários direitos foi consumada para alcançar a diversos fins do culpado, independentes um do outro, ou se o réu não visava senão a um único fim, pelo qual violava um direito, valendo-se da violação do outro como meio para alcançar aquele fim”.

Cada violação da lei praticada pelo agente, segundo Carrara, dá lugar a uma ação distinta, pois indica uma finalidade específica, exceto quando levada a cabo visando o agente à consumação de outro crime (1956, p. 67-68 e 134-135). Conforme afirma Caramuti (2010, p. 60), essa teoria se apoia sobre a existência de uma cadeia de atos delitivos, na qual cada ato serve de meio para prática do outro, indicando um fim último do agente.

A teoria da unidade de meio-fim também foi defendida por Pessina (1936, p. 548), para quem o concurso formal “*existe cuando se ha cometido un delito como medio para la realización de otro. En este caso es verdad que hay dos delitos; pero vienen a ser uno en la conciencia del agente, por razón de aquel vínculo que enlaza al uno con el otro*”¹¹⁵.

A distinção da teoria da unidade de fim perante a teoria da unidade de fim residiria no fato de não ser suficiente para unificação dos atos a existência de uma única finalidade, mas que esses atos tenham sido praticados somente por serem meio para alcance de outro crime almejado pelo agente. Entendem alguns autores, assim, que a exigência de conexão meio-fim surgiu para corrigir o excessivo poder unificador que a teoria da unidade de fim conferiu à intenção do agente (TAGLE, 2011, p. 40).

A teoria da unidade de meio-fim da doutrina italiana influenciou o surgimento do chamado concurso medial, previsto no Código Penal espanhol para hipóteses em que um crime é meio necessário para o cometimento de outro, cuja solução penológica equivale à

¹¹⁴ Embora este autor não esgotasse os supostos de unidade de ação na unidade de meio-fim.

¹¹⁵ Também nesse sentido vide Bouzat (1951, p. 463).

dada ao concurso formal¹¹⁶ e também foi expressamente acolhida no anteprojeto de reforma do Código Penal argentino, apresentado em 2006 (TAGLE, 2011, p. 40-42).

3.1.3 Teoria da unidade de reprovação interna

Discorrendo sobre a unidade de fato, adotada como pressuposto de concurso formal no art. 54 do Código Penal argentino, afirma Schiffrin (1972, p. 413) que a elaboração desse conceito deve ser buscada não no campo da ação, mas no da culpabilidade.

Segundo Schiffrin (1972, p. 416), as leis penais frequentemente realizam diferenciações valorativas que são desconhecidas pela maior parte dos destinatários das normas. A discrepância entre a apreciação técnica da conduta e a sua apreciação na vida ordinária, assim, geram uma incongruência frente ao princípio da culpabilidade, determinante da incidência do concurso formal de crimes.

Após citar o exemplo de um funcionário público que subtrai um documento oficial para entregar a um falsificador, conduta que dá lugar a uma série de tipificações no ordenamento argentino, Schiffrin (1972, p. 410) faz a seguinte observação:

*¿Cabe duda de que a nuestro sujeto no se le pasó jamás por la cabeza el torrente de sanciones que amenazaban su acción, aun cuando sí sabía que hacía algo vedado y punible?
Y así es siempre. El derecho multiplica las prohibiciones técnicas, que sólo las personas del oficio saben, si las saben, y así el lego imputado ve que los jueces extraen del Código como por arte de magia más y más calificaciones nuevas de su acto, cuya formidable maldad jurídica había pasado inadvertida al reo.*

Exceção à aplicação das regras do concurso formal de crimes na hipótese de unidade de ação com múltiplos enquadramentos típicos se dá, segundo Schiffrin (1972, p. 416), quando ocorre a lesão de bem jurídico personalíssimo (v.g. vida, liberdade, honra). Nesses casos, seja de lesão de um único bem personalíssimo com a lesão de outro de distinta natureza, seja de lesão de diversos bens personalíssimos, entende esse autor que os crimes tipificados devem ser punidos de maneira autônoma.

¹¹⁶ Vide nesse sentido Devesa; Gomez (1994, p. 848-849), Caramuti (2010, p. 65-66), Mir Puig (1995, p. 732) e Puig Peña (1969, p. 357).

3.1.4 Teorias da unidade de resultado, unidade de efeito real e inseparabilidade das lesões jurídicas

O resultado da conduta é tomado por vários autores como critério para aferição da unidade de ação, seja porque consideram para essa aferição o número de resultados diretamente determinante, seja porque consideram que o número de resultados revela outro fator ensejador de unificação.

Liszt foi um dos primeiros autores a basear a unidade de ação na unidade de resultado. A par da unidade de ação determinada pela unidade de ato, a qual denomina ação simples (1899, p. 380-384), afirma esse autor que uma pluralidade de atos constituía ação única sempre que dela se origina um único resultado¹¹⁷. Liszt denomina essa forma de unidade de ação de ação complexa (1899, p. 380-384).

Reconhece Liszt (1899, p. 383-384) unidade de ação também nos casos de várias lesões causadas sucessivamente ao mesmo bem jurídico, quando praticadas dentro do mesmo contexto espaço-temporal. Conforme exemplifica:

Se A mata B a golpes de machado ou com uma torrente de palavras o injuria, a unidade de ação resulta da unidade do resultado. (...) Indubitavelmente dá-se um só dano real, se uma estátua de mármore é destruída a marteladas, ou uma máquina, mediante um longo e talvez interrompido trabalho, é desmontada e inutilizada. Também a tirada de várias coisas, que foram singularmente transportadas, a danificação de vários objetos por meio de golpes reiterados pode constituir uma só ação, ainda quando as coisas tiradas ou danificadas pertençam a diversos proprietários. A unidade do resultado provém, nesse caso, do fato de se acharem os objetos reunidos no mesmo lugar, por exemplo, no mesmo mostrador, na mesma estalagem.

Liszt também reconhece unidade de ação nos crimes permanentes e nos crimes cujo resultado é indivisível, como na falsificação de moeda, rixa, vias de fato etc. (1899, p. 384)¹¹⁸. A unidade de ação pela unidade de resultado foi excepcionada por Liszt (1899, p. 380-384), todavia, nos casos de violação de bem jurídico pessoal (v. g. vida, honra e liberdade sexual) de mais de uma pessoa, hipóteses em que considerou haver tantos resultados quanto vítimas.

O resultado material da conduta foi tido como ponto central para aferição do número de ações também para uma larga corrente, desenvolvida sobretudo na Itália, para a qual a

¹¹⁷ Na hipótese de tentativa, a unidade de ação decorre não da produção de um único resultado, mas da representação unitária do resultado feita pelo agente (LISZT, 1899, p. 380-384).

¹¹⁸ Liszt reconhece, ainda, uma terceira hipótese de unidade de ação (unidade jurídica), correspondente aos casos em que a unidade decorre não da unidade de ato ou de resultado, mas da lei, correspondente aos crimes continuados, crimes compostos e crimes habituais. (1899, p. 380 e ss.).

unidade de resultado indicava uma culpabilidade unitária do agente, determinante de unidade de ação. Apesar da unidade da ação encontrar seu fundamento teórico na culpabilidade, seu caráter unitário era extraído exclusivamente por meio do número de alterações produzidas no mundo exterior.

Dessa forma, interpretou a jurisprudência italiana o art. 81 do Código toscano de 1853, que previu o concurso formal de crimes. Conforme se extrai de Puccioni (1855, p. 264), entendia-se haver unidade de ação nas hipóteses em que duas ou mais violações tinham origem em um mesmo resultado, como ocorria nos casos de estupro de parente ou de mulher casada, em que, com um mesmo efeito no mundo exterior, o agente praticava os crimes de estupro e incesto ou de incesto e adultério¹¹⁹.

Os primeiros desenvolvimentos teóricos dessa linha de pensamento se devem a Carrara. Para esse autor, além da unidade de ação pela já citada conexão de meio-fim entre os crimes (conexão ideológica), havia também a unidade de ação determinada pela existência de uma única violação legal ou pela existência de “conexão real” entre as violações, o que ocorre quando a mesma alteração no mundo exterior representa a violação de distintos direitos protegidos penalmente (CARRARA, 1956, p. 67 e 370).

Embora não seja claro sobre a extensão do conceito de conexão real, Carrara (1956, § 1113) cita um exemplo extraído do Direito Romano, referente à prática de ato carnal com mulher casada e parente próxima, em que se realizavam os crimes de adultério e de incesto. Para Carrara (1956, § 1113), a conexão real demonstra a existência de um único momento de culpabilidade do agente, razão pela qual, não obstante o reconhecimento da prática de crimes diversos (por ser o delito um ente jurídico), só se poderia falar na presença de uma ação.

Von Buri (1879, p. 99 apud SOLER, 1992, p. 347-348), por sua vez, entende que cada modificação no mundo exterior representa uma causalidade que chegou ao fim, e que cada causalidade indica uma resolução delitiva. Para Von Buri, a quantidade de crimes equivale à quantidade de resoluções delitivas, pelo que o número de ações em si não é determinante para reconhecimento do concurso formal (1879, p. 99 apud SOLER, 1992, p. 347-348).

Frente ao exemplo do agente que mantém relações sexuais com a irmã casada, em função da unidade de efeito causada no mundo exterior pelo agente, afirma Von Buri subsistir apenas uma lesão jurídica, à qual deve ser aplicada somente a pena mais grave entre os crimes de adultério e incesto. Ao constatar a pluralidade de resultados na conduta daquele que, com

¹¹⁹ Puccioni (1855, p. 264) ressalta que a primeira posição das cortes florentinas sobre a unidade de ação era de que esta tinha lugar quando os diversos crimes eram praticados em um único contexto e como parte de uma mesma resolução criminosa, entendimento que foi abandonado a partir da decisão da Corte Suprema de 18.11.1854.

um tiro de fuzil, mata duas pessoas, por outro lado, enxerga Von Buri (1879, p. 99-101 apud TAGLE, 2011, p. 34) a existência de duas causalidades distintas e, conseqüentemente, de duas resoluções delitivas, criando a necessidade de punição do agente por cada um dos resultados causados.

A teoria de Von Buri, dessa forma, funda o concurso formal na unidade de resultado material caracterizadora de mais de uma figura delitiva, reduzindo substancialmente o campo dessa forma concursal. Conforme esclarece Von Buri (apud CARAMUTI, 2010, p. 72):

La circunstancia de que varias lesiones jurídicas se produzcan por una o varias acciones no puede fundamentar una diferencia jurídica absoluta. El que con la misma perdigonada quiere lesionar a dos personas debe haber concebido dos resoluciones. Si el autor se decide a llevarlas a cabo mediante una sola acción, esta resolución general no significa de manera alguna las dos resoluciones, sino que éstas se encuentran una a la par de la otra.

Outro autor que alicerça a unidade de ação no resultado material da conduta é Impallomeni. Assim como Von Buri, entende Impallomeni (1900, p. 159) que o fator determinante para reconhecimento da unidade de ação é a unidade subjetiva do agente, e que tal aspecto psicológico se extrai da quantidade de modificações que o agente produz no mundo exterior com sua conduta.

Impallomeni esclarece que o aspecto subjetivo ensejador da unidade de ação, contudo, é a intenção delitiva imediata do agente, por meio da qual aceita a produção de um efeito antijurídico, e não a intenção última. Conforme afirma (1900, p. 163):

E poichè una intenzione criminosa è contrassegnata da un fine, è a conchiudere che il numero delle intenzioni criminose corrisponde, non già a quello dell'obbiettività ideologiche, ma a quello delle obbiettività reali del maleficio. Giacchè, agendosi con il proposito di conseguire un determinato effetto, vale a dire con la coscienza del nesso di causalità fra questo e l'azione propria, si ha un numero di intenzioni uguale al numero degli effetti voluti: la intenzione criminosa non è, in fatti, che il proponimento, cioè, la deliberazione di tradurre in atto la rappresentazione di un effetto contrario alla legge penale. E pertanto quando da unica azione delittuosa promanano più lesioni giuridiche, sono più i reati se vi concorrono più obbiettività reali; mentre v'ha un reato solo se, non ostante la pluralità di lesioni giuridiche, s'identificano l'obbiettività reale e la ideologica del maleficio. Così, nello esempio succitato di chi percuote la donna per farla abortire, la pluralità di lesioni giuridiche e la pluralità di oggettività reali concorrono a formare dell'unica azione una pluralità di reati; per il motivo che in tal

*modo è manifesto come alla duplicità di violazione di legge si accompagna la duplicità di intenzioni criminose*¹²⁰.

Ao contrário de Von Buri, afirma Impallomeni (1900, p. 363) que a alteração causada pelo agente no mundo exterior, chamada por ele de “efeito real”, pode dar origem a diversas violações legais, sendo justamente essa a natureza do concurso formal de crimes. Assim, há unidade de efeito real, por exemplo, frente um incesto praticado com uma mulher casada, porque o objeto real dos delitos seria decorrente de um mesmo efeito, o contato sexual (1900, p. 363).

O peso dado às modificações produzidas pelo agente no mundo exterior como critério para aferição de unidade de ação e concurso formal teve como consequência a substituição, na Itália, da exigência de unidade de ação, estabelecida pelo art. 81 do Código Toscano de 1853, pela de unidade de fato, prevista pelo art. 78 do Código Penal italiano de 1889, o Código Zanardelli¹²¹, uma vez que o termo fato compreenderia o resultado da conduta.

A adoção da teoria da unidade de efeito real de Impallomeni pelo Código Zanardelli é claramente percebida a partir do relatório da Câmara de Deputados italiana sobre o projeto que deu origem ao código: “*la unidad de pena depende de la unidad de hecho, de la unidad de efecto real criminoso causado, no ya de la unidad de la acción subjetiva, la cual puede ser causa de un solo evento, de un solo resultado, como de varios eventos o resultados criminosos del mismo modo que varias acciones*” (ITÁLIA, 1888, p. 112 e ss., apud AGGEO, 2007, p. 93).

À teoria da unidade de efeito real de Impallomeni, seguiu-se a criação da teoria da inseparabilidade das lesões jurídicas, proposta por Masucci. Segundo essa concepção, a existência de uma ação única com um único fim imediato não imbuí a existência de uma culpabilidade unitária, o que ocorrerá, em realidade, apenas quando as lesões jurídicas

¹²⁰ “Já que uma intenção criminosa é marcada por um fim é de se concluir que o número de intenções criminosas corresponde, não aquele da objetividade ideológica, mas aquele das objetividades reais do malefício. Já que agindo com o propósito de conseguir um determinado efeito, isto é, com a consciência de causalidade entre este e a ação própria, se há um número de intenções igual ao número de efeitos desejados: a intenção criminosa não é nada mais que o propósito, isto é, a deliberação de traduzir em ação a representação de um efeito contrário à lei penal. E portanto, quando da única ação delituosa se originam várias lesões jurídicas, são vários os crimes que concorrem com várias objetividades reais; no entanto, só existe um crime se, não obstante a pluralidade de lesões jurídicas se identificam a objetividade real e a ideológica do malefício.

Assim, no exemplo citado de quem agride à mulher para fazê-la abortar, a pluralidade de lesões jurídicas e a pluralidade de objetividades reais concorrem para formar a partir da ação única uma pluralidade de crimes; pelo motivo que, de tal modo, é manifesto como à duplicidade de violações legais acompanha a duplicidade de intenções criminosas” (tradução livre).

¹²¹ “78. *Colui che con un medesimo fatto viola diverse disposizioni di legge, è punito secondo la disposizione che stabilisce la pena più grave*” (“Aquele que com um mesmo fato viola diversas disposições legais é punido segundo a disposição que estabelece a pena mais grave” – tradução livre) (ITÁLIA, 1932).

produzidas por meio de um mesmo efeito real forem, por sua própria natureza, inseparáveis (MASUCCI, 1968 apud AGGEO, 2007, p. 97).

Para Masucci (1968 apud CARAMUTI, 2010, p. 89-90), haverá inseparabilidade das lesões jurídicas quando o surgimento de diversas lesões jurídicas por meio da ação única seja decorrente de especiais qualidades pessoais da vítima ou do autor, da natureza especial da relação existente entre autor e vítima ou da finalidade especial do autor¹²². As lesões jurídicas praticadas pelo agente, nesses casos, são necessariamente inseparáveis, de forma que quem deseja praticar uma delas deve, necessariamente, praticar a outra. No exemplo de um estupro em que o autor e a vítima são parentes, havendo, por isso, estupro e incesto, deve-se reconhecer concurso formal, pois, mediante um único efeito real, o autor produziu duas lesões jurídicas que não poderiam ser produzidas separadamente.

A prática de um estupro em local público, por outro lado, mesmo com um único fim imediato do agente e um único efeito real (conjunção carnal), revela uma culpabilidade múltipla e por isso dois crimes autônomos, pois o agente poderia ter realizado a conjunção carnal em circunstâncias que não em via pública e, ao assim fazê-lo, revela determinação delitativa tanto de ofender a liberdade sexual quanto de ofender a moral pública. Conforme argumenta Masucci (1968 apud CARAMUTI, 2010, p. 87):

si la incitación del escándalo público es por sí misma un delito, ¿quien en lugar público atenta violentamente contra el honor de una muchacha, sabiendo que de este modo también ofende la moralidad pública, no quiere, quizá, la doble lesión jurídica que por su acción produce? ¿Al determinarse a atentar contra el honor de la víctima, no se determina, quizá, a cumplir su vil acción de manera de violar también otro derecho diverso del honor sexual? ¿No son, quizá, igualmente voluntarias tanto la ofensa ocasionada al honor de la víctima, cuanto la ocasionada a la moralidad pública? Y si las dos lesiones jurídicas, las cuales no son por su naturaleza inseparables, han sido igualmente queridas por el culpable, ¿cómo puede decirse que no haya sido doble su determinación criminosa?

Para Masucci, portanto, a separabilidade das lesões jurídicas indica distintas determinações do agente, pois este “no solo ha querido lo que ha hecho, sino que lo ha querido hacer precisamente en las condiciones en las cuales lo ha hecho” (1968 apud CARAMUTI, 2010, p. 87).

O critério da inseparabilidade das lesões jurídicas de Masucci foi proposto também por Alimena (1904, p. 467-469 apud SOLER, 1992, p. 350), que agregou a essa ideia o que chamou de “regra do excesso de dolo”. Segundo Alimena, o reconhecimento do concurso

¹²² Este entendimento é seguido por Núñez (1999, p. 265).

ideal no caso de lesões jurídicas produzidas conjuntamente se dá não pelo fato de o agente ter produzido as diversas violações com uma única determinação, mas porque a extensão do querer do agente a um ou a todos os resultados, em tais casos, não possui o condão de alterar a quantidade de lesões jurídicas (1904, p. 467-469 apud SOLER, 1992, p. 350).

Conforme expõe esse autor, esse é um caso de lesões efetivamente inseparáveis quando é suficiente *“querer una lesión para causar necesariamente las otras. En tales casos no decimos al reo: “responde de un solo delito”, porque si hubiere querido dos cosas no habría producido en efecto mayor, y si hubiere querido una sola cosa, no habría producido un efecto menor”* (1904, p. 467-469 apud SOLER, 1992, p. 350-351).

Alimena afirma, dessa forma, que o homicídio de um porteiro para que seja praticado um roubo em uma residência, por exemplo, não revela lesões jurídicas inseparáveis, pois a inseparabilidade não foi absoluta, mas esteve presente apenas no fim do agente. Essa forma de inseparabilidade é denominada por Alimena de inseparabilidade acidental. Ao contrário da inseparabilidade natural ou jurídica das lesões, em que *“basta querer una lesión para causar necesariamente también las otras”*, não dá ensejo a um concurso ideal (1904, p. 467-469 apud SOLER, 1992, p. 350-351).

As teorias da unidade de efeito real e da inseparabilidade das lesões jurídicas encontram-se, na atualidade, abandonadas pela doutrina. A unidade de resultado material, contudo, é tida por alguns autores, sobretudo dentro da doutrina espanhola (embora ainda não represente a maioria), como critério para o reconhecimento de concurso formal de crimes. A adoção desse posicionamento encontra-se nitidamente relacionada à adoção legal da unidade de fato, ao invés da unidade de ação, como requisito para o concurso formal de crimes (embora, como visto, a maior parte da doutrina compreenda estes termos como sinônimos).

Segundo Mir Puig (1995, p. 723), um dos maiores expoentes dessa concepção,

cuando el sujeto dirige su actuación dolosamente a la causación de varios resultados típicos materiales que efectivamente se producen, su comportamiento externo tiene el sentido, tanto subjetivo como objetivo, de realización en el mundo empírico de varias causaciones, cada una de las cuales supone un hecho típico distinto – pues la unidad de hecho descrita por el tipo de resultado doloso se define en función de la causación (dolosa) de un resultado, siendo en él en cambio irrelevante el número de movimientos corporales que el sujeto emplee para la causación. Todo ello permite afirmar lo siguiente: la producción dolosa de varios resultados materiales típicos mediante una sola conducta da lugar a varios hechos, mientras que constituirá un solo hecho la lesión ideal de varios bienes jurídicos mediante un solo comportamiento. El matar a varias personas dolosamente constituirá varios hechos de homicidio, tanto si se hace mediante varios disparos como haciendo explotar una bomba. En

cambio, el dar muerte a un agente de la Autoridad sólo dará lugar a un hecho.

Margarita Roig Torres, que compartilha desse entendimento, resume essa teoria da seguinte forma: quando entre os crimes concorrentes nenhum deles ou apenas um possui resultado material, são eles apreciados por concurso formal; quando concorrem mais de um crime de resultado material, haverá concurso formal se o agente não atuou com dolo direto de primeiro grau com relação a mais de um deles (2012, p. 79)¹²³.

Nota-se que esse posicionamento tem sido cada vez mais louvado frente a situações de alto grau de reprovação do agente, especialmente em função de atentados terroristas em que, com a explosão de uma bomba, produz-se a morte de diversas pessoas. O Código Penal espanhol (ESPANHA, 1995) passou a reconhecer expressamente, nesse sentido, casos especiais em que as penas dos crimes concorrentes devem ser aplicadas cumulativamente, mesmo quando oriundos de uma só ação, como prevê o art. 346-1 para hipóteses de provocação de explosão. Como assevera Sanz Morán (1995, p. 227), *“la pregunta que surge inmediatamente es: ¿por qué se exceptúan del tratamiento sancionatorio del concurso ideal sólo éstas y no también otras hipótesis de concurso ideal homogéneo? Naturalmente, porque el denominado ‘prelegislador’ está pensando en el atentado terrorista”*.

3.1.5 Teoria da concepção natural de vida

Uma teoria que foi largamente utilizada para reconhecimento de unidade de ação e que ainda encontra lugar na jurisprudência de alguns países é a teoria da concepção natural de vida, criada pelo Tribunal Imperial Alemão, no século XIX, para definir quando uma pluralidade de ações em sentido natural pode ser valorada como uma única ação.

Considerava o Tribunal Imperial Alemão haver unidade de ação se os atos ou ações em sentido natural fossem praticados em uma estreita conexão espacial e temporal, de maneira que, por uma concepção natural de vida, fossem identificados como uma unidade por um espectador imparcial¹²⁴. Segundo descreve Correia (1945, p. 28-29), na visão dessa teoria, trata-se de “uma unidade correspondente à natureza das coisas, de uma unidade cujos limites são apontados pelos ensinamentos da experiência da vida diária, pela própria compreensão da vida. (...) Uma conexão tal, que um terceiro também a pudesse reconhecer”. A unidade de ação, dessa forma, é tomada unicamente por meio do aspecto objetivo da conduta do agente.

