



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A EXASPERAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO  
FORMAL E CRIME CONTINUADO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Marcos Antonio Lopes Cunha

Rio de Janeiro  
2018

MARCOS ANTONIO LOPES CUNHA

A EXASPERAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO  
FORMAL E CRIME CONTINUADO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Artigo científico apresentado como exigência  
de conclusão do Curso de Pós-Graduação  
*Lato Sensu* da Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro.

Professores orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2018

## A EXASPERAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Marcos Antonio Lopes Cunha

Graduado pela Universidade Cândido Mendes em Direito. Advogado. Pós-Graduando em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – levando-se em consideração o aumento no índice de criminalidade nos dias atuais, se evidencia no Direito Penal, uma divergência doutrinária e jurisprudencial referente ao aumento da pena no caso em que se configura tanto o concurso formal de crimes quanto a continuidade delitiva, se tendo duas teses, uma que sustenta a aplicação cumulativa do concurso formal e do crime continuado e outra em que se defende um aumento único em razão da continuidade delitiva, levando-se em consideração a totalidade de delitos praticados. A essência da presente pesquisa é a de abordar as espécies de concurso de crimes e verificar qual é a tese correta a ser aplicada, abordando ainda, as consequências ocasionadas quando prevista, cumulativamente a pena de multa no casos acima.

**Palavras-chave** – Direito Penal. Concursos de Crimes. Exasperação das Penas. Concurso entre Concursos de Crimes. Concurso Formal. Crime Continuado.

**Sumário** - Introdução. 1. Os Concursos de Crimes e a sua Repercussão na Sentença Penal Condenatória. 2. A Divergência Quanto à Forma de Aplicação do Aumento da Pena nos Casos de Concursos entre Concurso Formal e Crime Continuado e a Ocorrência ou não de *Bis In Idem*. 3. O Reflexo da Aplicação do Concurso Formal e do Crime Continuado na Pena de Multa. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica busca a elucidar a discussão acerca da exasperação das penas nas sentenças penais condenatórias nos casos em que se há concurso entre crimes praticados no contexto do concurso formal e com continuidade delitiva. Procura demonstrar a divergência doutrinária e jurisprudencial existente, pois existem duas posições acerca do tema. A primeira posição defende que deve se realizar a dosimetria de cada uma das penas de forma separada, para após se aplicar a técnica da exasperação da pena, enquanto a segunda posição sustenta que deve ser considerado um único aumento de pena, levando-se em conta apenas o número de crimes praticados.

Busca abordar o tema à luz do princípio constitucional da individualização da pena, bem como a consequência que esse aumento de pena a ser realizado, impactará na aplicação da pena de multa, quando imposta cumulativamente.

Para uma melhor compreensão do tema, busca-se abordar e conceituar os institutos do concurso formal e do crime continuado, bem como identificar a finalidade de cada um desses, buscando assim, a intenção do legislador quando de sua elaboração.

A presente pesquisa se mostra relevante, pois cada vez mais vem se aumentando a população carcerária, de forma que cada individuo tem tratamento processual e penal diferenciado, pois há uma aplicação distoante quanto ao aumento das penas nos casos abordados, de modo que se mostra uma Justiça injusta.

Assim, visa a abordar a consequência de cada um desses tipos de aumento de pena no âmbito da pena de multa cumulada, uma vez que grande parte dos tipos penais, além de prever a pena privativa de liberdade, impõe também a pena de multa, devendo ser considerada no âmbito do concurso de crimes.

Inicia-se o primeiro o capítulo conceituando o concurso de crimes e suas modalidades, identificando a natureza e a finalidade de cada um desses e apresentando a repercussão que o concurso entre concursos de crimes ocasionam na sentença penal condenatória.

Enquanto o segundo capítulo trata da existência de uma jurisprudência divergente, bem como a divergência doutrinária acerca da melhor aplicação do aumento da pena nos casos em que há concurso entre concurso formal e crime continuado e a configuração ou não de *bis in idem*, questionando, ainda, qual seria a melhor forma de se aplicar o aumento da pena.

Já o terceiro capítulo trata da pena de multa nos casos de concurso formal ou crime continuado, ao abordar a divergência quanto à caracterização do crime continuado como uma forma de concurso de crimes.