¹²³ Também adotam esta teoria Jubert (1992, p. 619) e Aggeo (2007, p. 150).

¹²⁴ Vide RG 58 116; 74 375; 76 140 (apud ALBERO, 1995, p. 264).

A teoria da concepção natural de vida foi adotada e desenvolvida pelo Tribunal Federal Alemão e, por parte da doutrina daquele país¹²⁵, passou-se a apontar também um requisito subjetivo para que o sucesso fático pudesse ser visto pelo hipotético observador imparcial como uma unidade. Além da conexão espacial e temporal, passou-se a entender necessária também a presença de uma unidade volitiva, referida em decisões do Tribunal Federal Alemão de distintas formas, ora como uma resolução unitária através das quais as ações em sentido natural foram guiadas (*einheitliches Tatenschlusses*); ora como um plano em que as ações se inseriram (*Planungszusammenhang*); ora como uma resolução volitiva unitária (*einheitlicher Willensentschluß*); ora como uma vontade homogênea de ação para todos os atos (*ein für alle Taten gleichartiger Handlungswille*) ou ora como a persecução de um fim unitário (*Verfolgung eines einheitlichen Zieles*). Por fim, também se chegou a fazer referência à necessidade de aparência objetiva unitária dos distintos atos (*objektive Erscheinungsbild*), isto é, que os atos praticados tivessem uma natureza homogênea¹²⁶.

Embora a jurisprudência e a doutrina tenham oscilado quanto aos pressupostos dessa teoria, pode-se dizer, de maneira geral, que ela reconhece a unidade de ação quando as ações em sentido natural são praticadas com uma intenção comum e em um contexto de comportamento homogêneo, em estreita conexão temporal-espacial, aparecendo como uma unidade para um espectador, segundo uma valoração social da conduta. Trata-se, assim, de um conceito de unidade de ação estritamente naturalístico, que prescindir de qualquer referência normativa.

A unidade de ação em função da concepção natural de vida foi originalmente e ainda é frequentemente denominada de “unidade natural de ação” (*natürliche Handlungseinheit*), termo utilizado pela primeira vez na decisão RG 37, 137, do Tribunal Imperial Alemão (MAIWALD, 1962, p. 11). Ressalta-se, todavia, que a esse termo foram dados diversos significados ao longo dos anos, sendo ele utilizado pela doutrina majoritária, atualmente, em sentido distinto do que lhe era originalmente atribuído e que optamos por denominar, aqui, como teoria da concepção natural de vida.

3.1.6 Teoria da unidade típica de ação

¹²⁵ Cf. García Albero (1995, p. 264).

¹²⁶ Vide Maiwald (1962, p. 74-75), Stratenwerth (2005, p. 449-450), Wessels (1976, p. 174-175), Jescheck; Weigend (2002, p. 765), García Albero (1995, p. 264-265), Aisa (2004, p. 371-372), Cuerdo Riezu (1997, p. 345-346), Torres (2012, p. 77) e Calderón Cerezo (1995, p. 148-149).

A doutrina estrangeira majoritária, atualmente, a par de manter o conceito de ato ou ação em sentido natural como ponto de partida da delimitação do conceito de unidade de ação, utiliza critérios baseados nas normas penais para definir quando uma pluralidade de atos ou ações em sentido natural pode ser tida como unidade de ação, de acordo com a teoria da unidade típica de ação (*tatbestandliche Handlungseinheit*).

Embora seja apresentada com pequenas variações entre autores, a unidade típica de ação tem por base a ideia de que uma pluralidade de ações, em sentido natural, pode constituir uma ação unitária do ponto de vista jurídico, se as características dos tipos praticados indicarem que as ações em sentido natural estão inseridas em uma unidade de valoração jurídica, representando um injusto unitário¹²⁷. Como assevera Mir Puig (1995, p. 722), “*la descripción típica opera, pues, como una plantilla que recorta un determinado fragmento de actividad humana y permite considerarla constitutiva de una unidad de hecho*”.

Dentro dos casos de unidade típica de ação, promove costumeiramente a doutrina a diferenciação entre a chamada unidade típica de ação em sentido estrito e a unidade típica de ação em sentido amplo.

A unidade típica de ação em sentido estrito compreende as hipóteses em que o tipo penal exige a apreciação dos diversos atos em uma unidade de conduta. Há unidade típica de ação em sentido estrito, assim, quando a conduta do agente se limita a cumprir os pressupostos mínimos do tipo penal; quando os atos se caracterizam como atos típicos de um crime que exige a realização de diversos atos (delitos plurissubsistentes); ou quando se trata de crime permanente, habitual ou de tipo misto alternativo¹²⁸.

Diferentemente da unidade típica em sentido estrito, a unidade típica de ação em sentido amplo não exige a reunião dos atos em uma unidade, mas permite que isso ocorra. A unidade típica em sentido amplo, assim, permite reconhecer unidade de ação frente a determinados atos que, isoladamente, já são suficientes para caracterização de tipicidade¹²⁹, hipótese, por exemplo, do cometimento de delitos complexos (realização progressiva do tipo) ou da prática reiterada, em um pequeno lapso temporal e dentro da mesma situação motivacional, de condutas que realizam, diversas vezes, o mesmo tipo penal (realização iterativa do tipo) quando representam um aumento meramente quantitativo na ofensa ao bem jurídico. A repetição das condutas típicas, nesses casos, não apresenta um conteúdo de injusto

¹²⁷ Vide, dentre outros, Wessels (1976, p. 174), Bacigalupo (1999, p. 583), Cuerdo Riezu (1997, p. 351-352), Choacán Montalvo (1997, p. 11-12), Jubert (1992, p. 616) e Torres (2012, p. 77).

¹²⁸ Cf. Jescheck; Weigend (2002, p. 766-767), Stratenwerth (2005, p. 449), Ramacci (2013, p. 463), Tavares (2012, p. 4), Torres (2012, p. 77), Sanz Morán (1995, p. 237) e Maurach (1976, p. 426).

¹²⁹ Cf. Maurach (1976, p. 423), Mir Puig (1995, p. 724), Aisa (2004, p. 375-376), Torres (2012, p. 77) e Sanz Morán (1995, p. 237).

próprio, pois estão todas ligadas às demais pela existência de um mesmo contexto, como se dá ante os atos praticados em um crime de rixa, de estupro, quando vários golpes são desferidos sucessivamente para lesionar uma vítima, quando várias palavras são proferidas para injuriar alguém etc¹³⁰.

Alguns autores alemães se referem à unidade típica de ação (em sentido estrito e amplo) como “unidade de ação jurídica”¹³¹, em função da unificação das condutas se basear em um critério normativo. A jurisprudência e a maior parte da doutrina alemãs, contudo, resguardam a utilização desse termo para denominar os casos de continuidade delitiva¹³². A unidade típica de ação em sentido amplo, ainda, também é aludida como “unidade natural de ação” (*natürliche Handlungseinheit*)¹³³. Apesar da existência de outros sentidos para o termo “unidade natural de ação”, o único sentido tido como válido pela doutrina majoritária é o que a entende como sinônimo de unidade típica de ação em sentido amplo.

3.1.7 Unidade de ação decorrente de identidade parcial dos atos executórios

Conforme visto anteriormente, pelo requisito da unidade de ação, tem-se entendido, no Brasil, que os atos típicos dos crimes concorrentes devem se sobrepor completamente, de forma que a ação unitária abarque toda a conduta prevista nos tipos¹³⁴.

Na doutrina alemã, o entendimento de haver necessidade de identidade total entre as condutas típicas foi há muito tempo abandonado, reconhecendo-se unidade de ação também nos casos em que a identidade entre as ações típicas é apenas parcial. Entende-se que as ações dos crimes concorrentes podem ter apenas um ato executivo típico em comum, sendo os demais atos distintos entre si. A zona de interferência entre as ações executivas do tipo, assim, pode ser representada não apenas por círculos concêntricos (identidade total), mas também por círculos secantes (identidade parcial).

Como informa Maiwald (1962, p. 15), essa concepção teve origem em uma decisão do Tribunal Imperial Alemão (RG 32, 137), em que se afirmou que, para caracterização do concurso formal de crimes,

¹³⁰ Cf. Jescheck; Weigend (2002, p. 767), Maurach (1976, p. 423) e Mir Puig (1995, p. 724).

¹³¹ Nesse sentido Wessels (1976, p. 174).

¹³² Cf. Aisa (2004, p. 375) e García Albero (1995, p. 267).

¹³³ Jescheck; Weigend (2002, p. 768).

¹³⁴ Frederico Marques (1965, p. 347), Lyra (1955, p. 416), Masson (2010, p. 687), Bitencourt (2010, p. 680), Aníbal Bruno (1959, p. 287) e Fragoso (1983, p. 343).

*ist erforderlich, daß die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig, so doch zu einem Teil dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikt mitwirkt*¹³⁵.

A fórmula criada pelo Tribunal Imperial Alemão foi introduzida na doutrina alemã por Honig (1925, p. 40 apud ALBERO, 1995, p. 271)¹³⁶, passando então a ser majoritário naquele país o entendimento de que, para que exista unidade de ação, basta a mera identidade parcial dos atos típicos executivos que conformam a base dos crimes concorrentes¹³⁷. Essa concepção se tornou majoritária na doutrina espanhola¹³⁸ e também encontrou eco na doutrina italiana¹³⁹. No Brasil, este entendimento foi adotado recentemente por Juarez Tavares (2012, p. 5), Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 402) e Frederico Horta (2007, p. 60).

Como ressalta Aisa (2006, p. 109 e 128), este critério não possui alicerce naturalístico, mas jurídico:

Ao contrário do critério da unidade natural, esta fórmula parte de uma consideração jurídica porque usa o conceito “ação executiva”, que se refere aos atos relevantes para a realização do tipo e, conseqüentemente, cujo conteúdo depende do tipo aplicável (...). Para que se possa admitir tal identidade parcial não basta a simultaneidade nem a pura coincidência externa dos processos típicos de execução. Tem que se produzir uma verdadeira interseção objetiva das ações de execução. As diferentes descrições típicas têm um âmbito de referência no que se superpõem. Trata-se não tanto do entrelaçamento parcial das ações naturais, mas de sua síntese numa unidade de valoração jurídica.

Tem se entendido, ainda, que os atos executivos típicos são aqueles praticados a partir do início da execução do delito (pelo que a teoria da tentativa, com a distinção entre os atos preparatórios e o início da execução, possui fundamental relevância para a definição da

¹³⁵ “É necessário que os atos volitivos, por meio dos quais o tipo penal de diversas ações puníveis é realizado, coincidam ou totalmente, ou em parte, de forma tal que pelo menos uma parte da ação única acarrete o preenchimento do tipo penal de ambos os delitos.” (tradução de Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta).

¹³⁶ “*Handlungseinheit ist (von den Regelfällen abgesehen) dann anzunehmen, wenn wenigstens eine der Willensbetätigungen durch welche die Tatbestände verschiedener strafbarer Handlungen verwirklicht werden, den in Betracht kommenden Tatbeständen gemeinsam unterfällt*” (“Deve-se assumir/aceitar a existência da unidade de ação (para além dos casos ordinários), portanto, quando ao menos um dos atos volitivos por meio dos quais diversos tipos penais foram realizados cause/implique o preenchimento concomitante dos tipos penais observados/analizados/em consideração” - tradução de Betânia Côrtes de Queiroz Caixeta) (HONIG, 1925, p. 27 apud CORREIA, 1945, p. 53).

¹³⁷ Nesse sentido Maurach (1976, p. 449), Wessels (1976, p. 177), Stratenwerth (2005, p. 448), Jescheck; Weigend (2002, p. 775); Welzel (1976, p. 317) e Maiwald (1962, p. 100).

¹³⁸ Cf. Sanz Morán (1995, p. 212-213), Quintero Olivares (1996, p. 422), García Albero (1995, p. 317-318) e Aisa (2006, p. 128). Mir Puig (1995, p. 731) também adota esse posicionamento, excetuando-o, todavia, nos casos de concorrência de crimes de resultado material.

¹³⁹ Cf. Ranieri (1975, p. 133) e Fiore (1997, p. 139).

unidade de ação) e perduram não apenas até a sua consumação, mas até a sua conclusão, isto é, até o término da situação de lesão ou de perigo para o bem jurídico¹⁴⁰. Nesse sentido, exemplificam Jescheck e Weigend (2002, p. 776-777) haver concurso formal no caso de um roubo a banco em que são tomados reféns para que os criminosos assegurem o produto do crime ou no caso em que se pratica um furto seguido de embriaguez ao volante para salvaguarda da *res furtiva*.

Como a identidade parcial geradora de concurso formal não se relaciona com a mera identidade temporal dos atos, mas apenas com a identidade dos atos executivos típicos, na concorrência em que um dos crimes é permanente, haverá unidade de ação quando o crime instantâneo servir ao alcance ou à manutenção do estado de permanência, v. g. as lesões corporais praticadas por um invasor de uma casa contra o seu proprietário, para se manter no local. Aponta-se haver unidade de ação, também, quando o crime permanente for cometido para prática de um crime instantâneo, como no caso de porte ilegal de arma de fogo para prática de um roubo.

Por fim, a identidade dos atos executivos típicos se mostra clara em casos de concorrência de dois ou mais delitos permanentes, como no caso em que um motorista que está com a habilitação para condução suspensa dirige seu veículo com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, tipificando os artigos 306 e 307 do Código de Trânsito brasileiro¹⁴¹.

A doutrina majoritária rejeita a possibilidade de identidade total ou parcial de atos executivos típicos entre crimes comissivos e omissivos, com base na alegação de que a ação e a omissão nunca coincidem total ou parcialmente, mas apenas temporalmente¹⁴². Alguns autores, todavia, reconhecem essa possibilidade, conforme veremos adiante ao tratar especificamente sobre a omissão.

3.1.8 Unidade de ação por efeito de enganche

O reconhecimento de unidade de ação não apenas quando os atos executivos típicos coincidem totalmente, mas também parcialmente, traz consigo um interessante problema oriundo da possibilidade de que dois crimes tenham atos executivos típicos, absolutamente

¹⁴⁰ Jescheck; Weigend (2002, p. 776-777), Stratenwerth (2005, p. 460-461), Zaffaroni (1999, p. 556) e Aisa (2004, p. 406).

¹⁴¹ Em sentido semelhante veja-se Wessels (1976, p. 178), Jescheck; Weigend (2002, p. 778) e Maurach (1976, p. 450-451).

¹⁴² Cf. Jescheck; Weigend (2002, p. 779) e Aisa (2004, p. 411-412).

independentes entre si, mas tenham, ambos, um ato executivo em comum com um terceiro crime. A existência de crimes com identidade parcial de atos apenas com um terceiro delito teria, por consequência, o reconhecimento de que os crimes independentes concorrem, simultaneamente, em concurso formal (com o terceiro delito) e em concurso material (entre si), criando um dilema sobre a forma de aplicação da pena.

Para resolver tais situações, a jurisprudência e grande parte da doutrina alemãs passaram a seguir uma teoria criada pelo Tribunal Imperial Alemão no início do século XIX, que reconhece no delito com atos comuns aos demais independentes entre si, o que denominou de “efeito de enganche” (*Klammerwirkung*)¹⁴³, pelo qual todos os crimes são tratados pelas regras do concurso formal¹⁴⁴.

A unidade de ação por efeito de enganche é mais comum quando o crime que engancha os demais possui natureza permanente, o que ocorre, segundo exemplo da doutrina, quando um sequestrador pratica lesão corporal para consumir um sequestro e profere ameaças à vítima para mantê-la em privação de liberdade. Ainda assim, aponta-se ser possível o enganche também quando o crime de enganche é um crime continuado, por exemplo, em um estelionato em continuidade delitiva em que um ato caracteriza uso de documento falso e outro ato caracteriza colocação em circulação de moeda falsa, ou quando a execução do crime se protraí no tempo, como em um roubo em que o agente lesiona uma vítima e, em seguida, lesiona outra (CARAMUTI, 2010, p. 139).

Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, todavia, o efeito de enganche ocorre apenas quando o conteúdo de injusto dos crimes enganchados é próximo do conteúdo de injusto do crime que serve como gancho (*annähernde Wertgleichheit*) ou quando o delito-gancho possui conteúdo de injusto mais grave do que o dos crimes independentes. A verificação da possibilidade de enganche é feita com base na gravidade do caso concreto, e não por meio da pena abstratamente cominada ao delito (JESCHECK;WEIGEND, 2002, p. 777). Sendo a gravidade concreta do delito-gancho menor do que a de algum dos delitos enganchados, não seria possível se falar em unidade de ação¹⁴⁵. Ainda assim, a jurisprudência alemã mais recente tem admitido o efeito de enganche mesmo quando um dos delitos enganchados possui gravidade maior do que o delito que serve como gancho (JESCHECK;WEIGEND, 2002, p. 777).

¹⁴³ Este efeito também aparece denominado como efeito de abraço, efeito de enlace, efeito de ligação ou efeito de sujeição.

¹⁴⁴ Nesse sentido Jescheck; Weigend (2002, p. 777), Maurach (1962, p. 452). Cf. Aisa (2004, p. 412), García Albero (1995, p. 311), Mir Puig (1995, p. 731), Torres (2012, p. 48-49) e Sanz Morán (1995, p. 213).

¹⁴⁵ Aduzem dessa forma Wessels (1976, p. 178), Jescheck; Weigend (2002, p. 777) e Maurach (1962, p. 452).

A unidade de ação por efeito de enganche é criticada por subverter o ponto de partida inicial para reconhecimento de concurso formal, incluindo nessa modalidade concursal crimes que não possuem nenhum ato executivo típico em comum, além de premiar o criminoso que pratica um delito adicional (delito de enganche) com a diminuição da pena cabível aos demais delitos¹⁴⁶. Para Jakobs (1983, p. 1106-1107 apud TORRES, 2012, p. 51), a solução para o problema seria apreciar um concurso material entre os delitos independentes e utilizar a pena resultante em concurso formal com o delito-gancho. Conforme elucida este autor, “*hay que establecer una pena para los delitos en pluralidad de acciones de acuerdo con las reglas del concurso real, sin tener en cuenta la unidad de acción con el delito común*”, e, em seguida, “*completar la pena a la que se ha llegado, que tiene en cuenta a todos los delitos en pluralidad de acciones, con el concurso ideal, que existe una vez, con el delito común*”.

3.1.9 Teoria do parentesco de injustos

Recentemente, Puppe (1979 apud ALBERO, 1995, p. 262) propôs uma teoria acerca do concurso formal de crimes em que afirma a inépcia da unidade de ação como fundamento ou ponto chave para a aferição dessa forma de concurso, advogando que o concurso formal deve se assentar sobre o conceito de parentesco de injustos (*Unrechtsverwandschaft*).

Segundo Puppe (1979, p. 170 e ss. apud AISA, 2004, p. 235-236), tal parentesco existe se um mesmo elemento de injusto está contido em dois ou mais tipos. O elemento “engano”, por exemplo, está presente tanto no estelionato como na falsidade documental, o que imbuí na relação de parentesco entre esses tipos. Ainda, pode se dar parentesco se um elemento típico possui uma diferenciação próxima de um elemento de outro tipo, como ocorre entre o estupro e a lesão corporal, ou se um elemento dos tipos é especial em relação ao elemento de outro (1979, p. 154 apud ALBERO, 1995, p. 280-281).

O critério do parentesco de injusto é complementado pelo critério da identidade total ou parcial dos atos executivos típicos. Ao contrário do entendimento tradicional, todavia, a identidade total ou parcial dos atos executivos típicos, para Puppe (1995 apud AISA, 2004, p. 240), está ligada à coincidência das ações executivas típicas e também à sua simultaneidade, de forma a englobar, de maneira igualitária, condutas comissivas e omissivas.

Para a autora, quando há identidade entre os elementos dos tipos em concorrência, a sobreposição valorativa não se restringe a apenas uma parte dos injustos, mas se estende a

¹⁴⁶ Cf. Sanz Morán (1995, p. 213) e Torres (2012, p. 134).

eles como um todo. A identidade parcial das realizações típicas, assim, não daria ensejo a uma identidade parcial de injusto ou a uma sobreposição valorativa parcial, senão total, uma vez que a identidade de qualquer elemento entre os tipos resulta na ampliação do parentesco à totalidade de sua extensão, dando origem a um conteúdo de injusto unitário (1979, p. 199 apud ALBERO, 1995, p. 281).

Existindo entre os crimes em concurso formal um injusto unitário, a aplicação cumulativa das penas implicaria uma indevida dupla valoração. A razão de ser do concurso formal, com sua forma de punição distinta, portanto, se assentaria no princípio *non bis in idem* material (1979, p. 13 apud ALBERO, 1995, p. 261). Evitar a violação a esse princípio, para Puppe, seria justamente a intenção do § 52 do Código Penal alemão, no qual se estabelece, como punição para essa modalidade concursal, o critério da combinação, pelo qual se leva em consideração uma única pena, mas que parte da maior pena máxima entre os crimes associada à maior pena mínima, podendo ser formado assim um marco penal oriundo de tipos distintos. Os elementos do tipo com pena menos grave que não são comuns ao tipo com pena mais grave, de acordo com Puppe, devem ser considerados como agravantes dentro da dosimetria da pena (1995 apud AISA, 2004, p. 236).

A teoria de Puppe acerca do concurso formal não encontrou adesão doutrinária, tendo sido criticada por ser imprecisa e confusa, além de não conseguir abrir mão da necessidade de definição de critérios temporais aptos a apontar uma unidade de conduta, razão pela qual não traria nenhum benefício. Argumenta-se, ainda, ter sido essa concepção construída como tentativa de justificar a imposição de uma única pena para o concurso formal¹⁴⁷.

3.1.10 Unidade de ação nos crimes omissivos

Embora o termo “ação” seja utilizado nos textos sobre concurso de crimes quase sempre em sentido amplo, isto é, como conglobante da ação positiva e da ação negativa (omissão), a definição da unidade de conduta nos crimes omissivos encara peculiaridades que demandam alguns apontamentos próprios.

Em termos gerais, para definir a unidade de conduta nos crimes omissivos - em outras palavras, a unidade de omissão -, tem-se aplicado um raciocínio análogo ao da identidade total ou parcial das ações executivas típicas, partindo-se da hipotética identidade da ação omitida que dá lugar às figuras omissivas concorrentes. Conforme define Nino (1982, p. 305):

¹⁴⁷ Cf. García Albero (1995, p. 285) e Aisa (2004, p. 238).

Lo que sí supone es que, en el caso de la omisión de acciones positivas, el agente no realiza los movimientos corporales que materializarían la descripción relevante de la acción omitida.

Esta caracterización del concepto de omisión propia sugiere bastante claramente cuál es el criterio adecuado para individualizar omisiones: si la materialización de diversas descripciones de acción se haría mediante los mismos movimientos corporales, la no satisfacción de tales descripciones por falta de realización de esos movimientos conduce, cuando se dan las restantes condiciones, a una única omisión, aunque la omisión en cuestión pueda ser descrita de diversas formas, recurriendo a las descripciones bajo las cuales la acción era habitual u obligatoria. Así, si alguien no cumple con su obligación de hacer el servicio militar no presentándose al cuartel el día en que debía hacerlo, no incurre en dos omisiones – la de no hacer el servicio militar y la de no presentarse al cuartel ese día -, sino en una sola omisión, puesto que la misma actividad física materializaría las dos descripciones de la conducta exigida.

Nos crimes omissivos impróprios, entende-se haver unidade de omissão quando os diversos resultados materiais poderiam ter sido impedidos pelo garante mediante a realização de uma mesma ação, como no exemplo de Wessels (1976, p. 174) de um trem que atropela um grupo de trabalhadores situados conjuntamente sobre os trilhos porque o funcionário responsável em dar o sinal de advertência assim não o fez.

Se após a produção de um dos resultados fosse possível ao agente evitar outro, considera-se existir uma nova conduta omissiva¹⁴⁸. Conforme afirmam Jescheck e Weigend (2002, p. 769),

En los delitos de omisión hay que proceder con los mismos principios. Si, contrariamente a su deber de garante, el autor omite evitar varios resultados típicos (delito de omisión impropia) entonces hay que aceptar una omisión si por medio de una sola acción habría podido evitar todos aquéllos. En cambio, concurren varias omisiones si tras el acaecimiento de uno de los resultados hubiera sido todavía posible el impedimento de otros.

Sobre a pluralidade de omissões decorrente da possibilidade de evitação sucessiva dos resultados também evitáveis por meio de uma única ação, Nino (1982, p. 306-307) assevera que:

Supongamos ahora que alguien hubiera podido materializar varias descripciones de acciones exigidas tanto mediante los mismos movimientos corporales como en virtud de secuencias diferentes de tales movimientos: ¿ incurre él en una sola o en varias omisiones? (...) Claro está que cuando

¹⁴⁸ Jescheck; Weigend (2002, p. 769), Fiandaca; Musco (1989, p. 489-490), Aisa (2006, p. 113-114), Wessels (1976, p. 174), Zaffaroni (1999, p. 538), Torres (2012, p. 58-59) e Nino (1982, p. 305).

hasta cierto momento hubo esa posibilidad, pero luego ya no la hay, puesto que se precluyó la oportunidad de realizar una de las acciones mientras subsiste alguna oportunidad para realizar la otra (...), entonces la omisión – y el consentimiento – se desdobra: cuando el individuo dejó pasar la oportunidad que era la última para la realización de una de las acciones pero no de la otra, omitió sólo la primera acción y consintió las consecuencias de tal omisión; sólo cuando deja pasar la última oportunidad para realizar la segunda acción incurrir en una segunda omisión y presta un nuevo consentimiento a asumir consecuencias penales. Es decir que la posibilidad de satisfacer varias descripciones de acción mediante los mismos movimientos corporales que es relevante para determinar la unidad de la omisión, es la que se da en la última oportunidad de acción.

No mesmo sentido, nos crimes omissivos próprios haverá unidade de omissão se os diversos mandatos de ação só pudessem ter sido cumpridos simultaneamente. Havendo possibilidade de cumprimento sucessivo, existirão tantas omissões quanto oportunidades perdidas para cumprimento dos mandatos (TAGLE, 2001, p. 265)¹⁴⁹.

A possibilidade de existência de concurso formal entre crimes omissivos é negada por Vives Antón (1981, p. 19 e ss. apud AISA, 2006, p. 114). Para esse autor, a omissão não se baseia no ato positivo omitido, mas na frustração da situação de espera oriunda da situação de perigo, pelo que haverá tantos fatos omissivos quanto deveres de agir. No mesmo sentido, González Cussac (1996, p. 441 apud TORRES, 2012, p. 338) afirma que, se a omissão é idealizada normativamente, existirão tantas omissões quanto mandatos de ação descumpridos.

O concurso formal entre um crime omissivo e outro comissivo, por outro lado, tem sido rechaçado por grande parte da doutrina, sob o entendimento de que condutas omissivas e comissivas podem até possuir identidade temporal, mas não se sobrepõem¹⁵⁰. Alguns, todavia, excepcionam esse entendimento afirmando a possibilidade de concorrência formal quando um dos crimes praticados possui natureza permanente e o outro crime é realizado para a manutenção desse estado antijurídico¹⁵¹.

Por fim, existe posicionamento na doutrina no sentido de poder haver concorrência entre delitos omissivos e comissivos mesmo sem a intervenção de um dos delitos permanente. Nessa linha, Jakobs (1983, p. 1104 apud TORRES, 2012, p. 59) afirma que

el que infringe un mandato no sólo al mismo tiempo que una prohibición, sino que en lugar de cumplir el deber no observa una prohibición, comete y omite en unidad de acción, porque en su comportamiento se pone de manifiesto una doble incorrección jurídica: el comportamiento tiene la

¹⁴⁹ No mesmo sentido Jescheck; Weigend (2002, p. 769), Fiandaca; Musco (1989, p. 489-490), Wessels (1976, p. 174), Zaffaroni (1999, p. 538), Aisa (2006, p. 113-114 e Torres (2012, p. 337-341).

¹⁵⁰ Nesse sentido Torres (2012, p. 337-341).

¹⁵¹ Jescheck; Weigend (2002, p. 779) e Caramuti (2010, p. 149).

imagen de una infracción de un mandato y al mismo tiempo no presenta la del cumplimiento de un deber.

Jakobs (1983, p. 911 apud AISA, 2004, p. 115) exemplifica, citando a hipótese de um médico, que, por culpa própria, ao invés de realizar em um determinado paciente uma cirurgia para curar fortes dores, realiza-a em uma pessoa distinta, sã, lesionando, em unidade de conduta, o paciente enfermo e a pessoa sã. Segundo ele, seria possível se falar em unidade de conduta, ainda, no caso de um casal de pais embriagados que dirigem até sua casa, em lugar de providenciar assistência médica para o filho gravemente doente¹⁵².

Zaffaroni adota o mesmo entendimento de Jakobs, aduzindo haver concurso formal de crimes quando alguém, ao se deparar com uma pessoa em situação de perigo, não apenas não a socorre como também furta-lhe a carteira.

3.1.11 Unidade de ação nos crimes imprudentes

Nos crimes imprudentes de resultado, aparecem formulados, na doutrina, alguns critérios adicionais para reconhecimento da unidade de ação, notadamente nas hipóteses de consumação sucessiva dos crimes.

Aprecia-se ação única sempre que o autor tiver produzido um único resultado, independentemente de sua ocorrência advir de uma ou várias violações do dever objetivo de cuidado. Além da ação única, existe também, nesses casos, uma única realização do tipo, pelo que ocorre tão somente um crime único¹⁵³.

Perante a ocorrência de vários resultados, para a contagem de ações, deve-se verificar se o autor teve ou não a possibilidade de voltar a observar o dever objetivo de cuidado no intervalo de tempo situado entre a ocorrência dos resultados. Jescheck e Weigend (2002, p. 768-769) ilustram o raciocínio da seguinte maneira: se o veículo do autor patina na pista e imediatamente produz lesões em várias pessoas sucessivamente, haverá unidade de ação. Se dirigindo imprudentemente, por outro lado, o autor produz três acidentes em um largo intervalo de tempo, haverá pluralidade de ação¹⁵⁴. Nos delitos imprudentes de simples atividade, aplica-se o mesmo raciocínio, identificando-se a pluralidade da conduta se, entre o

¹⁵² No mesmo sentido Caramuti (2010, p. 148).

¹⁵³ Aisa (2006, p. 112), Aggeo (2007, p. 137-138), Jescheck; Weigend (2002, p. 768-769).

¹⁵⁴ No mesmo sentido Aisa (2006, p. 112) e Bettiol (1971, p. 319-320).

espaço de tempo das realizações típicas, o autor teve condições de cumprir com o dever objetivo de cuidado¹⁵⁵.

Embora se admita de maneira quase unânime o concurso formal de crimes imprudentes, alguns autores adotam entendimento oposto, como consequência de uma determinada concepção dos delitos imprudentes que localiza o resultado nesses delitos fora do injusto, entendendo que *“el resultado de la acción imprudente constituye una condición objetiva de punibilidad, dado que el autor no necesita haber tenido ninguna conciencia de su realización”* (BACIGALUPO, 1999, p. 348). Seguindo essa lógica, Calderón Cerezo (1995, p. 146) aduz que o desvalor nos crimes imprudentes se refere à conduta contrária ao dever objetivo de cuidado, pelo que não importa o desvalor do resultado, apenas o da ação. Por isso, a infração do dever de cuidado seria o único critério relevante para aferição da quantidade de condutas: uma única violação do dever de cuidado dará lugar a um crime único e a plural violação ensejará o concurso material de crimes.

3.1.12 A definição da unidade de ação na doutrina e na jurisprudência brasileiras

A colocação e a sistematização de critérios para aferição da unidade de ação é objeto de poucos estudos mais aprofundados na doutrina brasileira. É praticamente unânime, todavia, o reconhecimento da unidade de ato, entendido por unidade mínima prejurídica de conduta, como caracterizadora de unidade de ação.

O reconhecimento da unidade de ação em casos de pluralidade de atos, a partir disso, não encontra univocidade. Apesar de considerável parte da doutrina não tecer comentários sobre como se deve identificar a unidade de ação, em alguns autores se encontra uma inclinação pela utilização do elemento subjetivo do agente como critério para unificação de atos em uma ação. Segundo Basileu Garcia (1952, p. 504), *“a unidade de resolução é o elemento preponderante, ao analisar-se a unidade de ação”*. No mesmo sentido, opinam Fragoso (1983, p. 344) e Aníbal Bruno (1959, p. 292).

Outros autores seguem a definição welzeliana de unidade de ação, de base mista, que parte dos fatores subjetivo (finalidade da ação) e normativo para unificação. Nesse grupo se encontram, além de Andreucci (1975, p. 100-101) e Reale Júnior (2012, p. 432), Prado (2010, p. 584-585), que definem que *“a unidade de ação jurídico-penal é determinada por ambos os fatores: a proposição de um fim voluntário (fator finalista) e a valoração jurídico-social*

¹⁵⁵ Jescheck; Weigend (2002, p. 768-769), Zaffaroni (1999, p. 538), e Aisa (2006, p. 112).

através dos tipos penais (fator normativo)”, Mestieri (1990, p. 312), para quem “devemos distinguir, na dinâmica da ação, dois fatores fundamentais – o fator finalista e o fator normativo, para evidenciarmos a existência ou não de unidade de ação” e Bezé (2001, p. 29-30), para quem, “para que haja uma conduta única, deve-se necessariamente buscar a existência de unidade de resolução, de finalidade (...); no entanto, é fundamental que exista um fator normativo que converta essa resolução única numa unidade de desvalor”.

Outros autores, como Nucci (2011, p. 509), adotam o fator normativo como determinante de unidade de ação, mencionando apenas que esse conceito deve ser interpretado à luz do texto legal.

A falta de desenvolvimentos mais específicos desses critérios pela doutrina, contudo, faz com que as pautas para definição da unidade de ação se mantenham excessivamente abstratas, razão pela qual acabam convergindo muitos autores, ainda que de maneira inconsciente, em um reconhecimento naturalístico da unidade de ação, por via de uma consideração social de valor pela qual se identifica a conduta como uma.

Juarez Tavares (2012, p. 4), Juarez Cirino dos Santos (2010, p. 400) e Frederico Horta (2007, p. 44, 60), recentemente, promoveram uma abordagem mais profunda da questão, inserindo na doutrina nacional critérios adotados no direito comparado, notadamente na Alemanha, para definição do conceito de unidade de ação.

No que se refere à jurisprudência, destaca-se a carência de critérios consolidados para conformação da unidade de ação, referindo-se desde à exigência da prática de atos dentro de um mesmo contexto (BRASIL, 2011), até à necessidade de realização exclusiva de um único ato. Nesse último sentido, dentre todas as interpretações, a que impõe a maior restrição ao campo de incidência do concurso formal, manifestou-se o Ministro Marco Aurélio no julgamento da Ação Penal nº 470 (caso do Mensalão) pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011, p. 7037-7038): “afastamos de início o concurso formal, já que houve a prática de vários atos – e ele exige prática de ato comissivo ou omissivo único”.

3.1.13 Nossa posição sobre o conceito de unidade de ação

O concurso de crimes ou, na expressão de Nino (1982, p. 283), a “aritmética dos delitos”, sempre teve como ponto central e mais controvertido a contagem das ações. Apenas a unidade de ação decorrente da existência de um único ato (ação em sentido natural) é aceita de maneira quase unânime pela doutrina.

Uma pequena parcela da doutrina, contudo, mostra o equívoco dessa compreensão que afirma a existência de uma unidade de ação prejurídica, ontológica, totalmente independente da norma penal. Conforme ensina Graf Zu Dohna (1958, p. 100-101):

una observación superficial muestra que es posible dividir cualquier acción en innumerables actos aislados y que, igualmente, es fácil, desde algún punto de vista, reunir un sinnúmero de actos aislados en una unidad. Piénsese, por ejemplo, en un viaje alrededor del mundo. Para el Criminalista hay un solo punto de vista imaginable para delimitar una acción frente a otra: la concreción de un tipo legal. (...) No es de significación el número de acciones naturales.

No mesmo sentido é a posição de Gimbernat Ordeig (1990, p. 270 apud AISA, 2006, p. 103):

Uma concepção que amarra a qualificação da ação a cada movimento corporal está irremediavelmente condenada ao fracasso. Isto porque já podemos fazer exame do movimento corporal que queremos: sempre poderemos dividi-lo em dois movimentos corporais mais breves ainda; e assim sucessivamente ad infinitum: a nova subdivisão nos fará ver, cada vez, que ainda não tínhamos alcançado a unidade da ação independentemente procurada.

Como afirmou Beling (1906, p. 334 apud GARCÍA ALBERO, 1995, p. 264), as ações “*fluyen como un río unas junto a otras, y del mismo modo que no es posible contar las distintas gotas de un río, tampoco es posible contar las concretas acciones de la vida humana*”. García Albero (1995, p. 264-265) pondera, então, que se decisiva é a eleição do parâmetro para mensurar em termos de unidade ou pluralidade a contínua conduta do agente, deve esse parâmetro ser o Direito Penal, através do sentido dos tipos. Nesse sentido, também aponta, com bastante clareza, Correia (1945, p. 33, 112), afirmando que os aspectos exteriores da conduta podem sempre ser divididos em atos menores, e que o único critério legítimo para o apontamento da unidade ou pluralidade da ação vem do tipo penal, portador da valoração jurídico-criminal.

Rechaçando, portanto, a existência de valorações prejurídicas na definição do conceito de unidade de ação, consideramos que o conceito de unidade de ação no marco do concurso formal de crimes deve ser aferido por meio da identidade parcial dos atos executivos típicos, aliada à unidade típica de ação em sentido estrito e em sentido amplo. Ao se tomar a identidade dos atos executivos como caso de unidade de ação, evita-se a influência naturalística, uma vez que a identidade se refere aos atos que formam a base do tipo, isto é,

parte-se da interferência entre as áreas objetivas das normas concorrentes. A complementação pela unidade típica de ação se dá, conforme visto, para o reconhecimento da unidade de ação, nos casos de concurso formal homogêneo.

Para as hipóteses em que dois crimes concorrem em unidade de ação com um terceiro delito, porém, não se encontram em unidade de ação entre si, entendemos cabível o reconhecimento do efeito de enganche, aplicando-se a pena considerando todos os crimes em concurso formal.

Não entendemos cabíveis as ressalvas feitas pela doutrina alemã em relação ao desvalor maior ou aproximado do crime que serve de gancho em relação aos demais como pressuposto do efeito de enganche, uma vez que nosso ordenamento autoriza o aumento da pena no concurso formal por meio da exasperação, diferentemente da solução prevista para o concurso formal na Alemanha, de mera combinação dos marcos penais dos crimes concorrentes, que a nosso sentir constitui o motivo para referida restrição.

3.2 Pluralidade de crimes

Além da exigência de que tenha sido praticada uma única ação pelo agente, outro pressuposto do concurso formal é que, por meio dessa ação, tenha sido realizada uma pluralidade de crimes, seja pela prática de vários tipos penais distintos (concurso formal heterogêneo), seja pela prática do mesmo tipo penal várias vezes (concurso formal homogêneo). Essa exigência é pertinente, pois a unidade de ação pode vir acompanhada da unidade de realização típica, hipótese, portanto, de unidade delitiva, e não de concurso de crimes.

A prática de figuras típicas distintas pelo agente, caracterizando concurso formal heterogêneo, não traz qualquer problema nesse ponto, uma vez que é possível concluir, de imediato, a existência de pluralidade de crimes pelo fato de que cada uma das figuras concorrentes foi realizada ao menos uma vez. A análise desse pressuposto, dessa forma, restringe-se ao concurso formal homogêneo, já que, como salienta Maiwald (1962, p. 113), pela descrição do tipo penal, é possível analisar tão somente se o agente realizou a conduta proibida ou não, mas não quantas vezes isso aconteceu.

A discussão entre a existência de crime único e de concurso formal homogêneo tem por objeto central os casos de prática iterativa do tipo, que consistem na prática de vários atos, em estreita conexão temporal, suficientes por si sós para caracterização da mesma figura delitiva. Tem-se como exemplos a subtração de vários objetos em uma loja ou o desferimento

de vários golpes sucessivos em uma pessoa (AISA, 2004, p. 389; SANZ MORÁN, 2012, p. 27-28).

Para resolver essas questões, a doutrina majoritária recorre à já citada unidade típica de ação em sentido amplo (também denominada unidade natural de ação), pela qual os vários atos são considerados uma única realização do tipo “quando se baseiam em uma resolução volitiva unitária e realizam repetidamente o mesmo tipo penal em sequência direta, causando, portanto, tão-somente um aumento quantitativo do injusto unitário em uma determinada situação de fato” (WESSELS, 1976, p. 174-175)¹⁵⁶. Na doutrina italiana, esses requisitos são mencionados como requisitos da unidade de fim ou de escopo (*unicità del fine/scopo*) e da contextualidade (*contestualità*)¹⁵⁷.

Aisa (2004, p. 371-372) salienta, então, que

la función que cumple aquí el concepto de unidad típica de acción es agrupar en una unidad valorativa una serie de acciones naturales. Esta unidad excluye la aplicación de las reglas del concurso real homogéneo al no darse los requisitos exigidos por éste por existir un único hecho. Por otra parte, excluye también las reglas del concurso ideal porque la unidad típica de acción se identifica con la existencia de una única infracción legal.

A unidade delitiva se rompe em favor da existência do concurso formal de crimes, contudo, quando, por meio dos atos sucessivos, o agente lesiona bens jurídicos altamente pessoais de distintos titulares, uma vez que esses bens encontram uma individualização na representação psíquica do autor. A realização iterativa do tipo, nesses casos, deixa de caracterizar um mero aumento da gravidade do injusto e dá lugar a um desvalor próprio¹⁵⁸.

Fora dos casos em que a realização iterativa do tipo envolver bens jurídicos altamente pessoais de titulares distintos, o simples ataque a bens jurídicos de distintos titulares não possui qualquer capacidade de desfigurar a unidade delitiva. Maiwald (1962, p. 80) cita como exemplos a declamação de uma série sucessiva de injúrias contra um grupo de pessoas, a realização de uma série de atos obscenos a um grupo de crianças ou o ladrão que apanha com

¹⁵⁶ Cf. Maiwald (1962, p. 74 e ss.), Choclán Montalvo (1997, p. 11-12), Bacigalupo (1999, p. 584) e García Alberó (1994, p. 218-219).

¹⁵⁷ Fiandaca e Musco (1989, p. 489) exemplificam afirmando que a partir desses critérios “*ricorre un’azione unitaria nel caso poc’anzi accennato dell’impossessamento degli oggetti di un magazzino con più atti di sottrazione: qui infatti i diversi atti si inseriscono in un medesimo contesto e tendono a un medesimo scopo. Parimenti, si avrebbe unità di azione nel caso di chi, nel medesimo contesto, compia ripetuti atti di violenza sessuale su di una donna o più atti di corruzione sessuale nei confronti di un minore ecc*” (“Ocorre uma ação unitária no caso há pouco citado do apoderamento dos objetos de uma loja com vários atos de subtração: os diversos atos se inserem em um mesmo contexto e tendem a um mesmo escopo. Igualmente, há unidade de ação no caso de quem, no mesmo contexto realiza repetidos atos de violência sexual contra uma mulher ou vários atos de corrupção sexual contra um menor etc” – tradução livre). No mesmo sentido FIORE, 1997, p. 136.

¹⁵⁸ Nesse sentido Maiwald (1962, p. 80) e Sanz Morán (2012, p. 79-80).

atos sucessivos objetos de distintos proprietários. Em todos esses casos, segundo Maiwald, a pluralidade de vítimas não enseja uma representação psíquica distinta do agente, mas é vista apenas como intensificação de uma mesma lesão (1962, p. 80)¹⁵⁹.

Como se pode perceber, a par de diferenciar o delito único do concurso formal de crimes, a unidade típica de ação em sentido amplo exerce uma distinção também entre concurso formal e concurso material de crimes em determinados casos¹⁶⁰. Na hipótese de lesão de bens jurídicos altamente pessoais de distintos titulares na prática iterativa do tipo, ocorre a multiplicação somente das realizações típicas, e não da conduta, pelo que se reconhece concurso formal homogêneo em detrimento do concurso material homogêneo. Além disso, haverá concurso formal em detrimento de concurso material, como consequência direta da unidade típica de ação, quando um dos atos inseridos dentro da ação unificada servir como ato executivo típico de outra figura delitiva. Como ilustra García Albero (1995, p. 268), *“quien en un interrumpido acceso de cólera, destruye la instalación de un restaurante, lesionando con uno de los actos parciales – que por sí solo constituiría un delito de daños – a un comensal, realizaría un delito de daños en concurso ideal con el de lesiones”*.

3.3 Inexistência de concurso aparente de normas penais

Por meio da definição do concurso formal de crimes como caso de prática de dois ou mais crimes por meio de uma única ação, delimita-se essa forma de concurso frente ao crime único (pela existência de pluralidade de crimes) e frente ao concurso material e à continuidade delitiva (pela existência de unidade de ação).

Apesar de estarem indicados nos textos legais, no Brasil e no exterior, apenas a unidade de ação (ou de fato) e a pluralidade delitiva como requisitos para a existência de concurso formal, contudo, entendemos que só se poderá afirmar de maneira definitiva a existência desse tipo de concurso após se verificar a impossibilidade de aplicação da outra figura concursal restante, isto é, do concurso aparente. Nesse diapasão, assevera Stratenwerth (2005, p. 460) que *“se da la relación de concurso ideal o unidad de hecho (§ 52) cuando una*

¹⁵⁹ *“Nimmt der Dieb Sachen verschiedener Eigentümer durch mehrere aufeinanderfolgende Griffe weg, so erfordern die einzelnen Akte keine Änderung der psychischen Einstellung”* (“Se o ladrão subtrai objetos de diversos proprietários por meio de vários ataques sucessivos, então os atos individuais não requerem qualquer modificação da atitude psíquica” – tradução de Betânia Cortês de Queiroz Caixeta) (MAIWALD, 1962, p. 80). Percebe-se certa controvérsia no que tange à classificação da honra como bem jurídico altamente pessoal. Embora, pelos exemplos dados, se perceba que Maiwald lhe nega essa qualidade, em sentido contrário opinam Fiandaca e Musco (1989, p. 492) e Correia (1945, p. 157).

¹⁶⁰ Assim também apontam Aisa (2004, p. 375-376) e García Albero (1995, p. 121).

acción infringe varias leyes penales que no se excluyen mutuamente por vía de concurso de leyes". Igualmente, no magistério de Correia (1945, p. 13):

o apuramento da existência do chamado concurso ideal só é possível depois de previamente se estudarem e tomarem em conta as especiais relações de subordinação em que se encontram os preceitos uns relativamente aos outros quanto à sua aplicabilidade, já que só elas permitem limitá-lo e opô-lo ao chamado concurso legal ("aparente, impuro").

A colocação da inexistência de concurso aparente como o terceiro pressuposto do concurso formal de crimes, após a verificação da realização de uma pluralidade de crimes, justifica-se pela compreensão de que, no concurso aparente de normas penais, os pressupostos de aplicação das normas concorrentes são todos satisfeitos. Novamente, nos valemo-nos da lição de Stratenwerth (2005, p. 453): "*también el concurso 'improprio' es un verdadero concurso, en el sentido de que el comportamiento del autor realiza varios tipos penales*".

Como já colocado, portanto, o concurso aparente configura hipótese de convergência normativa, com unidade ou pluralidade de ação, em que um dos preceitos realizados esgota o conteúdo de desvalor do suposto fático apreciado. A não-aplicação da consequência de todas as normas concorrentes se deve à verificação, em um segundo momento, de que as normas se sobrepõem totalmente na valoração do sucesso fático, pelo que sua aplicação conjunta implicaria *bis in idem material*.

Nesse sentido, Aisa (2004, p. 196) leciona que:

el concurso de leyes presupone la realización de varios tipos, pero puesto que uno de ellos es suficiente para agotar el contenido de desvalor del hecho, los otros tipos quedan desplazados, absorbidos por el tipo prevalente. Dado que la aplicación de dos tipos supondría una doble valoración de un mismo contenido de injusto, o si se prefiere una infracción del principio non bis in idem, la consecuencia jurídica para el concurso de leyes en el ámbito de la determinación de la pena no puede ser otra que la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en el precepto prevalente.

Os critérios apontados no campo do concurso aparente de normas penais servem simultaneamente à identificação da ocorrência de sobreposição valorativa total entre as normas concorrentes e à solução desse problema, com a eleição da norma prevalente¹⁶¹. Assim, pelos critérios específicos do concurso aparente se verifica, a *contrario sensu*, a existência de concurso formal entre os crimes realizados.

¹⁶¹ Assim apontam Horta (2007, p. 1) e Riezu (1991, p. 861-862).

A referência aos critérios de reconhecimento de concurso aparente faz com que se caia, novamente, em um campo repleto de controvérsia doutrinária. Alguns autores entendem ser suficiente o critério da especialidade¹⁶², outros adotam os critérios da especialidade e da subsidiariedade¹⁶³ ou da especialidade e da consunção¹⁶⁴. A doutrina majoritária, contudo, se divide entre os que reconhecem os critérios da especialidade, da subsidiariedade e da consunção¹⁶⁵, e os que reconhecem, além desses, o critério da alternatividade¹⁶⁶.

A relação de especialidade (*lex specialis derogat legi generali* ou *in toto iure generi speciem derogatur*) ocorre quando uma das normas realizadas contém todos os elementos da outra norma concorrente, mais ou um elemento exclusivo, chamado de especializante. Nesses casos, todo o desvalor da norma geral encontra-se abarcado pela norma especial, que ainda traz consigo um *plus* ou um *minus* de injusto ou de culpabilidade¹⁶⁷. Peñaranda Ramos (1991, p. 36) e Cerezo Mir (2007, p. 1203) comparam as figuras em relação de especialidade a dois círculos concêntricos de raios distintos¹⁶⁸.

Para apontar a existência da relação de especialidade, alguns autores fazem menção à “técnica de subtração” (*Substraktionstechnik*), consistente na formulação de um juízo hipotético em que, eliminando-se a existência de uma das normas, sempre se verificará a qualificação do fato pela outra¹⁶⁹. Trata-se do único critério, segundo a doutrina, cuja relação de prevalência de uma das normas concorrentes se estabelece ainda em abstrato¹⁷⁰. Além disso, é também o único critério unanimemente reconhecido doutrinariamente, embora, como visto, alguns autores ampliem sua abrangência, englobando, dentro do critério da especialidade, casos tradicionalmente incluídos na subsidiariedade ou consunção.

A relação de subsidiariedade, por sua vez, é conceituada por parte da doutrina como hipótese em que se recorre a uma das normas concorrentes apenas quando outra norma, de

¹⁶² Antolisei (1997, p. 154) e Nino (1972, p. 66).

¹⁶³ Frosali (1958, p. 487) e Mantovani (1966, p. 428).

¹⁶⁴ Bustos Ramírez e Malarée (1997, p. 99) e Mezger (1957, p. 380 e ss.).

¹⁶⁵ Bacigalupo (1999, p. 572), Mir Puig (1995, p. 737), Jescheck e Weigend (2002, p. 791, p. 790 e ss.), Pimentel (1969, p. 22), Fiore (1997, p. 165), Ramacci (2013, p. 464), Fiandaca e Musco (1989, p. 504) e Delitala (1976, p. 496).

¹⁶⁶ Quintero Olivares (1996, p. 580).

¹⁶⁷ Cf. Mir Puig (1995, p. 738), Correia (1945, p. 164-165), Moliné (1994, p. 41), Asúa (1950, p. 471), Puig Peña (1955, p. 97), Peñaranda Ramos (1991, p. 36), Novoa Monreal (1966, p. 289), Ramacci (2013, p. 465), Soler (1945, p. 199) e Horta (2007, p. 88).

¹⁶⁸ Relação atípica englobada pelo critério da especialidade, como chama atenção Frederico Horta (2007, p. 117), é a da especialidade presumida das normas penais previstas em leis extravagantes em relação às previstas no Código Penal, por força do disposto no art. 12 desse diploma.

¹⁶⁹ García Alberó (1995, p. 322).

¹⁷⁰ Damásio de Jesus (1969, p. 29).

caráter primário, não pode ser aplicada (*lex primaria derogat legi subsidiariae*)¹⁷¹. Aponta-se que o caráter primário ou secundário das normas concorrentes é extraído do texto legal (subsidiariedade expressa) ou da interpretação das normas no caso concreto (subsidiariedade tácita).

Entendemos, contudo, que a mera menção de haver subsidiariedade quando uma das normas pode substituir outra, melhor colocada para apreciação do fato concreto, mas que, por algum motivo, resta inaplicável, não revela nenhum traço distintivo desse critério. Como chama atenção García Albero (1995, p. 333), o fato de a norma descartada ser resgatada em situações de não-aplicação da norma prevalente é traço comum a todas as relações de concurso aparente. A base da relação de subsidiariedade deve residir, assim, na ideia de progressão, seja em relação às etapas de ataque ao mesmo bem jurídico, seja em relação à intensidade da participação no fato punível¹⁷².

A subsidiariedade é utilizada para determinar a aplicação de apenas um dos preceitos concorrentes nos seguintes casos: a participação é subsidiária em relação à autoria, nos casos de distintas formas de intervenção do agente no fato punível; o crime imprudente é subsidiário em relação ao crime doloso; os crimes de perigo concreto são subsidiários em relação ao crime de lesão, quando o risco criado não exceda o resultado danoso produzido e, por fim, os crimes progressivos e antefatos copunidos, que perdem seu significado autônomo quando uma fase seguinte de menoscabo ao bem jurídico é produzida¹⁷³.

Costuma-se definir a relação de consunção como a suficiência de uma das normas concorrentes para esgotar a apreciação do desvalor do conteúdo de injusto e de culpabilidade do sucesso fático¹⁷⁴, conceituação que, conforme denunciam alguns, coincide com a própria definição do concurso aparente de normas penais¹⁷⁵. Como define García Albero (1995, p. 383), “*este déficit en cuanto a su fijación conceptual, convierte al principio, prácticamente, en un subterfugio donde incluir aquellos supuestos en los que de modo más o menos intuitivo se niega la posibilidad de apreciar concurso ideal o real de delitos*”. O critério da consunção,

¹⁷¹ Assim conceituam a subsidiariedade Maurach (1976, p. 441), Cerezo Mir (2007, p. 1203) e Aggeo (2007, p. 184).

¹⁷² Asúa (1950, p. 477), García Albero (1995, p. 343), Bacigalupo (1999, p. 573), Ranieri (1975, p. 132), Ramacci (2013, p. 471), Fiandaca e Musco (1989, p. 508), Moliné (1994, p. 45), Bezerra (2010, p. 126), Horta (2007, p. 130), Zaffaroni (1999, p. 563-564), Béjar García (1995, p. 15) e Jescheck; Weigend (2002, p. 791).

¹⁷³ Cf. Béjar García (1995, p. 19), Mir Puig (1995, p. 739-740), Aggeo (2007, p. 187), Horta (2007, p. 127, 145), Zaffaroni (1999, p. 566), Stratenwerth (2005, p. 457), Maurach (1976, p. 442) e Wessels (1976, p. 181). A subsidiariedade entre a tentativa e a consumação é frequentemente apontada na doutrina. Como ressalta Correia (1945, p. 194), todavia, “não nos parece ter qualquer sentido falar de relação de subsidiariedade entre a tentativa ou frustração de um crime e a sua consumação. Na verdade, de tentativa ou frustração só pode falar-se... se justamente a consumação do crime não chegou a ter lugar”.

¹⁷⁴ Jescheck; Weigend (2002, p. 792) e Bacigalupo (1999, p. 573).

¹⁷⁵ Peñaranda Ramos (1991, p. 186), Aisa (2004, p. 179) e García Albero (1995, p. 383).

assim, é tomado como critério residual, levado em consideração quando os critérios de especialidade e subsidiariedade não são aplicáveis¹⁷⁶.

A identidade de bem jurídico atacado não é apontada como pressuposto para reconhecimento da relação de consunção. O critério da consunção é fundamentado a partir do argumento de que, na fixação das consequências da norma consuntiva, o legislador já abarcou o desvalor da norma consumida, pelo fato de que ambas são normalmente realizadas de maneira conjunta (*id quod plerumque accidit*)¹⁷⁷. Segundo Wessels (1976, p. 180), existe consunção “quando um fato (ou seja, um tipo penal) não está necessariamente compreendido em um outro, mas concorre regular e tipicamente no cometimento desse outro, de maneira que seu conteúdo de injusto e o de culpabilidade são abrangidos e consumidos pela forma mais grave de delito”.

Bezerra (2010, p. 139-141), por sua vez, confere fundamentação distinta ao critério da consunção, o que, no nosso sentir, soma-se ao argumento de que a valoração promovida pela norma consumida é feita pela norma consuntiva. Segundo esse autor:

o fundamento da consunção é o cumprimento da função de uma norma por outra – especificamente, da função de prevenção geral negativa. Tal função é cumprida integralmente por uma das normas, tornando a outra desnecessária, toda vez que, seguindo a lógica interna da criminalidade – com o que se pretende fazer referência ao modo como os crimes são praticados normalmente, e não à lógica de um agente em particular – o cometimento de um crime possa estar estreitamente vinculado ao de outro, diminuindo a sensibilidade para o fato de que se tratam de duas condutas incorretas e não apenas uma (...). Quem pretende matar alguém por meio de um disparo de arma de fogo, por exemplo, não perceberá a deterioração das roupas da vítima como uma proibição adicional.

A gravidade das consequências jurídicas das normas, outrossim, não é decisiva para eleição da norma prevalente, uma vez que essa eleição deve ser feita por meio da análise do desvalor do sucesso fático no caso concreto. Não há que se reduzir o critério da consunção, assim, à vazia e equivocada regra de que “o crime mais grave consome o menos grave” (*major absorbet minorem* ou *ubi major minus cessat*) (PEDROSO, 1991, p. 296). Igualmente equivocado é o jargão “crime-fim consome o crime-meio”, uma vez que, como ressalta Bezerra (2010, p. 134), “a relação meio-fim, se realmente fosse levada às últimas consequências como critério, ampliaria demasiadamente o âmbito de aplicação do princípio da consunção”.

¹⁷⁶ Mir Puig (1995, p. 740-741) e Acuña (2005, p. 486).

¹⁷⁷ Aisa (2004, p. 328), Welzel (1976, p. 322), Wessels (1976, p. 180), Ranieri (1975, p. 154), Fiandaca e Musco (1989, p. 509), Horta (2007, p. 148) e Bezerra (2010, p. 130).

Atribui-se ao princípio da consunção o concurso aparente nos crimes acompanhantes típicos, normalmente realizados conjuntamente com o crime principal¹⁷⁸, e nos pós-fatos copunidos, quando a realização típica praticada por uma conduta autônoma do agente não ofende essencialmente o dano já provocado por meio de realização típica anterior, esgotando-se no aproveitamento ou na garantia da vantagem obtida com o ilícito antecedente¹⁷⁹. Muitos autores, por fim, atribuem os antefatos copunidos também como efeito do critério da consunção¹⁸⁰.

Parte da doutrina elenca como critério indicador de concurso aparente de normas penais o princípio da alternatividade, cujo sentido mais aceito foi elaborado originalmente por Binding (1885, p. 494-495 apud ALBERO, 1995, p. 403), para quem ocorre relação de alternatividade quando as normas concorrentes possuem o conteúdo de seus preceitos primários total ou parcialmente idêntico. Essas duas formas de alternatividade podem ser representadas, no primeiro caso, por dois círculos concêntricos de distinto raio e, no segundo, por dois círculos secantes, situações em que o fato punível, como salienta Quintero Olivares (1996, p. 580), “*en todas sus dimensiones antijurídicas puede ser indistintamente subsumido en una u otra norma, sin que exista dato alguno de ‘especificidad’ que aconseje inclinarse por una de ellas*”¹⁸¹. Segundo Binding (1885, p. 494-495 apud ALBERO, 1995, p. 403), a norma prevalente nos casos de alternatividade deve ser a que carregue, no caso concreto, a punição mais desfavorável para o réu, ou qualquer das normas, se suas consequências legais forem as mesmas.

Uma conceituação radicalmente distinta do critério da alternatividade foi promovida por Liszt. Segundo esse autor, ocorre alternatividade sempre que existam preceitos contraditórios entre duas ou mais normas, de forma que a aplicação de uma delas, por critério

¹⁷⁸ Bezerra (2010, p. 132) afirma que “nos diversos crimes em que a violência constitui elemento do tipo é de se considerar ato acompanhante típico o delito de lesões corporais de natureza leve. O mesmo pode-se dizer da restrição da liberdade ou da coação, nos crimes que a envolvam, devendo restar absorvidos eventuais crimes de sequestro ou constrangimento ilegal, desde que não ultrapassem os limites do necessário para a realização do tipo principal”.

¹⁷⁹ Welzel (1976, p. 322), Wessels (1976, p. 181), Ranieri (1975, p. 154), Correia (1945, p. 181), Béjar García (1995, p. 21), Bacigalupo (1999, p. 574), Mir Puig (1995, p. 740-741), Zaffaroni (1999, p. 561), Horta (2007, p. 152) e Bezerra (2010, p. 130).

¹⁸⁰ Nesse sentido Bettiol (1971, p. 330), Maggiore (1954, p. 247), Acuña (2005, p. 486), Devesa; Gomez (1994, p. 200), Mourullo (1978, p. 116-117) e Pedroso (1991, p. 295).

¹⁸¹ Como define o próprio Binding (1885, p. 349 e ss. apud ASÚA, 1950, p. 468), “*el contenido de dos leyes penales puede ser idéntico en todo – esto muy raramente – o en parte, sin que en este último caso una de las dos leyes deba comportarse como regla y la otra como excepción. En caso de identidad parcial, los tipos están en la relación de dos círculos secantes, para cuya superficie de contacto existen varias leyes que conminan con una pena*”.

lógico, exclui necessariamente a aplicação da outra (1932, p. 357 apud ASÚA, 1950, p. 468)¹⁸².

O critério da alternatividade, tanto na construção de Binding quanto na de Liszt, contudo, é considerado supérfluo por grande parte da doutrina, notadamente nas doutrinas italiana e alemã¹⁸³. À conceituação feita por Binding se opõe o argumento de que as hipóteses de interferência entre normas concorrentes, em que essas mantêm uma zona em comum e uma zona distinta, configura concurso formal de crimes, e não concurso aparente (RANIERI, 1975, p. 134-135). Refuta-se a alternatividade de Liszt, por sua vez, por meio da alegação de não haver sequer que se falar em concurso aparente de normas quando dois preceitos são excludentes entre si, pelo que jamais poderiam ser aplicados conjuntamente (PESSOA, 1996, p. 215).

O critério da alternatividade encontra maior aceitação entre a doutrina espanhola (mesmo assim não de maneira pacífica) que, seguindo a conceituação de Binding, enxerga-o como solução para hipóteses em que, por erro legislativo, o mesmo fato aparece descrito em tipos penais diversos (identidade total) (SANZ MORÁN, 2012, p. 23; ACUÑA, 2005, p. 490), ou quando cada crime possui uma zona comum e outra própria (identidade parcial). O respaldo doutrinário desse critério certamente possui uma de suas explicações no próprio Código Penal espanhol, que segundo parte da doutrina o prevê expressamente em seu art. 8º (ESPAÑA, 1995)¹⁸⁴.

No Brasil, a alternatividade é aceita por Stevenson (1965, p. 33) e Horta (2007, p. 166) e encontra-se mencionada por alguns autores junto aos crimes de conteúdo variado, como explicação dos tipos mistos alternativos¹⁸⁵. É rechaçada, todavia, por Rocha (1965, p. 106); Americano (1958, p. 81), Costa Jr. (2008, p. 31), Queiroz (2008, p. 78 e ss.), Fragoso (1983, p. 351), Santos (2010, p. 411 e ss.), Prado (2011, 275 e ss.) e Frederico Marques (1965, p. 335). De nossa parte, entendemos possível falar em alternatividade apenas nos casos em que as normas concorrentes descrevem o mesmo fato, por erro do legislador.

¹⁸² No mesmo sentido Soler (1945, p. 179).

¹⁸³ Nesse sentido Grispigni (1952, p. 415), Maggiore (1954, p. 248), Ranieri (1975, p. 134-135), Maurach (1976, p. 440), Jescheck; Weigend (2002, p. 791), Novoa Monreal (1966, p. 287). Cf. Béjar García (1995, p. 22), Aisa (2004, p. 188) e García Albero (1995, p. 408-409).

¹⁸⁴ Puig Peña (1955, p. 87-88), Guallart de Viala (1990, p. 404), Devesa; Gomez (1994, p. 200), Mourullo (1978, p. 117) e Quintero Olivares (1996, p. 580).

¹⁸⁵ Dotti (2010, p. 367) e Damásio de Jesus (2010, p. 159).

4 A DISTINÇÃO ENTRE O CONCURSO FORMAL PRÓPRIO E O IMPRÓPRIO: O CONCEITO DE DESÍGNIOS AUTÔNOMOS

Uma vez identificada a existência de concurso formal de crimes pela presença dos três critérios apontados, cabe, então, verificar se se trata de concurso formal próprio ou impróprio. O concurso formal impróprio é previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal brasileiro, que determina que, se os crimes forem resultantes de desígnios autônomos, suas penas devem ser aplicadas cumulativamente. O concurso formal próprio é previsto na primeira parte do artigo e ocorre, portanto, se não houver desígnios autônomos, resultando na exasperação da pena.

A diferenciação entre concurso formal próprio e impróprio não é comum no direito comparado. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 623), o critério de distinção entre essas duas formas de concurso, nascido com o Código Penal de 1940 e mantido na reforma da Parte Geral de 1984, é de difícil compreensão, sendo essa disposição legal “uma das mais obscuras do Código”. Para tentar compreendê-la, entendemos ser indispensável uma digressão às concepções da época de sua inserção no ordenamento brasileiro.

Conforme afirmamos, a construção do concurso formal no Código Penal de 1940 teve como inspiração o art. 81 do Código Rocco que, além de resgatar a unidade de ação como pressuposto do concurso formal de crimes (no lugar da unidade de fato), tratou também do crime continuado, abandonando, sob a influência de Carrara (1956, p. 374)¹⁸⁶, a exigência de uma mesma resolução (*medesima risoluzione*) prevista até então no art. 79 do Código Zanardelli para o reconhecimento da continuidade delitiva pela exigência de unidade de desígnio (*unità di disegno*).

O conceito de desígnios autônomos adotado pelo legislador brasileiro tem sua origem nesse contexto, pela formulação de Carrara e do Código Rocco. Assim também opina Lyra (1955, p. 417): “a noção de unidade de desígnio formulada por Carrara e constante da definição de crime continuado no Código italiano vigente (art. 81, 2ª parte) fornece, negativamente, a de autonomia”.

O conceito de desígnio, para Carrara (1956, p. 361 e ss.), não era equivalente ao de dolo, que era tido como vontade de produzir, no mundo real, o que havia sido representado na consciência. O termo desígnio era referente a um “dolo genérico”, próprio de um “programa

¹⁸⁶ “Talvez fosse mais conforme a exatidão da linguagem, que o elemento subjetivo da continuação fosse descrito com a fórmula unicidade de desígnio, de preferência àquela da unicidade de determinação, que nunca pode tornar-se completamente verdadeira nas aplicações práticas.” (CARRARA, 1956, p. 374).

criminoso” estabelecido pelo agente, conglobante de distintos crimes praticados com a resolução/dolo (consciência e vontade) que acompanha cada crime individualmente. Nesse sentido, afirma Carrara (1956, p. 374) que “todo e qualquer ato do homem nasce, necessariamente, de uma determinação especial, mas própria, a qual, embora não seja mais que a exteriorização de uma primária determinação genérica, é, porém, ideologicamente distinta”¹⁸⁷.

Carrara (1956, p. 373-374) exemplifica a relação de unidade de desígnio da seguinte forma:

Um empregado, por exemplo, muniu-se de chave falsa do cofre do patrão para, aos poucos, roubar-lhe o dinheiro. Ao cofre volta duas, três, e mais vezes. Esse é, segundo o consenso comum dos práticos, um furto continuado. Mas, a rigor, tantas vezes, em dado momento, ele se determinou a voltar ao cofre, quantas são as resoluções. Depois da primeira vez e da segunda, poderia ainda desistir; e quiçá também, após a segunda vez, tenha ele dito a ele mesmo: agora basta, não mais quero voltar a furtar. Quem pode ler nesses arcanos do espírito? Houve, pois, necessidade de um novo ato de vontade para que ele retornasse pela terceira vez. Não obstante, considera-se também o terceiro fato como o resultado de uma única resolução criminosa, porque se supõe única a resolução genérica, ou seja, a de roubar daquele cofre, tantas vezes se oferecesse o desejo ou a ocasião. As sucessivas determinações especiais são sempre atuações ou desenvolvimentos da primeira.

A explicação de Carrara sobre o conceito de unidade de desígnio se disseminou na doutrina italiana. Marsico (1969, p. 287), por exemplo, aduz que “*nell'arte come nella filosofia e nella pratica il disegno è un complesso di linee armonizzanti nel significato, nella rappresentazione, nello scopo. Così, qui il disegno risulta da un complesso di linee, rappresentative delle varie infrazioni, che armonizzano nella unità del fine*”¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Segundo Manoel Pedro Pimentel (1969, p. 95) e Marsico (1969, p. 287), o recurso ao elemento subjetivo como pressuposto do crime continuado foi apontado em primeiro lugar pela doutrina alemã do começo do século XIX.

¹⁸⁸ “na arte como na filosofia e na prática o desígnio é um complexo de linhas harmonizadas em seu significado, na representação, no escopo. Então, que o desígnio resulta de um complexo de linhas, representativas das várias infrações, que se harmonizam na unidade de fim” (tradução livre). Segundo Maggiore (1954, p. 178-181), “*todo desígnio, en sentido psicológico – a semejanza del diseño artístico, que es un conjunto armónico de líneas -, es un conjunto armónico de ideas, pensado y expresado en vista de un fin, y por lo mismo, obediente a una dirección de la voluntad. (...) Así como es inexacto reducir el designio a un simple “deseo”, ya que el deseo está vacío de cualquier contenido intelectual, así también es erróneo agotar el designio en un quid intellectivum, en algo intelectual, vacío de ese momento decisivo que sólo puede ser llenado por la voluntad. El designio, más que un puro pensamiento, es un “proyecto”; pero es más que un proyecto, porque implica la representación de un fin y un ordenamiento meditado de medios, es decir, un plan detallado del modo como se desarrollará la actividad delictuosa. (...) Es evidente, pues, que el designio no tiene nada que ver con el dolo, con el fin, con el móvil para delinquir, con la pasión, etc. (...) En resumen, cuando la ley habla de “designio criminoso idéntico”, quiere decir que las diversas acciones u omisiones deben estar unificadas por un mismo pensamiento, dirigido a alcanzar un fin con medios determinados. Por lo tanto, si entre una acción y otra ha tenido el agente otro*”

O conceito de desígnio formulado por Carrara, portanto, expressa um elemento subjetivo amplo, dentro do qual podem ser abarcados atos oriundos de distintas resoluções, porém direcionados por uma mesma intenção superior. Por esse motivos, entendemos que o conceito de desígnio corresponde, em grande medida, ao conceito de dolo direto de primeiro grau, que veio a ser formulado posteriormente. Essa noção encontra-se colocada na doutrina brasileira por Frederico Horta (2007, p. 53):

a voluntária realização de mais de um tipo de delito pode ser encarada, segundo esse conceito, como a realização de um mesmo desígnio, desde que os diversos resultados criminosos, segundo o plano do agente, estejam entrelaçados a um único crime-fim, como meios necessários ou consequências colaterais prováveis de sua implementação, conforme os meios empregados para tanto.

A definição da identidade de desígnio por outros autores italianos mostra um claro paralelo entre esses conceitos. Conforme explica Frosali (1958, p. 512),

*il disegno dovrà essere identificato non con quel giudizio di utilità che è necessariamente unito alla volontà di ciascun comportamento o di ciascun evento, ma con un giudizio più ampio (motivo ulteriore: in qualche fattispecie costitutiva esso potrebbe dalla legge essere considerato anche come “dolo specifico”) dal quale tutti i singoli fatti criminosi risultino aver subito l’influsso determinante (...)*¹⁸⁹.

pensamiento o propósito, deliberando realizar otros fines con medios diferentes, ya no se puede hablar de “identidad” de designio criminoso”. Ranieri (1975, p. 143), no mesmo sentido, afirma que “es menester que las conductas, no obstante ser distintas, se encuentren ligadas por un vínculo interior, el cual debe surgir de un mismo designio, que la ley llama criminoso, aunque no implica necesariamente dolo, ya que no es sinónimo de designio para delinquir, y no ya de una misma resolución, como lo decía el artículo 79 del Código Penal abrogado, porque si las conductas son varias, también son varios los actos de voluntad que las impulsan, y, por lo mismo, las resoluciones. Dicho designio se concreta en la unidad de la ideación y de la deliberación originaria y total, con respecto al fin que el sujeto pretende conseguir, y si bien se exterioriza en una pluralidad de actos volitivos que dependen de él, los impregna a todos de su esencia, como a hechos realizados, dando paso a la síntesis de ellos en un todo unitario. Se requiere, pues, identidad de designio, que no es simplemente identidad de deseo, que no puede referirse a la inteligencia y no es deliberación, ni tampoco identidad de motivo o de pasión criminal, que puede existir sin identidad de designio y viceversa; es una identidad que depende de la unicidad de que se ha hablado, que desde un principio comprende el conjunto de los hechos cometidos y que, por estar dirigida a su ejecución, si bien ha de efectuarse en momentos distintos, supone la previsión de las modalidades y las circunstancias en que habrán de desarrollarse cada una de las conductas, para alcanzar el fin que se ha propuesto el agente”.

¹⁸⁹ “O desígnio deverá ser identificado não com aquele juízo de utilidade que é necessariamente unido à vontade de cada comportamento ou de cada evento, mas com um juízo mais amplo (motivo posterior: no qual a tipicidade constitutiva poderia ser considerada como “dolo específico”) do qual todos e cada um dos fatos criminosos resultem de influência determinante” (tradução livre). Em idêntico sentido precisam Fiandaca e Musco (1989, p. 496-497): “l’unicità del disegno criminoso presuppone, oltre all’elemento intellettuale della rappresentazione anticipata, un ulteriore elemento “finalistico” costituito dalla unicità dello scopo: in altri termini, per aversi reato continuato occorre che i diversi episodi delittuosi costituiscano attuazione di un preciso e concreto programma diretto alla realizzazione di un obiettivo unitario. Ne deriva che i diversi reati devono porsi in un rapporto di interdipendenza deve – a sua volta – obbiettivarsi in una trama di segni esteriormente riconoscibili” (“A unidade do desígnio pressupõe ainda, outro elemento que o intelectual da representação antecipada, um posterior elemento finalístico constituído pena unidade do escopo: em outros termos, para ser crime continuado é

Essa comparação ganha força se se lembrar que Carrara (1956, p. 134-135) admitia a existência de unidade de ação pela conexão subjetiva de meio-fim entre os crimes praticados, que dava lugar ao concurso formal que denominamos como próprio¹⁹⁰. Esse entendimento, que já havia sido esboçado anteriormente por outros tratadistas italianos¹⁹¹, deu ensejo à criação da figura do concurso medial de delitos, no art. 77 do Código Penal espanhol de 1848¹⁹², reproduzida nas legislações espanholas subsequentes, que ocorre quando crimes decorrentes de ações distintas são praticados em relação de meio e fim. Embora essa forma de concurso tenha sido compreendida na Espanha como modalidade de concurso formal para alguns e modalidade de concurso material para outros, fato é que o critério punitivo correspondente sempre foi o mesmo previsto para o concurso formal¹⁹³.

Tanto na Itália quanto na Espanha, portanto, admitia-se, ao tempo da inclusão do conceito de desígnios autônomos no Brasil, que a concorrência de crimes dolosos desse lugar à punição por concurso formal quando os delitos concorrentes estivessem em uma relação de meio-fim (conexão ideológica). A difusão desse entendimento na doutrina e na legislação que serviram de fonte para o nosso Código Penal de 1940 indica que a intenção original do legislador brasileiro era a de incluir, no concurso formal próprio, os crimes praticados em conexão ideológica.

Conclui-se que o Código Penal de 1940 pretendeu englobar, com o concurso formal próprio, assim, a concorrência de dois ou mais crimes culposos; de um crime doloso e outro(s) culposos(s); ou de dois ou mais crimes dolosos, quando existente uma única intenção final do agente. No concurso formal impróprio, miravam-se os casos de concorrência de

necessário que diversos episódios delituosos constituem ações de um preciso e concreto programa direcionado à realização de um objetivo unitário. Se deduz que os diversos crimes devem ser postos em uma relação de interdependência e devem – por sua vez – objetivar-se em uma trama de sinais exteriores reconhecíveis” – tradução livre); e Ramacci (2013, p. 482): “*deve essere considerato che la concezione soggettiva del medesimo disegno criminoso, impegnando l’idea di scopo, assegna alla continuazione di reati una finalità ulteriore rispetto alla realizzazione dei singoli illeciti; ad esempio, Tizio uccide Caio e Sempronio per vendicarsi di un torto subito; Mevio uccide Numerio e Negidio per ereditare al loro posto. Gli esempi adottati mostrano che il disegno può essere criminoso soltanto nel mezzo, mentre può non esserlo nel fine: in questo caso, il medesimo disegno indica più esattamente l’esistenza del medesimo movente a delinquere*” (“Deve ser considerado que a concessão subjetiva do mesmo desígnio criminoso, impregnando a ideia de escopo, sinaliza na continuação dos crimes uma finalidade ulterior respeito à realização dos ilícitos individuais; por exemplo, Tício mata Caio e Semprônio para vingar-se de um mal sofrido; Mévio mata Numério e Egídio para herdar seu lugar. Os exemplos adotados mostram que o desígnio pode ser criminoso apenas no meio, enquanto não o é no fim: neste caso o mesmo desígnio indica mais exatamente a existência do mesmo motivo para delinquir” – tradução livre).

¹⁹⁰ Carrara (1956, p. 134-135, 67-68).

¹⁹¹ Cf. Maggiore (1954, p. 185).

¹⁹² Assim também apontam Cerezo Mir (2007, p. 1190-1191), Aisa (2004, p. 71) e Galván González (2010).

¹⁹³ “*De forma casi unánime la doctrina ha considerado que el concurso medial es un concurso real equiparado a efectos penológicos al concurso ideal*” (AISA, 2004, p. 439). Cf. Jubert (1992, p. 633), Devesa e Gomez (1994, p. 854), Novoa Monreal (1966, p. 266) e Fontecilla Riquelme (1956, p. 71).

crimes dolosos ideologicamente independentes entre si, que acreditamos possível identificar como casos de dois ou mais crimes praticados com dolo direto de primeiro grau.

Considerando que a conexão de meio-fim entre crimes a nível abstrato se encaixa nos critérios da consunção ou da subsidiariedade, pelo que se impõe o reconhecimento de concurso aparente de normas e não de concurso formal, a conexão de meio-fim determina a punição por concurso formal em situações de conexão accidental entre os delitos, isto é, quando um crime se coloca como meio necessário para a realização de outro crime apenas pelas características do caso concreto.

Nessa linha, podemos identificar, como hipótese de concurso formal próprio, o clássico exemplo do agente que explode um barco com a intenção de receber o prêmio do seguro, prevendo como certa a morte da tripulação, embora não quisesse autonomamente a ocorrência desse efeito colateral (ROXIN, 1997, p. 423-424).

O critério da conexão meio-fim criado por Carrara foi severamente criticado pelo grande poder de unificação da vontade e pelo fato de a conexão ideológica entre os crimes poder existir apenas no intelecto do agente, sem correspondência na realidade, não se podendo falar, nesses casos, em pluralidade de desígnios. Essa crítica culminou no surgimento das teorias de Masucci e Alimena que, como visto, abandonaram a conexão ideológica como fator determinante de concurso formal de crimes. Ao adotar expressamente a inexistência de desígnios autônomos como critério diferenciador entre concurso formal próprio e impróprio, contudo, o legislador brasileiro engessou o concurso formal à teoria da conexão ideológica de Carrara.

Distintamente da pretensão do legislador ao inserir o conceito de desígnios autônomos no Código Penal, a possibilidade de que dois ou mais crimes praticados dolosamente componham um concurso formal próprio é rejeitada por quase toda a doutrina e pela jurisprudência brasileiras¹⁹⁴. Jair Leonardo Lopes (1985, p. 55) questiona até mesmo o suposto desvalor atenuado dos crimes praticados com unidade de desígnio.

Como exceção ao entendimento dominante, Basileu Garcia (1952, p. 506) indica que a unidade de desígnio não equivale à existência de um único crime doloso, mas a uma única resolução, critério, segundo ele, mais amplo e que pode coexistir com uma pluralidade de crimes dolosos. Basileu Garcia reconhece a possibilidade de concurso formal próprio entre crimes dolosos exemplificando que, a um indivíduo que se posta na sacada de um prédio ante

¹⁹⁴ Damásio de Jesus (2010, p. 646), Ariel Dotti (2010, p. 629), Aníbal Bruno (1959, p. 292-293), Brandão (2010, p. 401), Greco (2009, p. 600), Masson (2010, p. 692), Capez (2012, 555), Bezé (2001, p. 90), Vidal (2007, p. 137), Galvão (2013, p. 837-838). No Superior Tribunal de Justiça, vide HC 191.490/RJ (BRASIL, 2012), e, no Supremo Tribunal Federal, HC 73.548/SP (BRASIL, 1996).

um grupo de populares na rua e os injuria, bradando-lhes “Patifes!”, deve-se aplicar pena pelo concurso formal próprio (1952, p. 507). A equiparação do conceito de desígnio ao de dolo teria como efeito a multiplicação da pena do crime de injúria pelo número de vítimas, o que se mostra inequivocamente irrazoável. Diante da dificuldade em se determinar a existência de uma única ou de várias resoluções criminosas, ademais, Basileu Garcia afirma que essa indicação deve vir pautada por um juízo de equidade (1952, p. 507).

Bitencourt (2010, p. 319), de maneira semelhante, afirma que a unidade de desígnio se conecta à existência de uma única individualização do resultado perante a consciência do agente, o que não está necessariamente relacionado ao fato de os crimes concorrentes terem sido praticados dolosamente. Segundo afirma:

Convém destacar, para evitar equívocos, que a simples presença, em uma mesma ação, de dolo direto de primeiro grau concomitantemente com dolo direto de segundo grau, não configura, por si só, concurso formal impróprio de crimes, pois a duplicidade dos referidos graus no dolo direto não altera a unidade de elemento subjetivo. Com efeito, essa distinção de graus do elemento subjetivo reflete na intensidade do dolo e não na sua diversidade (ou pluralidade), pois os dois eventos, como ocorre no exemplo dos irmãos xipófagos, são apenas um perante a consciência e a vontade do agente, não caracterizando, por conseguinte, o conhecido “desígnios autônomos”, configurador do concurso formal impróprio. Haverá, contudo, pluralidade de elementos subjetivos, se a conduta do agente for orientada pelo dolo de suprimir a vida de ambos.

Embora Basileu Garcia e Bitencourt não se aprofundem na discussão da matéria, ao partirem da “unidade de resolução” e da “individualização dos eventos perante a consciência”, ao invés do dolo, para indicar a unidade de desígnio, colocam-se mais acordes com a doutrina italiana que serviu de inspiração para o art. 70 do Código Penal.

Fragoso (1983, p. 344) e Costa Jr. (2008, p. 216), por sua vez, entendem que o dolo eventual não se qualifica como desígnio autônomo, pelo que seria possível a concorrência de dois ou mais delitos com dolo eventual em concurso formal próprio. Conforme obtempera Costa Jr. (2008, p. 216), “para que se possa conceber a pluralidade do elemento subjetivo, este haverá de se revestir de natureza dolosa. A autonomia dos desígnios, referida pela norma, é inconcebível nos crimes culposos ou de dolo eventual”.

Segundo Andreucci (1975, p. 87), ignora-se se o conceito de desígnios autônomos “aglutina a unidade de ideação, de intenção ou se representa um plano específico ou meramente esboçado. Dependendo da acepção que for dada como definidora de sua natureza, o concurso formal próprio poderá ficar reduzido a um número insignificante de hipóteses”.

Pimentel (1969, p. 94) e Costa e Silva (1943, p. 303-304) opinam no mesmo sentido, e Correia (1945, p. 226) afirma ser “talvez raro encontrar maior desorientação perante um problema do que a revelada aqui pela ciência italiana”.

Ao comentar a distinção entre concurso formal próprio e impróprio, feita no Brasil, Correia ainda afirma que:

Autônomo ou não o desígnio – e a muitas dúvidas há-de dar lugar a determinação do que por tal deva entender-se -, sempre o agente vence de uma só vez os contra-motivos éticos-jurídicos ligados à representação de cada um dos crimes a que a sua única actividade dá lugar. De resto, mal se vê em que é que a circunstância de um desígnio comum presidir à prática de vários crimes, no sentido de todos eles terem raiz num mesmo instinto, num único impulso psíquico ou num mesmo interesse, possa diminuir a culpa do agente. Pois não agravará até a culpa de A a circunstância de matar B e C para desse modo se tornar o único herdeiro de D, ou de atentar contra a honra de B e C para se vingar do pai de ambos, seu inimigo? Depois, um desígnio comum tanto pode iluminar a prática de uma pluralidade de violações através de uma só conduta como através de várias, e é por isso absurdo apoiar sobre o fundamento da autonomia dos desígnios do agente a distinção referida entre concurso real e ideal.

O conceito de desígnios autônomos é, de fato, de difícil conceituação, havendo divergência sobre seu real significado mesmo no seio da doutrina italiana¹⁹⁵. Independentemente das críticas ao conceito e de suas distintas interpretações, todavia, pelas considerações feitas (e em obediência ao princípio da legalidade), parece-nos claro que o conceito de desígnio autônomo deve ser interpretado como dolo direto de primeiro grau, e não como sinônimo de qualquer forma de dolo, como se tem feito¹⁹⁶. Concordamos, assim, com o brilhante Costa e Silva (1943, p. 303-304): “um ponto parece livre de questão: é o de que o ‘mesmo desígnio criminoso’ não pode ser identificado com dolo”.

Por fim, como já colocado, enxergamos, no concurso formal, a existência de uma culpabilidade unitária, decorrente da existência de um mesmo processo deliberativo por parte do agente, ainda que o grau de reprovação da culpabilidade seja maior a cada delito que passa a integrar a concorrência. A culpabilidade do autor, nesse sentido, permanece unitária independentemente de o dolo, seja ele direto de primeiro grau ou não, se estender a dois ou mais crimes. Por esse motivo, entendemos que deve haver uma atenuação da pena também nos casos de concurso formal impróprio, embora com menor grau do que em relação ao

¹⁹⁵ Cf. Fiore (1997, p. 146), Fiandaca e Musco (1989, p. 496-497) e Bettiol (1971, p. 321).

¹⁹⁶ O novo Anteprojeto de Código Penal, trazido pelo Projeto de Lei nº 236/2012 (BRASIL, 2012), infelizmente mantém, nesse ponto, o texto do código vigente.

concurso formal próprio, o que poderia ser feito, à míngua de previsão legal expressa, mediante reconhecimento de atenuante inominada.

5 DETERMINAÇÃO DA PENA NO CONCURSO FORMAL DE CRIMES: AS CONSEQUÊNCIAS LEGAIS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Os pressupostos do concurso formal entre os ordenamentos que o adotam mostram-se bastante semelhantes. Afora algumas peculiaridades, todos se baseiam na existência de uma única ação ou fato que dá origem a uma pluralidade de crimes. A consequência jurídica do concurso formal de crimes, ao contrário, possui grandes variações entre alguns países.

A doutrina aponta a existência dos seguintes sistemas de punição de crimes em concurso: (i) sistema de acumulação material; (ii) sistema de acumulação jurídica; (iii) sistema de exasperação; (iv) sistema de absorção; (v) sistema de absorção com agravação; (vi) sistema de combinação e (vii) sistema de pena unitária.

5.1 Sistema de acumulação material

O sistema de acumulação material, também denominado de sistema de acumulação aritmética ou matemática, implica a simples soma das penas de todos os crimes praticados, de acordo com o brocardo “*quot delicta tot poenae*”¹⁹⁷. Embora seja mais comum a referência à soma das penas concretas de cada crime, esse sistema admite uma variante abstrata, isto é, que parte da soma das penas abstratas dos delitos praticados, somando-se todas as penas máximas e mínimas até o estabelecimento de um novo marco penal dentro do qual o juiz fixará a pena (CARAMUTI, 2010, p. 342).

A acumulação material é apontada como o mais antigo sistema punitivo de concorrência, com precedentes no Direito Romano¹⁹⁸. Sua existência deriva do raciocínio retributivo de que o agente deve ser punido por todos os crimes que comete e também de que deixar de somar as penas seria incentivar o criminoso a praticar outros crimes. Aduz-se, ainda, que essa é a única forma de punição que garante a correta previsibilidade das consequências delitivas¹⁹⁹.

Esse sistema de aplicação da pena encontra-se em descrédito nos dias atuais, sendo criticado por poder dar lugar a penas muito duras e desproporcionais à gravidade conjunta dos

¹⁹⁷ Calderón Cerezo (1995, p. 157), Maurach (1976, p. 476), Fontán Balestra (1993, p. 488-489), Rosal; Ramos (1974, p. 274), Pessina (1936, p. 551), Maggiore (1954, v. 2, p. 187-188), Ranieri (1975, v. 2, p. 137-139), Villalobos (1975, p. 512) e Sanz Morán (1995, p. 216).

¹⁹⁸ “*Nunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam*” (MAGGIORE, 1954, v. 2, p. 187-188).

¹⁹⁹ Sanz Morán (1995, p. 216) e Cuerda Riezu (1992, p. 36).

delitos praticados, especialmente quando se trata da realização de diversos crimes leves²⁰⁰. Ainda, em razão da limitação temporal da vida humana, aponta-se que esse sistema pode revestir a pena com um caráter perpétuo²⁰¹. Outra crítica, elaborada por Mittermaier e replicada pela doutrina, é a de que a soma das penas faz com que sua intensidade, do ponto de vista psicológico do condenado, aumente não em progressão aritmética, mas geométrica²⁰². A doutrina francesa clássica, por sua vez, apontava que um dos problemas desse sistema é a impossibilidade de se somar todas as penas em determinados casos, como uma pena de morte e uma pena de prisão perpétua²⁰³.

O sistema de acumulação material, segundo Cuerdo Riezu (1992, p. 37-38), distorce a função de ressocialização da pena, que deveria ser calculada levando-se em conta os efeitos globais de todas as sanções. Quintero Olivares (1996, p. 406), por sua vez, critica esse sistema afirmando que:

en ningún caso puede merecer mayor respuesta penal la realización de, por ejemplo, diez pequeños delitos contra la propiedad que un solo delito contra la salud individual o contra la vida. Desde una perspectiva más amplia, no es posible admitir en el grado de desarrollo del Derecho penal contemporáneo una configuración unidimensional de los fines de la pena. En otros términos, la progresión geométrica en la determinación del quantum de pena a imponer a que nos conduciría la mera acumulación material, resulta incompatible con cualquier otra finalidad – preventivo general o preventivo especial – que se quiera asignar a las sanciones penales. No es preciso insistir ahora en la necesaria orientación resocializadora que para las penas proclama nuestra Constitución (art. 25 CE), ni en la prohibición de penas incompatibles (por inhumanas o degradantes) con el respeto al principio de dignidad humana.

Cuerdo Riezu (1992, p. 43-44) aponta que esse sistema possui como aspecto positivo a função de estabelecer um limite máximo para todos os casos de concorrência delitiva. Segundo afirma, “no resulta justificado que el autor de varias infracciones vea aumentada su penalidad debido a razones preventivas más allá de lo que prevé el marco penal abstracto de cada delicto”.

5.2 Sistema de acumulação jurídica

²⁰⁰ Quintero Olivares (1996, p. 570).

²⁰¹ Sanz Morán (1995, p. 216), Cuerdo Riezu (1992, p. 40-41) e Bitencourt (2010, p. 679-680).

²⁰² Pessina (1936, p. 551), Maggiore (1954, v. 2, p. 188) e Novoa Monreal (1966, p. 256).

²⁰³ Vidal (1921, p. 392) e Garraud (1921, p. 497).

O sistema de acumulação jurídica, chamado também de acumulação material temperada ou moderada, determina a soma das penas de todos os crimes, sendo observados em sua aplicação, contudo, limites máximos predefinidos de cumprimento de pena²⁰⁴.

Afirma-se que esse sistema corrige os excessos do sistema de acumulação material, evitando injustiças e mantendo a função de ressocialização da pena²⁰⁵. Embora a previsão de um tempo máximo de apenamento atenua as críticas, a esse sistema são formuladas objeções semelhantes às do sistema de acumulação material²⁰⁶.

O sistema de acumulação jurídica foi adotado no Brasil para o concurso material (art. 69, *caput*, CP) e para o concurso formal impróprio de crimes (art. 70, *caput*, 2ª parte, CP), ante a determinação de soma das penas e a limitação de seu cumprimento pelo máximo de trinta anos (art. 75, CP)²⁰⁷. Formulam limites máximos de punição também o Código Penal italiano (artigos 78 e 79)²⁰⁸ e o Código Penal espanhol (artigo 76)²⁰⁹.

5.3 Sistema de exasperação

Pelo sistema de exasperação, a que alguns autores se referem também como sistema de acumulação jurídica²¹⁰, define-se em separado a pena de cada um dos crimes praticados, aplicando-se, em seguida, somente a pena do crime mais grave, aumentada em determinado *quantum*²¹¹. Grande parte da doutrina estrangeira aponta ser pressuposto do sistema de exasperação a possibilidade de a pena final superar a pena máxima cominada abstratamente ao delito considerado mais grave²¹².

Destaca-se que o sistema da exasperação se esquivava dos excessos dos sistemas de acumulação e de absorção, privilegiando também a função de prevenção geral da pena²¹³.

²⁰⁴ Ranieri (1975, v. 2, p. 137-139), Fontán Balestra (1993, p. 489), Quintero Olivares (1996, p. 407), Cuerda Riezu (1992, p. 60), Calderón Cerezo (1995, p. 158) e Sanz Morán (1995, p. 217).

²⁰⁵ Choclán Montalvo (1997, p. 17), Novoa Monreal (1966, p. 257) e Quintero Olivares (1996, p. 407).

²⁰⁶ Sanz Morán (1995, p. 217).

²⁰⁷ Costa Jr. (2008, p. 215).

²⁰⁸ ITÁLIA, 1930.

²⁰⁹ ESPANHA, 1995.

²¹⁰ Vidal (1921, p. 392), Bouzat (1951, p. 465), Ranieri (1975, v. 2, p. 137-139), Pessina (1936, p. 551), Maggiore (1954, v. 2, p. 188), Villalobos (1975, p. 512) e Novoa Monreal (1966, p. 257).

²¹¹ Sanz Morán (1995, p. 218), Mezger (1957, p. 391-392), Roux (1927, p. 320), Cuerda Riezu (1992, p. 61), Calderón Cerezo (1995, p. 158), Maurach (1976, p. 479), Wessels (1976, p. 179), Jescheck; Weigend (2002, p. 761-762) e Rosal; Ramos (1974, p. 274).

²¹² Sanz Morán (1995, p. 218), Cuerda Riezu (1992, p. 61) e Calderón Cerezo (1995, p. 158).

²¹³ Ranieri (1975, v. 2, p. 137-139), Pessina (1936, p. 551) e Sanz Morán (1995, p. 218).

Objeta-se a ele, contudo, uma benignidade excessiva, premiando o delinquente que pratica diversos crimes²¹⁴.

O sistema de exasperação encontra-se previsto no Código Penal suíço (art. 68.1)²¹⁵. A doutrina brasileira majoritária indica ser esse o sistema adotado também pelo nosso Código Penal para a punição do concurso formal próprio (art. 70, *caput*, 1ª parte) e do crime continuado (art. 71)²¹⁶. Em se considerando o posicionamento da doutrina estrangeira, de que um dos traços próprios do sistema da exasperação é a possibilidade de exasperação da pena mais grave acima de seu marco legal, a afirmação de ser esse o critério adotado no Código Penal dependeria da possibilidade de a razão de aumento de pena prevista para essas figuras ser capaz de elevar a pena para além do limite máximo do tipo. Embora Bitencourt (2010, p. 672) afirme essa impossibilidade, Santos (2010, p. 593) e Brandão (2010, p. 398) adotam a posição contrária, com a qual concordamos. Segundo Brandão (2010, p. 398), as majorantes e minorantes “podem deixar a pena acima do máximo legal ou abaixo do mínimo, porque elas integram a própria estrutura do tipo, já que a pena cominada naquele será acrescida ou decrescida – conforme a natureza da causa – em face da quantidade preestabelecida”.

Para fixação do patamar de aumento da pena no concurso formal próprio, que pode variar de um sexto até a metade, doutrina e jurisprudência no Brasil têm partido do número de crimes praticados, aplicando aumento de um sexto quando concorrem apenas dois crimes, um quinto quando três, um quarto quando quatro, um terço quando cinco e metade a partir de seis ou mais crimes.

Entende-se, também, que para definição de qual crime é o mais grave, não se deve partir das penas abstratas, mas deve ser feita a dosimetria da pena de cada um dos crimes praticados, como colocado no julgamento do *Habeas Corpus* nº 85.513-DF, pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2007). Esse entendimento se justifica pela necessidade de verificação de ocorrência de prescrição, uma vez que o art. 119 do Código Penal estabelece que a prescrição deve ser calculada separadamente, de acordo com a pena de cada crime concorrente, desconsiderando-se o aumento pela exasperação da pena, bem como para que se comprove a adequação da pena exasperada com o disposto no parágrafo único do art. 70 do CP.

²¹⁴ Cf. Sanz Morán (1995, p. 218).

²¹⁵ Art. 68 (SUÍÇA, 2014).

²¹⁶ Damásio de Jesus (2010, p. 643), Régis Prado (2012, p. 588-589) e Bitencourt (2010, p. 679-680).

5.4 Sistema de combinação

O sistema de combinação, por sua vez, parte da combinação de penas, tomando-se como pena mínima a maior pena mínima dentre os crimes concorrentes e como pena máxima a maior pena máxima dos crimes concorrentes, de maneira a fixar um novo marco penal punitivo dentro do qual é calculada a pena. Nas palavras de Maurach (1976, p. 457), “*en los casos en los que la ley más suave muestra un mínimo más riguroso que la más grave, no podrá rebajarse este mínimo (...). El marco penal ‘combinado’ oscila, en estos casos, entre el mínimo de la ley más suave y el máximo de la más grave*”.

À pena do crime mais grave, pelo sistema de combinação, podem ser aglutinadas também as consequências acessórias e secundárias de todos os outros crimes praticados. Admite-se, ainda, que circunstâncias agravantes presentes nos crimes de pena menos grave sejam levadas em conta para o estabelecimento da pena, quando não pertençam também à pena do tipo aplicado²¹⁷.

Esse sistema, responsável pela formação de uma *lex tertia* para o caso concreto, é adotado expressamente pelo Código Penal alemão para o concurso formal heterogêneo de crimes (§ 52)²¹⁸ e pelos códigos penais austríaco (§ 28)²¹⁹ e português (art. 77)²²⁰ para os casos de concurso de crimes em geral. Afirma-se que a tomada em consideração da pena mínima mais severa dentre as concorrentes e de outros elementos das penas concorrentes assenta-se no princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), uma vez que a prática de um segundo crime pelo agente poderia lhe propiciar condições de receber punição inferior do que se tivesse praticado apenas o primeiro crime²²¹. A consideração da pena mínima de outro crime para fixação de um novo marco penal, principal aspecto do sistema de combinação, é denominada de efeito oclusivo da lei mais benigna (*Sperrwirkung des milderer Gesetzes*)²²².

Conforme se extrai de alguns autores, o sistema de combinação, em realidade, é um sistema complementar a outros. Sanz Morán (1995, p. 219), nesse sentido, exemplifica que “*se acercará a la absorción cuando el límite máximo del nuevo marco penal coincida con el*

²¹⁷ Welzel (1976, p. 320), Mezger (1957, p. 390-391), Wessels (1976, p. 178), Maurach (1976, p. 457), Jescheck; Weigend (2002, p. 780), Aisa (2004, p. 74-76), Sanz Morán (2012, p. 50), Peñaranda Ramos (1991, p. 55), Calderón Cerezo (1995, p. 158-159) e Sanz Morán (1995, p. 225).

²¹⁸ Alemanha, 2014.

²¹⁹ Áustria, 1974.

²²⁰ Portugal, 1995.

²²¹ Sanz Morán (2012, p. 50) e Aisa (2004, p. 197).

²²² Maurach (1976, p. 457), Peñaranda Ramos (1991, p. 55-57), Sanz Morán (1995, p. 237), Choclán Montalvo (1997, p. 36-37).

de la infracción más gravemente penada; a la asperación, cuando se permita rebasar dicho límite". Na Alemanha, por exemplo, onde se adota o critério de combinação, aplica-se juntamente a esse o sistema de absorção²²³.

O sistema de combinação, ademais, tem sido reconhecido pela doutrina alemã atual, sob os mesmos fundamentos, como balizador da punição também nos casos de concurso aparente de normas penais²²⁴, entendimento que, segundo alguns autores, revela uma contradição com a concepção mais adequada acerca do concurso aparente de normas²²⁵. Com efeito, se o traço característico do concurso aparente é a apreensão completa do desvalor do crime por um único preceito, o reconhecimento de qualquer efeito decorrente do preceito afastado implicaria em *bis in idem* material²²⁶.

A adoção do sistema de combinação para o concurso aparente de normas penais tem como consequência, na Alemanha, a equiparação entre o concurso formal de crimes e o concurso aparente, uma vez que, como constata Mir Puig (1990, p. 737), para as duas situações se escolhe o preceito mais grave que, em seguida, pode ser agravado da mesma forma pela pena dos demais. A única diferença do concurso formal de crimes frente ao concurso aparente de normas, ainda assim carente de relevância, é apontada como sendo a função de clarificação do concurso formal (*Klarstellungsfunktion*). Essa função, segundo a doutrina, consiste no fato de que, ao ser o agente processado por todos os tipos realizados quando existente concurso formal, resta esclarecido o âmbito de atuação criminosa, apontando-se na sentença o exato conteúdo de injusto e de culpabilidade em que se origina a pena. No concurso aparente, ao contrário, os preceitos descartados não são mencionados na sentença²²⁷.

O reconhecimento do sistema de combinação tem sido discutido fora da Alemanha, notadamente na Espanha, onde é defendido por Choclán Montalvo (1995, p. 356-357); Cuello Contreras (1979, p. 74 e ss.) e Bacigalupo. Segundo afirma Bacigalupo (1999, p. 591):

La comprobación de un concurso ideal determina que sólo deba aplicarse una pena, que debe extraerse de la amenaza penal más grave. El Código Penal (art. 77) sigue este criterio; sin embargo, deja sin respuesta el problema que se da cuando el delito tiene la pena máxima más grave y tiene, a la vez, la pena mínima menos grave que el otro delito. En este supuesto

²²³ Assim prevê o § 52 do Código Penal alemão (ALEMANHA, 2014). Wessels (1976, p. 178), Welzel (1976, p. 320 e Maurach (1976, p. 454-455).

²²⁴ Nesse sentido apontam Jescheck; Weigend (2002, p. 795) e Welzel (1976, p. 320).

²²⁵ Maurach (1976, p. 446). Cf. Aisa (2004, p. 201) e Cuerdo Riezu (1992, p. 218).

²²⁶ Aisa (2004, p. 202-203).

²²⁷ Wessels (1976, p. 180), Maurach (1976, p. 455), Jescheck; Weigend (2002, p. 774), D'Almeida (2004, p. 101-103), Torres (2012, p. 32-33), Choclán Montalvo (1995, p. 349) e Aisa (2004, p. 199-200).

debe tenerse en cuenta que la pluralidad de lesiones no puede tener un efecto beneficiante del autor y, por lo tanto, debe asignarse al mínimo más alto una función de clausura, según la cual el autor no puede ser sancionado a una pena menos grave que la que le hubiera correspondido si hubiera violado sólo una ley (la del mínimo más alto).

Ainda assim, a doutrina não-alemã majoritária rechaça a combinação pelo fato de não haver previsão legal expressa para tanto, o que implicaria violação ao princípio da legalidade penal. Cuerda Riezu (1992, p. 219) afirma que “*esta tesis es inadmisibile porque infringe el principio de legalidad y conduce a resultados que perjudican al reo. En efecto, el artículo 68 obliga – y no faculta – a calificar única y exclusivamente por el precepto que aplique mayor sanción, y no por otro*”. No mesmo sentido, Torres (2012, p. 384) afirma que “*la combinación por parte del juzgador de las pensa de varios delitos supone una arrogación de función que competen exclusivamente al legislador*”²²⁸.

5.5 Sistema de absorção

No sistema de absorção ou absorção pura, aplica-se apenas a pena do delito mais grave entre os delitos concorrentes (*poena maior absorvet minorem*)²²⁹, podendo-se levar em conta os demais crimes praticados apenas para fixação da pena dentro dos patamares da pena do crime mais grave²³⁰. A absorção pode se dar com base na pena abstrata dos delitos ou pela pena em concreto.

Ao sistema de absorção, quando baseado na pena abstrata dos crimes concorrentes, atribui-se, como vantagem, a simplicidade para fixação da pena²³¹. Afirma-se, contudo, que o sistema de absorção possui o defeito de deixar impunes os crimes de menor gravidade praticados pelo agente, sendo, como afirma Sanz Morán (2012, p. 47-48), uma “carta branca” para a execução de outros crimes reprimidos com pena menor²³². Segundo Pessina (1936, p. 551), o sistema de absorção é contrário ao princípio de justiça:

²²⁸ Vide, ainda, Pessoa (1996, p. 94).

²²⁹ Villalobos (1975, p. 512), Novoa Monreal (1966, p. 257), Maggiore (1954, v. 2, p. 188), Pessina (1936, p. 551), Régis Prado (2012, p. 588-589), Aisa (2004, p. 74-76), Roux (1927, p. 320), Rosal; Ramos (1974, p. 274), Sanz Morán (1995, p. 217), Balestra (1994, p. 488) e Bitencourt (2010, p. 679-680).

²³⁰ Novoa Monreal (1966, p. 257) e Fontán Balestra (1994, p. 488).

²³¹ Sanz Morán (1995, p. 217).

²³² No mesmo sentido Ranieri (1975, v. 2, p. 137-139), Maggiore (1954, v. 2, p. 188), Bitencourt (2010, p. 679-680), Damásio de Jesus (2010, p. 643), Aisa (2004, p. 197), Novoa Monreal (1966, p. 257), Sanz Morán (1995, p. 217), Vidal (1921, p. 392) e Cuerda Riezu (1992, p. 165).

la absorción pura y simple de las penas menores en las mayores podría significar una excitación al culpable de un delito para cometer todos los demás que se le antojaran, en la seguridad de que no había de ser penado más que por el ya cometido, si era el más grave. Y a esto se añade que es contraria a justicia , no sólo porque consagra la impunidad de algunos delitos, sino también porque coloca en igual condición al que comete un solo delito y al que además de este realiza otros, más o menos graves que el primero.

O sistema de absorção é adotado, no Brasil, nas hipóteses de concurso aparente de normas penais, uma vez que o conteúdo de injusto e culpabilidade da norma prevalente é suficiente para reprovação do crime²³³, no Código Penal português, para o crime continuado (art. 79)²³⁴, bem como nos casos de concurso formal homogêneo de crimes, no Código Penal alemão (§ 52)²³⁵ e no Código Penal belga (art. 65)²³⁶.

O sistema de absorção, ainda, possui grande tradição no Direito Francês, que o adota por meio do chamado “princípio do não-cúmulo de penas” (“*principe du non-cumul des peines*”), pelo qual as penas dos delitos praticados em concurso material ou formal são absorvidas pela pena mais grave²³⁷. Esse princípio, previsto na França desde a Lei de Processo Criminal de 1791 (2ª parte, título VII, art. 40)²³⁸, contudo, sempre encontrou variadas exceções no ordenamento francês²³⁹. Atualmente, o princípio do não-cúmulo de penas se encontra previsto de maneira confusa nos artigos 132.2 à 132.7 do Código Penal francês, que o aplica de maneira distinta de acordo com a natureza das penas incorridas²⁴⁰.

5.6 Sistema de absorção com agravação

A absorção com agravação também possui a prevalência de uma única pena dentre as concorrentes (a mais grave), porém, com a previsão legal de um determinado aumento de pena. Apesar de alguns autores entenderem ser esse o caso do sistema da exasperação, conforme colocado, grande doutrina entende que o sistema de absorção com agravação se distingue pelo fato de que nele a pena concretizada não pode ultrapassar a pena máxima prevista no preceito secundário do tipo aplicado, enquanto no sistema de exasperação se

²³³ A doutrina espanhola também faz referência à incidência do sistema de absorção aos casos de concurso aparente de normas penais naquele país (CUERDA RIEZU, 1992, p. 166; CALDERÓN CERESO, 1995, p. 157-158).

²³⁴ PORTUGAL, 1995.

²³⁵ ALEMANHA, 2014.

²³⁶ BÉLGICA, 2010.

²³⁷ Vidal (1921, p. 398), Flour (1954, p. 587) e Bouzat (1951, p. 465).

²³⁸ Vabres (1947, p. 463-464) e Vidal (1921, p. 393).

²³⁹ Vidal (1921, p. 406), Garraud (1921, p. 501), Pradel (1995, p. 739), Bouzat (1951, p. 468).

²⁴⁰ FRANÇA, 2015.

reconhece esta possibilidade²⁴¹. De acordo com Sanz Morán (1995, p. 218), “*es importante subrayar la diferencia entre elevación de la pena más severa en que se incurrió, por encima de su marco penal propio, (...) y la imposición de la pena más severa dentro del marco penal de la más grave dentro del ámbito de la absorción*”.

O sistema de absorção com agravação é o adotado pelo Código Penal espanhol para o concurso formal e o concurso medial (art. 77)²⁴² e no Código Penal austríaco para todas as hipóteses de concorrência delitiva (§ 28.1)²⁴³.

Segundo Basileu Garcia (1952, p. 505), “o princípio regulador da aplicação da pena adotado pelo nosso legislador, no concurso formal, é, essencialmente, o da absorção, segundo o qual a pena maior absorve a menor (*poena major absorbet minorem*)”. A adoção do sistema da absorção pelo Código Penal brasileiro também é defendida por Jescheck e Weigend (2002, p. 782).

Pela concepção de que o aumento previsto para o concurso formal de crimes pode ultrapassar a pena máxima prevista originalmente para o crime mais grave, entendemos que o sistema adotado no Brasil para o concurso formal próprio é o da exasperação, e não o da absorção com agravação.

5.7 Sistema de pena unitária

O último sistema de punição de crimes em concurso referido pela doutrina é o sistema de pena unitária ou única (“*Einheitsstrafesystem*”), em que os crimes concorrentes carecem de qualquer relevância autônoma em relação à fixação da pena, importando apenas a personalidade do agente. Considerando que a pena nesse sistema é fixada com base na culpabilidade pela condução de vida do agente, torna-se desnecessário fixar a pena individual para cada delito ou até mesmo saber quantos delitos foram realizados, analisando-se, como afirma Jakobs (1983, p. 864), uma “massa indiferenciada de injusto”. Como define Maurach (1976, p. 477):

La última posibilidad estriba en el sometimiento de los hechos punibles realmente concurrentes, a una pena unitaria superpuesta por igual a todos ellos, de suerte que las particulares acciones desempeñen sólo un papel

²⁴¹ Cuerda Riezu (1992, p. 165-167), Sanz Morán (1995, p. 218), Calderón Cerezo (1995, p. 158), Torres (2012, p. 360), Aisa (2004, p. 74-76).

²⁴² ESPANHA, 1995. Sanz Morán (2012, p. 48-49), Cuerda Riezu (1992, p. 171), Aisa (2004, p. 76), Calderón Cerezo (1995, p. 157-158), Choclán Montalvo (1997, p. 35) e Torres (2012, p. 360).

²⁴³ ÁUSTRIA, 1974.

accesorio como simples factores de medición, sin manifestarse no como magnitudes aritméticas – al modo de la acumulación – ni siquiera como bases de computación – al estilo de la asperación.

Esse sistema de pena é fortemente criticado por caracterizar um direito penal do autor, e não do fato (SANZ MORÁN, 1995, p. 219-220). O sistema de pena unitária encontrou maior difusão “*en las épocas de una cierta exaltación del derecho penal de autor, como consecuencia de un derecho penal de la personalidad*” (MAURACH, 1976, p. 477), não chegando, contudo, a ser agasalhado em algum ordenamento, salvo, na Alemanha, dentro do direito penal juvenil (ÁLVAREZ POZO, 2007, p. 439).

Sanz Morán (1995, p. 218) destaca que os partidários desse sistema de punição apontam como vantagem a desnecessidade de medir as penas individuais de todos os crimes concorrentes, bem como fundamentam esse sistema sob a afirmação de que a culpabilidade é indivisível. Esse segundo argumento, contudo, é objetado por Cuerda Riezu (1991, p. 833) da seguinte maneira:

Jescheck defiende este sistema con el argumento de que la culpabilidad es indivisible, de modo que no es susceptible de ser fraccionada en ‘culpabilidades individuales’. Ahora bien, el Derecho penal está basado en el principio de la responsabilidad por el hecho, de lo que se deriva que cada realización de un tipo de injusto por un sujeto que es capaz de ser motivado por la norma origina una responsabilidad concreta e individual. El sistema seguido en España y Alemania, consistente en tipificar hechos punibles, obliga a recortar responsabilidades, por lo menos en lo que al Derecho penal de adultos se refiere. Luego no es cierto que la culpabilidad sea infraccionable, es que, por el contrario, la culpabilidad es por esencia fraccionable: a tantos tipos de injusto realizados por un sujeto culpable le corresponderán tantas responsabilidades, pudiendo ser distinta la culpabilidad respecto a cada tipo de injusto.

É importante esclarecer, todavia, que a denominação “sistema de pena única” é utilizada também em outros sentidos além do supracitado, podendo ser referente a um sistema de punição em que é utilizado tanto nas hipóteses de concurso formal quanto de concurso material de crimes, ou então para designar a unificação das penas dos delitos concorrentes em uma “pena global”, entendida simplesmente como a pena após a exasperação legal²⁴⁴.

5.8 A possível desproporcionalidade entre a punição por concurso formal de crimes e por continuidade delitiva no Brasil

²⁴⁴ Vide Álvarez Pozo (2007, p. 441-442), Sanz Morán (1995, p. 219-220) e Wessels (1976, p. 179).

O art. 70 do Código Penal estabelece, para a ação única que realiza uma pluralidade de crimes com unidade de desígnio, o concurso formal próprio, com exasperação da pena mais grave ou de qualquer delas, se iguais, na razão de um sexto até a metade. Havendo desígnios autônomos, todavia, aplicam-se as regras do concurso material.

Perante a previsão do crime continuado no art. 71 do Código Penal, é possível pensar a existência de situações de concurso formal impróprio em que, tivesse o agente praticado os mesmos crimes por meio de várias ações ao invés de uma, seria ele alcançado pela figura da continuidade delitiva, com aplicação do sistema de exasperação ao invés do sistema de acumulação jurídica.

A argumentação do já citado item 57 da Exposição de Motivos da Parte Geral de 1984, que justificou a inserção do parágrafo único do art. 70, em que se prevê a figura do concurso material benéfico, alcança, de maneira idêntica, o problema ora apontado: “quem comete mais de um crime, com uma única ação, não pode sofrer pena mais grave do que a imposta ao agente que reiteradamente, com mais de uma ação, comete os mesmos crimes”.

Para os casos de concurso formal impróprio em que o agente poderia ter sido alcançado pela categoria do crime continuado, caso tivesse praticado os crimes mediante pluralidade de ação, ao invés de unidade, temos como nítida a imposição, em analogia ao concurso material benéfico, de um “crime continuado benéfico”, aplicando-se as regras da continuidade delitiva a esse caso específico de unidade de ação.

6 CRÍTICAS AO CONCURSO FORMAL E À SOLUÇÃO DIFERENCIADORA DO CONCURSO DE CRIMES

6.1 Críticas da doutrina

Muitos autores criticam o tratamento diferenciador do concurso de crimes entre o concurso material e o concurso formal. Binding (1885, p. 576 apud AISA, 2004, p. 89), classificando a distinção entre as duas formas de concurso como um dos fatos mais lamentáveis da história jurídica recente, afirma que a prática de delitos por meio de uma única ação pode mostrar uma meditação criminal mais refinada, indicando maior periculosidade do agente. Wegscheider (1980, p. 28 e ss. apud AISA, 2004, p. 89), igualmente, aduz que dificilmente se pode sustentar uma diferença sob o ponto de vista abstrato em relação ao desvalor dos crimes praticados em concurso material ou formal, sustentando que, sob a ótica do desvalor do resultado, pouco importa se várias pessoas são mortas por meio de uma granada ou de vários tiros, e que o desvalor da ação só pode ser comparado no caso concreto.

O tratamento punitivo atenuado dado pelo concurso formal também é fortemente criticado por Correia (1945, p. 138 e ss.). Segundo esse autor:

do ponto de vista da dignidade penal, não conseguimos descobrir o *quid* em que reside “o menos” do concurso ideal em face das formas do concurso real de crimes. Sob o aspecto da valoração objectiva, não pode duvidar-se de que nada apoia a distinção. Tanto num caso como noutro, sendo efectivamente violados vários preceptos legais, são negados também valores jurídico-criminais diversos e autónomos (...). Com efeito, logo uma primeira reflexão mostra que as diversas violações causadas por uma só conduta podem ser entre si de todo independentes, só se tendo verificado cumulativamente porque o agente assim o desejou e quis. É o caso, v. g., de alguém disparar de maneira a matar com o mesmo tiro, ou a ferir, duas ou mais pessoas, quando poderia tê-lo feito de modo a atingir só uma. Por outro lado, sendo embora incindíveis as duas violações, pode bem suceder que o agente as tenha desejado e querido a tôdas. Não será perfeitamente possível que quem viola uma mulher casada o faça, não só dominado pelo apetite carnal, mas também querendo a um tempo injuriar o marido da vítima? Ora onde buscar, nestes e em todos os casos de tipo semelhante, a tal diminuição da liberdade do agente, e onde fundamentar, portanto, a correspondente atenuação da sua culpa? (...). De facto, a pretendida diminuição da liberdade de decisão e correspondentemente da culpa, dada tal indivisibilidade, é bem compensada, senão excedida pela especial capacidade criminosa, pelo maior embotamento e endurecimento da sensibilidade do agente, na medida em que êste vence de uma só os contra-motivos ético-jurídicos autónomos, as diversas ameaças penais inerentes à representação das plúrimas violações a que o seu comportamento dará lugar.

Vives Antón (1981, p. 40 e ss. apud TORRES, 2012, p. 358) critica a solução diferenciadora do concurso de crimes afirmando que “*no tiene por qué traducirse en un distinto régimen penológico, desde el momento en que se trata de una diferencia puramente naturalística. En el orden valorativo, las hipótesis son idénticas: en ambos casos concurre una pluralidad de infracciones*”. No mesmo sentido opinam Quintero Olivares (1996, p. 574) e Bustos Ramírez e Malarée (1997, p. 204) e Cuello Contreras (1979, p. 75), quem entende que

no tiene sentido el esfuerzo por distinguir los conceptos de unidad de acción-pluralidad de acciones, cae por tierra el fundamento dogmático sobre el que se hacía descansar el tratamiento diferenciado de una y otra modalidad concursal. En este sentido, sería lamentable extraer consecuencias tan graves para el destino de las personas, como es la determinación de la pena, de criterios tan formales e irrealizables como los de unidad y pluralidad de acciones, basados en la más recalcitrante jurisprudencia de conceptos. Lógicamente, al caer por tierra la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, tenía que hacerlo al mismo tiempo la distinción entre concurso ideal y real de delitos (y por ende el tratamiento penal diferenciado). Como ya hemos tenido ocasión de ver alguna vez, hay casos excepcionales en que la infracción de una pluralidad de normas mediante una serie de actos (unidad de acción) es tan grave como la pluralidad de acciones, en cuyo caso sería absurdo castigar más severamente el concurso real que el ideal.

Fontecilla Riquelme (1956, p. 84-85), por sua vez, formula as seguintes críticas à solução diferenciadora do concurso de crimes:

si el delincuente se propuso, con una sola acción, realizar dos delitos, es absurdo no considerar dos infracciones susceptibles de formar un concurso material.(...) Resulta, pues, manifiestamente incierta y artificiosa la construcción del llamado concurso ideal y con razón se há llegado a dudar de su propio fundamento, o sea, la unidad de la acción que lo distingue del concurso material (...) En suma, separado ya definitivamente de la esfera del concurso ideal el concurso aparente de leyes, eliminada la figura de los delitos en conexión ideológica (relación de medio a fin), descartada la hipótesis de la aberratio ictus, derrubado el criterio de la acción única como fundamento, nos preguntamos, ¿qué puede quedarnos, entonces, del llamado concurso ideal? En realidad, nada.

Outros autores registram a inconveniência da separação com esteio na dificuldade residente na contagem de ações. Assim opina Geerds (1961, p. 429 e ss. apud CUELLO CONTRERAS, 1979, p. 60), para quem o conceito de ação é inidôneo para ser decomposto em unidades. Jakobs (1983, p. 1090) aduz ser duvidosa a constitucionalidade da discriminação no tratamento dos casos de unidade e pluralidade de ação, em função da

arbitrariedade do limite entre as duas formas. Soler (1992, p. 353), nas últimas edições de seu tratado, também sugere um abandono do concurso formal de crimes:

El resultado de ese análisis, según se ve, es destructivo de la teoría del concurso ideal, porque toda pluralidad de encuadramientos sería una posible pluralidad de delitos, salvo cuando una de las figuras pudiera asumir una función consuntiva y abarcante. Entre el concurso real y el concurso aparente no habría lugar para una forma intermedia, para el concurso ideal o formal. La teoría del concurso de leyes, al adquirir desarrollo, ha mostrado la insuficiencia y el empirismo de la teoría del concurso ideal y al mismo tiempo la razón de las dificultades con que ésta ha tropezado.

6.2 O tratamento unitário do concurso de crimes nas legislações

Alguns códigos penais não fazem distinção entre concurso material e formal de crimes, adotando uma única solução penológica para os casos de concorrência delitiva. Nesse grupo, encontra-se o Código Penal austríaco que prevê, em seu § 28 o sistema de absorção com agravamento da pena para os crimes praticados mediante uma ou várias ações, com exceção apenas para determinados casos de concorrência de penas de distinta natureza²⁴⁵. O Código Penal suíço possui previsão bastante semelhante, adotando, em seu artigo 68, distintos sistemas de punição para concorrência delitiva, que se apoiam, contudo, não na dicotomia entre concurso material e formal, mas tão somente na natureza das penas concorrentes²⁴⁶.

Outro código que não distingue entre concurso formal e concurso material de crimes é o Código Penal português. Seu artigo 77 prevê o mesmo tratamento para os crimes praticados antes do trânsito em julgado por qualquer deles, ignorando a unidade ou pluralidade de ação e, na esteira dos códigos austríaco e suíço, impondo diferenciações quanto ao sistema de punição baseadas apenas na natureza das penas concorrentes²⁴⁷.

O ordenamento francês, por fim, também não prevê diferenciação entre concurso formal e material de crimes, embora parte da doutrina reconheça sua existência afirmando que a proibição de que, de um mesmo fato, se originem várias sanções decorre de princípios gerais de Direito²⁴⁸. O reconhecimento doutrinário do concurso formal de crimes, todavia, não impõe grande distinção prática, uma vez que o sistema adotado pelo Código Penal francês para os casos de concorrência delitiva já é o sistema de absorção (art. 132.2-132.7). Na esteira

²⁴⁵ ÁUSTRIA, 1974.

²⁴⁶ SUÍÇA, 2014.

²⁴⁷ PORTUGAL, 1995.

²⁴⁸ Flour (1954, p. 585), Bouzat (1951, p. 475) e Vabres (1947, p. 463).

dos demais códigos que adotam a solução unitária do concurso de crimes, o Código Penal francês prevê possibilidade de sistema de punição diverso no caso de concorrência de penas de natureza distinta, em que se aplica um sistema de acumulação²⁴⁹. Entendemos que o reconhecimento extralegal do concurso formal impacta apenas essa segunda hipótese de concorrência.

Como já exposto, o Anteprojeto de Código Penal preparado por Nelson Hungria (1969) previa acabar com a solução diferenciadora do concurso de crimes e previa idêntico tratamento para os crimes decorrentes de uma ou várias ações (art. 65). A redação do dispositivo original, todavia, foi alterada no texto final aprovado pelo Decreto-lei 1.004/69 (BRASIL, 1969), voltando à distinção entre concurso formal e concurso material no art. 67, parágrafo único.

Embora a diferenciação entre concurso formal e material de crimes seja, portanto, comum no direito estrangeiro, é possível identificar, nos ordenamentos diferenciadores, uma recente tendência à equiparação entre essas formas de concurso em algumas situações delitivas, com o abandono da punição determinada pelo concurso formal em casos de unidade de ação, em favor da punição pelas regras do concurso material. Tal solução vem sendo defendida em casos em que, com uma única ação, o agente produz um resultado extremamente grave, como, por exemplo, quando, com uma ação, se produz a morte de um grande número de pessoas. O Código Penal espanhol, nesse sentido, prevê o tratamento unitário do concurso de crimes no art. 346-1, para hipóteses de provocação de explosão²⁵⁰.

²⁴⁹ FRANÇA, 2015.

²⁵⁰ ESPANHA, 1995.

7 CONCLUSÃO

1. O concurso formal de crimes encontra-se inserido dentro da teoria do concurso de normas, que engloba, além dele, o concurso material, o crime continuado, hipóteses de concurso de crimes, em sentido estrito, e o concurso aparente de normas penais.
2. Todas as categorias da teoria do concurso de normas têm seus pressupostos e consequências definidos em função dos princípios *non bis in idem* material e da íntegra valoração.
3. Por ser o concurso formal de crimes uma categoria intermediária entre o concurso material e o concurso aparente de normas, a pena total dos crimes, nessa forma de concurso, deve ser superior à do crime concorrente mais grave e inferior à que seria cabível pelo concurso material de crimes.
4. As categorias da teoria do concurso de normas têm, como pressupostos comuns, a identidade subjetiva do agente e a pluralidade de valorações normativas e, por isso, a teoria que melhor explica a natureza jurídica do concurso formal de crimes é a teoria pluralista.
5. São pressupostos do concurso formal de crimes a unidade de ação, a existência de uma pluralidade de crimes em decorrência dessa ação unitária e a inexistência de concurso aparente de normas penais.
6. O conceito de unidade de ação no concurso formal de crimes deve ser definido por meio da identidade total ou parcial dos atos executivos típicos dos delitos concorrentes e pela teoria da unidade típica de ação.
7. O conceito de desígnios, responsável pela diferenciação do concurso formal entre próprio e impróprio, deve ser compreendido como dolo direto de primeiro grau.
8. Pela existência de sobreposição valorativa parcial entre os crimes em concurso formal e pela existência de uma culpabilidade unitária, a pena do concurso formal impróprio deve ser inferior à que seria cabível por concurso material.

9. Pelos mesmos fundamentos que determinam o reconhecimento do concurso material benéfico, deve-se reconhecer a existência de um “crime continuado benéfico”, nas hipóteses de concurso formal impróprio em que o agente faria jus à exasperação da continuidade delitiva, caso tivesse praticado os crimes por meio de mais de uma ação.

8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUÑA, Jean Pierre Matus. La Teoría del Concurso (Aparente) de Leyes en la Dogmática Alemana, desde sus Orígenes hasta el Presente (Primera Parte). In *Ius et Praxis*, vol. 6, n. 2, 2000, p. 295-371. Disponível na internet em <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/20/20_la_teoría_del%20ConcursC.pdf>, acesso em 14.10.2014.

_____. Los criterios de distinción entre el concurso de leyes y las restantes figuras concursales en el código penal español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 58, n. 2, p. 463-493, mai./ago. 2005.

AGGEO, Miguel Ángel Arce. Concurso de delitos en materia penal: Su evolución desde el finalismo hasta el funcionalismo. Una visión de la pluralidad de delitos desde la perspectiva de la Ontología del lenguaje y la Teoría comunicativa del delito. 2ª ed. atual.. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2007.

AISA, Estrella Escuchuri. Teoría del concurso de leyes y de delitos: bases para una revisión crítica. Ed. Comares: Granada, 2004.

_____. El principio *non bis in idem* y el concurso de leyes penales en la dogmática y jurisprudências españolas. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 16, p. 195-256, 2005.

_____. Unidade de ação e pluralidade delitiva. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, ano 3, vol. 5, p. 96-129, jul./dez., 2006.

_____. Los principios de *non bis in idem* y de íntegra valoración del hecho en el marco del concurso de leyes. *Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 6, n. 10, p. 57-99, jan./jun., 2009.

ALEMANHA. Strafgesetzbuch (StGB). Ausfertigungsdatum: 15.05.1871. Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. April 2014 (BGBl. I S. 410) geändert worden ist. Disponível na internet em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>>, acesso em 05.08.2014.

_____. Strafprozeßordnung (StPO). Ausfertigungsdatum: 12.09.1950. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch Artikel 2 Absatz 3 des Gesetzes vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10) geändert worden ist". Disponível na internet em <<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>>, acesso em 02.03.2015.

ALIMENA, Bernardino. Del concorso di reati e di pene. In *Enciclopedia del diritto italiano* (a cura di E. Pessina), V. Milano, 1904.

ÁLVAREZ POZO, María de la Palma. El concurso ideal de delitos. Granada: Editorial de la Universidad de Granada, 2007.

AMERICANO, Odin I. do Brasil. Concurso aparente de normas. Belo Horizonte: Ed. Sion, 1958.

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. O concurso de crimes no novo código penal. *Ciência Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 83-105, 1975.

ANTOLISEI, Francesco. Sul concorso apparente di norme. *Rivista Italiana di Diritto Penale*, anno I, n. 1-3, giugno, Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1948.

_____. Reato composto, reato complesso e progressione criminosa. *Archivio Penale*, Fascicolo III-IV, mar./apr., Roma: Juris Domus, 1949.

_____. Manuale di diritto penale: parte generale. 14ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 1997.

ARGENTINA. Código Penal, Ley 11.179, 1984. Disponível na internet em <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#10>, acesso em 12.03.2015.

ASÚA, Luis Jiménez de. Tratado de Derecho Penal, Tomo II: Filosofía y Ley Penal. Buenos Aires: Editorial Losada, 1950.

ÁUSTRIA. Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB). StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 u. 1000 AB 959 u. 1011 S. 84. u. 98. BR: S. 326.). Disponível na internet em <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1974_60_0/1974_60_0.pdf>, acesso em 04.10.2014.

AVALOS, Daniel Núñez. El concurso aparente de normas penales. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2010.

ÁVILA, Juan José. Descripciones de acción y concurso de delitos. *Doctrina penal: Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, v. 15, 59/60, p. 385-398, jul./dez., 1992.

AZZALI, Giampiero. Artt. 515 e 517 CP: concorso ideale di reati o concorso apparente di norme. *Bollettino dell'Istituto di Diritto e Procedura Penale*, Pavia, p. 23-54, 1961/1962.

AYALA GARCÍA, Juan Mateo. Delito permanente, delito habitual y delito complejo. In *Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos*. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

AYALA GÓMEZ, Ignacio. El delito masa. In *Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos*. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal: parte general. 2ª ed.. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.

BARBOSA, Marcelo Fortes. Concurso de normas penais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1976.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El principio non bis in idem. Madrid: Dykinson, 2004.

BARRETTO, Tobias. Menores e loucos em direito criminal: estudo sobre o art. 10 do Código Criminal Brasileiro seguido de um appendice sobre o fundamento do direito de punir. 2ª ed., aum.. Recife: Typographia Central, 1886.

BASILEU GARCIA. Instituições de direito penal. Vol. I, Tomo II. São Paulo: Max Limonad, 1952.

BAUMGARTEN, Arthur. Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzkonkurrenz. Straflliche Abhandlungen, Heft 103, Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1909.

BÉJAR GARCÍA, Francisco Javier. Concurso de leyes en derecho penal. In Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

BÉLGICA. Code Penal. Texto original de 08.06.1867, atualizado até 30.03.2010. Disponível na internet em <<http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/16036/preview>>, acesso em 12.03.2015.

BENTO DE FARIA. Código Penal brasileiro (comentado), volume III. Rio de Janeiro: Récord Editora, 1961.

BEZÉ, Patricia Mothé Glioche. Concurso formal e crime continuado. Brasil: Renovar, 2001.

BETTIOL, Giuseppe. Diritto penale: parte generale. 8ª ed. rev. e ampl.. Milão: CEDAM, 1973.

BEZERRA, Ulysses Gomes Bezerra. Princípio da consunção: fundamentos e critérios de aplicação. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 87, ano 18, nov/dez, 2010.

BINDING, Karl. Handbuch des Strafrechts, Erster Band. Leipzig, 1885.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral 1. 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: EDIPRO, 2001.

BOUZAT, Pierre. Traité théorique et pratique de droit pénal. 5ª ed., Paris: Librairie Dalloz, 1951.

BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830 - Código Criminal do Império. Disponível na internet em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>, acesso em 17.06.2014.

_____. Decreto nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Disponível na internet em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-norma-pe.html>>, acesso em 17.06.2014.

_____. Decreto-Lei 1.004, de 21 de outubro de 1969. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, out./dez., ano VI, n. 24. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1969.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *Habeas Corpus* 81134/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Brasília, DJ 06.09.2007. Disponível na internet em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881134%2ENUM E%2E+OU+81134%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pyorcmr>>, acesso em 03.12.2014.

_____. _____. Primeira Turma, *Habeas Corpus* 93536/SP, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 06.08.2009. Disponível na internet em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2893536%2ENUME%2E+OU+93536%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2npffv>, acesso em 03.12.2014.

_____. _____. Primeira Turma, *Habeas Corpus* 98960/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 25.10.2011. Disponível na internet em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1607248>>, acesso em 09.12.2014.

_____. _____. Primeira Turma, *Habeas Corpus* 73.548/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 17.05.1996. Disponível na internet em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2873548%2ENUM E%2E+OU+73548%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oby5bas>>, acesso em 13.02.2015.

_____. _____. Tribunal Pleno, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 17.12.2011. Disponível na internet em <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>, acesso em 09.12.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 191.490/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Brasília, DJ 09.10.2012. Disponível na internet em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=191490&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO#DOC1>, acesso em 13.02.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* 85.513/DF, Rel. Des. Conv. Jane Silva, Brasília, DJ 01.10.2007. Disponível na internet em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200701449632&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>, acesso em 13.02.2015.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Disponível na internet em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>, acesso em 28.03.2015.

BRUNO, Aníbal. Direito penal: parte geral. Tomo II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1959.

BURGSTALLER, Manfred. Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht. JBl, 1978, p. 393-404 e 459-470.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; MALARÉE, Hernán Hormazábal. Lecciones de derecho penal, vol. I. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

CAEIRO, Pedro. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Negligência inconsciente e pluralidade de eventos: tipo de ilícito negligente – unidade criminosa e concurso de crimes – princípio da culpa. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Coimbra, v. 6, n. 1. p. 127-142, jan./mar., 1996.

CALDERÓN CERESO, Angel. El concurso real de delitos y sus consecuencias punitivas. In Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

CAMPOS, Francisco. Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, out./dez., ano VI, n. 24. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1969.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, vol. 1, parte geral (arts. 1º a 120). 16ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARAMUTI, Carlos S. Concurso de delitos. 2ª ed. atual. e ampl. com colaboração de Marcela de Langhe. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2010.

CARRARA, Francesco. Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Programa do Curso de Direito Criminal: Parte Geral, vol. II. São Paulo: Saraiva, 1957.

CARVALHO FILHO, José Cândido. Concurso aparente de normas penais. Rio de Janeiro: Renavan, 2009.

CERESO MIR, José. Límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 28, n. 2, p. 159-173, mai./ago., 1975.

_____. Derecho penal: parte general. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais; Lima, PE: ARA Editores, 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Algunas precisiones acerca de la teoría del concurso de infracciones. In Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

_____. El concurso de infracciones en la reforma penal. Cuadernos de Política Criminal, Madrid, n. 61, p. 7-49, 1997.

COBO DEL ROSAL, Manuel. Sobre el delito continuado (consideraciones doctrinales y jurisprudenciales). In Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

CONTI, Néstor Jesús. Alguns consideraciones acerca de la teoría del concurso de delitos. 2006. Disponível na internet em <__new.pensamientopenal.com.ar_sites_default_files_2011_08_30conti>, acesso em 21.02.2015.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. Unidade e pluralidade de infracções: a teoria do concurso em direito criminal. Coimbra: Atlântida, 1945.

COSTA E SILVA, A. J. DA. Código Penal, volume 1: arts. 1 a 74. São Paulo: 1943.

COSTA JR., Paulo José da. O concurso de crimes no anteprojeto. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, Rio de Janeiro, v. 1, n. 4, p. 105-110, jan./mar., 1964.

_____. Curso de direito penal. 9ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2008.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 32, n. 1, p. 45-91, jan./abr., 1979.

CUERDA RIEZU, Antonio. El concurso de delitos en el borrador de anteproyecto de código penal de 1990. In Anuario de derecho penal y ciencias penales. Madrid, t. 44, n. 3, Sep./Dic., 1991, p.821-866.

_____. Concurso de delitos y determinación de la pena: análisis legal, doctrinal y jurisprudencial. Madrid: Editorial Tecnos, 1992.

_____. La unidad de delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Política criminal y nuevo derecho penal: libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. O “Concurso de normas” em direito penal. Coimbra: Ed. Almedina, 2004.

DEGOIS, C. Traité élémentaire de droit criminel. 2ª ed., rev. e aum.. Paris: Librairie Dalloz, 1922.

DEL ROSAL, Juan. RAMOS, Luis Rodriguez. Compendio de derecho penal español: parte general. Madrid: Darro, 1974.

DELITALA, Giacomo. Diritto penale, v. I. Milão: Giuffrè Editore, 1976.

DEVESA, Jose Maria Rodriguez. GOMEZ, Alfonso Serrano. Derecho penal español: parte general. 17ª ed., Madrid: Dykinson, 1994.

DOTTI, René Ariel. Curso de direito penal: parte geral. 3ª ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

DULCE LIFANTE, Eduardo Torres. El concurso ideal de delitos: una aproximación doctrinal y jurisprudencial. In Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. Teoria geral do concurso de crimes. Ciências Penais: Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 305-322, jul./dez., 2006.

ESPAÑA. Real decreto de 14.09.1882 (Ley de Enjuiciamiento Criminal). Boletín Oficial del Estado, n. 260 de 17.09.1882. Disponível na internet em <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>>, acesso em 04.09.2014.

_____. Decreto 3096/1973. Boletín Oficial del Estado de 12/15 diciembre 1973, n. 297-300, p. 24004-24291. Disponível na internet em <<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1973/297/R24004-24291.pdf>>, acesso em 05.12.2014.

_____. Ley Organica 10/1995 (Código Penal), actualizado a 31-1-2011. Disponível na internet em <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf>, acesso em 04.09.2014.

_____. Tribunal Constitucional Espanhol. Sentença 2/1981 de 30 de janeiro. Disponível na internet em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2>>, acesso em 27.08.14.

_____. _____. Sentença 234/1991 de 10 de dezembro. Disponível na internet em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2>>, acesso em 27.08.14.

_____. _____. Sentença 270/1994, de 17 de outubro. Disponível na internet em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2>>, acesso em 27.08.14.

_____. _____. Sentença 177/1999, de 11 de outubro. Disponível na internet em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2>>, acesso em 27.08.14.

_____. _____. Sentença 2/2003, de 16 de janeiro. Disponível na internet em <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/pt/Resolucion/Show/2>>, acesso em 27.08.14.

_____. Tribunal Supremo. Sentença 20999/92, de 23 de abril de 1992. Disponível na internet em <<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5798641&links=&optimize=20101216&publicinterface=true>>, acesso em 11.03.2015.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Diritto penale: parte generale. 2ª ed., Bolonha: Zanichelli, 1989.

FIGLIORE, Carlo. Diritto penale: parte generale, II.. Torino: UTET, 1997.

FLOUR, Jacques. Cours de Droit Criminel. Paris: Les Cours de Droit, 1954-1955.

FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal: introducción y parte general. 14ª ed., rev. e aum. por Guillermo Ledesma. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal: parte geral. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANÇA. Code pénal. Version consolidée au 14 février 2015. Disponível na internet em <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>>, acesso em 12.03.2015.

FRANK. Reinhard. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, auflage 18. Tübingen, 1931.

FREDERICO MARQUES, José. Tratado de direito penal, vol. II. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1965.

FROSALI, Raoul Alberto. Sistema penale italiano: parte prima, v. II. Torino: UTET, 1958.

_____. Concorso di norme e concorso di reati. Reimpressão da primeira edição de 1936. Milão: Giuffré, 1971.

GALVÁN GONZÁLEZ, Francisco. Concorso de delitos: análisis comparado entre España y México. Salamanca, 2010. Disponível na internet em <gredos.usal.es/jsui/bitstream/10366/108969/1/DDPG_Galvan_Gonzalez_F_ConcursoDeDelitos>, acesso em 05.12.2014.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral. 5ª ed., rev. atual. e aum.. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA E SILVA, Luis Antonio da. Exposição de Motivos do Código Penal de 1969. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, out./dez., ano VI, n. 24. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1969.

GARCÍA ALBERO, Ramón. “Non bis in idem” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs, 1995.

_____. Sobre la denominada “unidad natural de acción”: A propósito de la STS de 23 de junio de 1989, ponente Sr. D. Antonio Huerta y Alvarez de Lara. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo XLVII, fascículo II, p. 211-239. Madrid: Ed. Centro de Publicaciones, 1994.

GAROFALO, Rafael. Criminologia. São Paulo: Teixeira & Irmão Editores, 1893.

GARRAUD, R. Précis de Droit Criminel. 13ª ed., Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921.

GEERDS, Friedrich. Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht. Hamburgo, 1961.

GOÑI, Alfredo Haro. El non bis in idem en México. Cidade do México: Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.. Comentarios al Código penal de 1995. Org. Vives Antón. Valência: Tirant lo Blach, 1996.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. La estructura de la teoria del delito. Tradução da 4ª ed. alemã por Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.

_____. Grenzen der Idealkonkurrenz. In ZStW 61, 1941.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Concurso de leyes, error y participación en el delito: a propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñarada. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Madrid, t. 45, fascículo 3, sep/dic. 1992.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRISPIGNI, Filippo. Diritto penale italiano, v. 1. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1952.

GUALLART DE VIALA, Alfonso. Parricidio-asesinato: ¿concurso de leyes o concurso ideal de delitos?. Actualidade Penal: publicación técnico-jurídica de derecho penal. Madrid, semana 8, n.37, p. 401-424, out. 1990.

HOLANDA. Código Penal. 1881. Disponível na internet em http://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/EersteBoek/TitelVI/geldigheidsdatum_12-03-2015/opslaan, acesso em 12.03.2015.

HONIG, Richard. Studien zur juristischen und natürlichen handlungseinheit, zugleich ein beitrage zur strafrechtsreform. Berlin: Bensheimer, 1925.

_____. Straflose Vor-und Nachtat. Reimpressão (1978), Leipzig: Aalen, 1927.

HÖPFNER, Wilhelm. Einheit und mehrheit der verbrechen. Eine strafrechtliche untersuchung. Berlin: Franz Vahlen, 1908.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do Concurso Aparente de Normas Penais. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

HUERTA, Mariano Jiménez. Derecho Penal Mexicano, Tomo I: Introducción al estudio de las figuras típicas. Ciudad de Mexico: Porrúa, 1972.

HUNGRIA, Nelson. Anteprojeto de Código Penal. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, out./dez., ano VI, n. 24. Brasília: Serviço Gráfico do Senado Federal, 1969.

IMPALLOMENI, Giambattista. L'Omicidio nel Diritto Penale. 2ª ed., Torino: Unione Tipografico Editrice, 1900.

ITÁLIA. Codice Penale. Testo coordinato ed aggiornato al 21.03.2014 del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Disponível na internet em <<http://www.altalex.com/?idnot=36653>>, acesso em 04.10.2014.

_____. Codice penale del Regno d'Italia. G.U. di Pubblicazione: 26 ottobre 1930, n. 251. Disponível na internet em <http://it.wikisource.org/wiki/Codice_penale>, acesso em 03.12.2014.

_____. Codice penale e di procedura penale (R. Decreto 30 giugno 1889, num. 6133 (serie 3 a)). 3ª ed., Milano: Ed. Libraio Della Real Casa, 1932. Disponível na internet em <http://archive.org/stream/codicepenaleedi00italgoog/codicepenaleedi00italgoog_djvu.txt>, acesso em 17.06.2014.

_____. Relazione della Commissione della Camera dei Deputati, composta dai deputati P. S. Manzini (presidente), T. Villa (vicepresidente relatore), sul progetto del Codice Penale presentato alla Camera dei Deputati da S.E. il ministro di Grazia e Giustizia G. Zanardelli, seguita dalle proposte, voti, osservazioni della Commissione e di varii deputati. Unione Tipografico-Editrice, 1888, n. XCVII y XCVIII.

JAKOBS, Günther. Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, Berlim-Nova Iorque, 1983.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal: parte general. 5ª ed., Granada: Comares, 2002. Título original: Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil. 5 vollständig Neubearb. u. erw. Aufl. Berlin: Dunker u Humblot, 1996.

JESUS, Damásio E. de. Conflito aparente de normas penais. In Julgados dos Tribunais de Alçada de S. Paulo. São Paulo: Ed. LEX Ltda, abr/jun, 1969.

_____. Direito penal: parte geral. 1º vol. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

JUBERT, Ujala Joshi. Unidad de hecho y concurso medial de delitos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 45, n. 2, p. 613-636, mai./ago., 1992.

KAUFMANN, Armin. Teoria da norma jurídica. Título original: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Traduzido da edição de Verlag Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1954. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOCH, Johannes Cristoph. Institutiones Iuris Criminalis. Jenæ, 1758.

KÖHLER, August. Die Grenzlinien Zwischen Idealkonkurrenz Und Gesetzeskonkurrenz. Munique: Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1900.

KÖSTLIN, R. System des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil. Tübingen, 1885, p. 537.

LIEBS, Detlef. Die Herkunft der Regel bis de eadem re ne sit actio. Zeitschrift der Savigny-Stiftung-Römische Abteilung. ZSS 84, 1967.

LISZT, Franz Von. Tratado de Direito Penal Allemão. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

_____. Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch, 1886. In Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. I, Berlim, 1905.

LISZT, Franz Von; SCHMIDT, Eberhard. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Berlim, 1932.

LOPES, Jair Leonardo. Curso de direito penal: parte geral. 3ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Nova parte geral do Código Penal: inovações comentadas. Belo Horizonte: Del Rey, 1985.

LYRA, Roberto. Comentários ao código penal, vol. II. 2ª ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

ALCÂNTARA MACHADO. O projeto do Código Criminal perante a crítica, 1939. Disponível na internet em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/65894/68505>, acesso em 15.11.2014.

MAGGIORE, Giuseppe. Derecho penal, vol. II. Tradução do italiano Diritto penale, 5ª ed., Bolonha: Ed. N. Zanichelli, 1951-1952, por José Ortega Torres. Bogotá: Editorial Temis, 1954.

MAIWALD, Manfred. Die natürliche Handlungseinheit. Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag, 1964.

MANTOVANI, Ferrando. Concorso e conflitto di norme nel diritto penale. Bolonha: Nicola Zanichelli, 1966.

_____. Diritto penale: parte generale. 4ª ed.. Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani., 2001.

MANZINI, Vincenzo. Tratado de derecho penal, tomo 3, vol. III. Tradução do italiano Trattato di diritto penale italiano, vol. II, Torino: UTET, 1941, por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediar Editores, 1949.

MARSICO, Alfredo de. Diritto penale: parte generale. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1969.

MASSARI, Edoardo. Il Momento Esecutivo del Reato. Napoli, 1934.

MASSON, Cleber Rogério. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol. 1. 3ª ed. rev. atual e aum.. São Paulo: Método 2010.

MASUCCI. A. Concorso di reati e di pene. In Novissimo Digesto Italiano, v. VIII, parte primeira, n. 49. Torino: Utet, 1986.

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal, vol. II. Barcelona: Ariel, 1962.

MAYER, Max Ernst. Strafrecht: Allgemeiner Teil. Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1915.

MAYNEZ, Eduardo Garcia. Introduccion al estudio del Derecho. 7ª ed., México D. F.: Porrúa, 1956.

MERKEL, Adolph. Die Strafanwendung beim Zusammenfluss von Verbrechen (Lehre von der Verbrechensconcurrentz), en Holtzendorff, Franz v. (Hrsg.): Handbuch des deutschen Strafrechts Bd. II, Allgemeiner Teil, Berlim, 1871.

MERLE, Roger. VITU, André. Traité de droit criminel. Paris:Éditions Cujas, 1967.

MESTIERI, João. Teoria elementar do direito criminal: parte geral. Rio de Janeiro: J. Mestieri, 1990.

MÉXICO. Código Penal. Disponível na internet em <<http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-penal-federal/libro-primero/titulo-primero/capitulo-v/#articulo-19>>, acesso em 12.03.2015.

MEZGER, Edmundo. Tratado de Derecho Penal, Tomo II. Tradução da 2ª ed. Alemã (1933) por José Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1957.

MIR PUIG, Santiago. Sobre el tipo subjetivo del concurso de delitos: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1985. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 40, n. 1, p. 203-210, jan./abr., 1987.

_____. Derecho penal: parte general. Reimpressão da 3ª ed.. Barcelona: PPU, 1995.

MOLINÉ, José Cid. Notas acerca de las definiciones dogmáticas de concursos de delitos. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, v. 47, n. 1, p. 29-63, jan./abr., 1994.

MOMMSEN, Teodoro. Derecho penal romano. Tradução de Pedro Dourado. Bogotá: Temis, 1991.

MONTENBRUCK, Axel. Strafrahen und strafzumessung. Berlim: Duncker & Humblot, 1983.

MORAIS, Mariana Silveira. Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. Revista eletrônica do CAAP, jan/jun., 2009, Belo Horizonte: disponível na internet em <<http://www2.direito.ufmg.br/revistadoaacp/index.php/revista/issue/view/6/showToc>>, acesso em 01.12.2014.

MORO, Aldo. Unità e pluralità di reati. 2ª ed., Padova, 1959.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. Derecho Penal: Parte General. Madrid: Civitas, 1978.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal: Parte General. 3ª ed.; Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

NINO, Carlos Santiago. El concurso en el Derecho Penal: Criterios para clasificar los casos de varios hechos o de varias normas en la calificación penal de una conducta. Buenos Aires: Astrea, 1972.

_____. Concurso y continuación de delitos de omisión: a propósito de los plenarios Guersi y Pitchon. Doctrina Penal: Teoría y Práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, v. 5, 17/20, p. 283-353, 1982.

NORONHA, Magalhães. Direito penal, vol. I: intrdução e parte geral. São Paulo: Saraiva, 1959.

_____. Crime progressivo e concurso aparente de normas. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 210, ano 62, 1965.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal Chileno: parte general. Tomo 2. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1966.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral/parte especial. 7ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NÚÑEZ, Ricardo C. Manual de Derecho Penal: Parte General. 4ª ed., Córdoba: Marcos Lerner Ed., 1999.

_____. Concurso ideal de delitos. Nuevo pensamiento penal: Revista de Derecho y Ciencias Penales, Buenos Aires, v. 5, 9/12, p. 261-266, 1976.

_____. ¿Concurso real, delito continuado o un solo delito? Doctrina Penal: Teoría y práctica en las Ciencias Penales, Buenos Aires, v. 6, 21/24, p. 93-99, 1983.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Concurso aparente de normas. Puebla: Editorial Cajica, 1975.

PEDROSO, Fernando de Almeida. Conflito Aparente de Normas Penais. Revista dos Tribunais, vol. 673, ano 80, nov. 1991.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique. Concurso de leyes, error y participación en el delito: un estudio crítico sobre el principio de la unidad del título de imputación. Madrid: Citivas, 1991.

PESSINA, Enrique. Elementos de Derecho Penal. 4ª ed. Madrid: Ed. Reus, 1936.

PESSOA, Nelson R.. Concurso de delitos: teoría de la unidad y pluralidad delictiva. 1. Concurso de tipos penales. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1996.

PIMENTEL, Manoel Pedro. Do crime continuado. 2ª ed., rev. e ampl.. São Paulo: RT, 1969.

PIPAÓN PULIDO, Jorge Guillermo. Concurso de leyes. La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário, Madrid, v. 7, n. 67, p. 25-36, jan., 2010.

PIRES, Ariosvaldo de Campos; SALES, Sheila J. Selim. *Compêndio de direito penal: parte geral*, vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PLANAS, Gabriel Garcías. Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 42, n. 1, p. 109-123, jan./abr., 1989.

PLASENCIA. José Ulises Hernández. Delito de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes? *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*. Madrid. t. 47, fascículo 1, ene/abr, 1994.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 48/95. *Diário da República*, I – Série A, n. 63, 15.03.1995, p. 1350-1416. Disponível na internet <em http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/pdf-leis2/dl-48-1995/downloadFile/file/DL_48_1995.pdf?nocache=1182362188.33>, acesso em 03.12.2014.

PRADEL, Jean. *Droit pénal*, Tomo 1: Introduction générale Droit pénal général. 10^a ed., rev. e aum., Paris: Éditions Cujas, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, vol. 1: Parte Geral – Arts. 1.º a 120. 11^a ed., rev. atual e aum.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PUCCIONI, Giuseppe. *Il Codice Penale toscano illustrato sulla scorta delle fonti del Diritto e della giurisprudenza*, volume secondo: art. 42-95. Pistoia: Tipografia Cino, 1855.

PUIG PEÑA, Federico. *Derecho penal: parte general*. Tomo II. 6^a ed., rev. e aum.. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

_____. *Colisión de normas penales: concurso aparente de leyes punitivas*. Barcelona: Bosch, 1995.

PUPPE, Ingeborg. *Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen: Logische Studien zum Verhältnis von Tatbestand und Handlung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1979.

_____. *Funktion und konstitution der ungleichartigen Idealkonkurrenz*. 1982.

_____. *Comentarios a los parágrafos 52 y siguientes del Código penal alemán. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1, Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1995.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: Parte Geral*. 4^a ed. rev. e ampl.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. *Compendio de derecho penal*. Vol. I. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1958.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo *et al.*. *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona: Aranzadi, 1996.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Colaboração de PRATS, Fermín Morales. CANUT, Miguel Prats. Curso de derecho penal: parte general (acorde con el Nuevo Código Penal de 1995). Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

RAMACCI, Fabrizio. Corso di diritto penale. 5ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2013.

RANIERI, Silvio. Reato progressivo e progressione criminosa. *La Scuola Positiva – Rivista di Criminologia e Diritto Criminale*, Milão: Ditt. A. Giuffrè, v. 2, p. 309-319, 1960.

_____. Manual de derecho penal, tomo II: parte general. Tradução do italiano *Manuale di diritto penale*, vol. I, parte generale, 4ª ed. por Jorge Guerrero. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REALE JR., Miguel. Instituições de direito penal: parte geral. 4ª ed., rev. e atual.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. Codice penale tedesco. Traduzido e comentado por Vincenzo Pagano. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1967.

RIQUELME, Rafael Fontecilla. Concursos de delincuentes, de delitos y de leyes penales y sus principales problemas jurídicos. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1956.

RIOSECO, Raúl F. Cárdenas. El principio non bis in idem. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2005.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Principios fundamentais do “Concursus normarum”. *Revista da Faculdade de Direito (Universidade Federal de Minas Gerais)*, ano XVI, n. 5, out., Belo Horizonte: Imprensa da Universidade Federal de Minas Gerais, 1965.

ROUX, Jean-André. Droit criminel français. Tomo I. 2ª ed., rev. e aum., Paris: Societe Anonyme du Recueil Sirey, 1927.

ROXIN, Claus. Derecho penal, parte general, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. da 2ª ed. alemã por Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

RUSCONI, Maximiliano A. La teoría del concurso aparente de delitos en el pensamiento de Carlos Nino. *Nueva Doctrina Penal*, 1998-B, p. 509-519. Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 4ª ed. rev. e ampl.. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

SANZ MORÁN, Ángel José. El concurso de delitos en la reforma penal. In *Cuadernos de derecho judicial: unidad y pluralidad de delitos*. Org. Angel Calderón Cerezo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.

_____. *Unidad y pluralidad de delitos: la teoría de concurso en Derecho Penal*. Cidade do México: Ubijus, 2012.

SAUER, Wilhelm. Allgemeine Strafrechtslehre: Grundlagen des Strafrechts. 2ª ed., Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1949.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. De concursu delictorum formali, 1800. In Vermischte Schriften IV. Berlin: Deit un Comp., 1850.

SCHIFFRIN, Leopoldo. Algunas reflexiones sobre el concurso ideal. Nuevo pensamiento penal: revista cuatrimestral de derecho y ciencias penales. Buenos Aires, año 1, n.1, ene/abr., 1972.

SCHÜTZE, T. R.. Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage. In ZStW, 3, 1883, p. 48 e ss..

SERLOTEEN, Patrick. Études et variétés: les qualifications multiples. Revue de science criminelle et de droit pénal compare, n.1, jan/mar. Paris: Sirey, 1973.

SNIZCK, Valdir. Falso e estelionato e o conflito aparente de normas. Ciência Penal. Rio de Janeiro, ano 4, n.1, 1979.

SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino, Tomo II. Buenos Aires: Ed. La Ley, 1945.

SOLER, Sebastian. Derecho penal argentino, Tomo II. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

STEVENSON, Oscar. Concurso aparente de normas penais. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 209, ano 62, 1965.

STRATENWERTH, Günter. Derecho penal, parte general I: El hecho punible. Trad. do original Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat. Vierte, völlig neu bearbeitet Auflage. Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag KG, 2000 por Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

SUIÇA. Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (Stand am 1. Juli 2014). Disponível na internet em <<http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/201407010000/311.0.pdf>>, acesso em 04.10.2014.

TANAS, Alfonso. Concorso di reati anonari. Roma: Juris Domus, Archivio Penale, Fascicolo III-IV, mar./apr., 1948.

TAGLE, Horacio A. Carranza. Introducción al concurso de delitos: critérios sobre unidad y pluralidad delictiva. Buenos Aires: Euros Editores, 2011.

TAVARES, Juarez. Parecer apresentado perante o Supremo Tribunal Federal na ação penal 470. Disponível na internet em <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20121128-06.pdf>, acesso em 25.08.2014.

THOMPSON, Augusto. Quem são os criminosos: o crime e o criminoso: entes políticos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Margarita Roig. El concurso ideal de delitos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. Concurso formal de crime: unidade de ação e pluralidade de infrações. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 11, n. 41, p. 257-267, jan./mar., 2003.

UNIÃO EUROPÉIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Ruotsalainen v. Finlândia, Application n. 13079/03, Strasburgo, 2009, disponível na internet em < http://www.echr.coe.int/Documents/CLIN_2009_06_120_ENG_856224.pdf>, acesso em 14.09.2014.

_____. _____. Gradinger v. Áustria, Application n. 15963/90, Strasburgo, 1995, disponível na internet em < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958#{"itemid":\["001-57958"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57958#{)>, acesso em 14.09.2014.

_____. _____. Sergey Zolotukhin v. Rússia, Application n. 14939/03, Strasburgo, 2009, disponível na internet em < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222#{"itemid":\["001-91222"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91222#{)>, acesso em 14.09.2014.

VABRES, Donnedieu. Traité de droit criminel et de legislation penale comparee. 3ª ed., Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1947.

VALDÉS, Ernesto Garzón et al.. Lenguaje y acción humana. Buenos Aires: Ad-hoc, 2007.

VIDAL, Georges. Cours de droit criminel et de science pénitentiaire. 6ª ed., rev. e aum. Por Joseph Magnol. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1921.

VIDAL, Hélvio Simões. Convergência de normas e concurso de penas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

VILLALLOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano: parte general. 3ª ed., Ciudad de Mexico: Porrúa, 1975.

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. La estructura de la teoría del concurso de infracciones. Universidade de Valência, 1981.

VON BURI, Maximilian. Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Beilage zu G. S. Band 31. Stuttgart, 1879.

_____. Concurso ideal. Cap. I do original Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Stuttgart: Verlag von Ferdinand Enke, 1879, trad. Conrado A. Finzi, in Cuadernos de los Institutos da Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Ano XIV, n. 77, pp. 99-117.

VOUIN, Robert. Manuel de droit criminel. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949.

VOUIN, Robert. LÉAUTÉ, Jacques. Droit pénal et procédure pénale. 3^a ed., Paris: Presses Universitaires de France, 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de derecho penal, parte general IV. Buenos Aires: Ediar, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, vol. 1: parte geral. 8^a ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ZENKNER SCHMIDT, Andrei. Concurso aparente de normas penais. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 9, n. 33, p. 67-110, jan./mar.2001.

WÄCHTER, Carl. Deutsches Strafrecht. Vorlesungen. Leipzig, 1881.

WEGSCHEIDER, Herbert. Echte und scheinbare Konkurrenz: Zu materiellrechtlichen und prozessualen Fragen des "Zusammentreffens strafbarer Handlungen" (§28 StGB). Berlin: Dunkler & Humblot, 1980.

WELZEL, Hans. Derecho penal alemán: parte general. 11^a ed., Santiago: Ed. Jurídica del Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. Direito penal: parte geral (aspectos fundamentais). Trad. do alemão por Juarez Tavares. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris: 1976.