Dito isso, busca refletir acerca de uma sentença penal condenatória mais justa e, conseqüentemente, mais legítima. Para tanto, tem como objeto identificar a melhor das duas posições apresentadas, partindo de uma análise legal e constitucional, à luz dos princípios constitucionais e da finalidade dos institutos, para que assim, se tenha um tratamento mais isonômico, evitando uma jurisprudência divergente, onde as penas aplicadas para casos similares, se mostram equidistantes, sem o devido fundamento.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, porque nesta se pretende analisar situações hipotéticas em que se possa visualizar o cenário em que ocorrem tais circunstâncias, em que acredita ser mais adequada para analisar o objeto da pesquisa, bem como, facilitar a demonstração das consequências práticas.

Com isso, a abordagem realizada na presente pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, pois visa a entender a problemática da controvérsia acima citada e encontrar a

solução mais adequada, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco e da análise jurisprudencial para sustentar a sua tese.

## 1. OS CONCURSOS DE CRIMES E A SUA REPERCUSSÃO NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

As hipóteses de concursos de crimes estão previstas no Código Penal nos artigos 69, 70 e 71, que tratam, respectivamente, do concurso material, do concurso formal e do crime continuado. O concurso material é aquele em que o agente, por meio de duas ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes. Já o concurso formal, é caracterizado pela única conduta do agente, que importa em dois ou mais crimes. Já para o crime continuado, como dito por Greco, o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria da ficção jurídica, na qual se entende que a prática de variadas ações ou omissões, consideradas, individualmente, como crime, são consideradas pelo ordenamento jurídico como um delito único<sup>1</sup>.

O concurso material é o mais simples das modalidades de concurso, bastando que se preencha os requisitos trazidos pelo artigo 69 do Código Penal, quais sejam, pluralidade de condutas, sejam ações ou omissões e que com isso, tenha praticado dois ou mais crimes, sejam estes idênticos ou não. Assim, deve se aplicar o critério do cumulo material, devendo somar as penas aplicadas em cada um dos delitos praticados.

Já o concurso formal, está previsto no artigo 70 do Código Penal<sup>2</sup>:

art. 70. Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentadas, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior.

Parágrafo único. Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código.

Assim, tem-se duas classificações possíveis de concurso formal, uma quanto à tipificação dos crimes e a outra quanto ao elemento subjetivo do agente na prática do delito. Para a primeira classificação, conforme afirma Greco<sup>3</sup>, se leva em conta a identidade dos delitos, se os crimes praticados são idênticos ou não, interferindo na pena aplicada, pois sendo idênticos, aplica-se a pena de um destes, aumentada de um sexto até a metade, sendo o chamado

---

<sup>1</sup>GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 603.

<sup>2</sup>BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 17 abr 2018.

<sup>3</sup>GRECO, op. cit., p. 599.

concurso formal homogêneo. Mas, em sendo crimes diferentes, aplica-se a maior pena dosada, acrescida de um sexto até a metade, chamado de concurso formal heterogêneo.

Já a classificação quanto ao elemento subjetivo do agente, pode ser classificada como concurso formal próprio e concurso formal impróprio. No concurso formal próprio, o agente pratica dois ou mais crimes sem a intenção de praticá-los, ou querendo praticar apenas um, podendo se afirmar que pode ocorrer na modalidade culpa + culpa ou na modalidade dolo + culpa, aplicando-se assim, o aumento de um sexto a metade. Esse aumento somente não irá ocorrer quando a pena amentada for maior do que se tivesse aplicado o critério do cúmulo material, evidenciando-se assim, o objetivo do instituto, que é o de beneficiar o réu, conforme previsto no parágrafo único.

No concurso formal impróprio, sendo aquele previsto na parte final do artigo 70 do Código Penal, o agente pratica os crimes mediante apenas, uma ação ou omissão, mas atuando dolosamente, com desígnios autônomos, que segundo Greco: “desígnio autônomo quer dizer, portanto, que a conduta, embora única, é dirigida finalisticamente, vale frisar, dolosamente, à produção dos resultados”<sup>4</sup>.

Nesse último caso, conforme a disposição do Código Penal, aplicar-se-á o critério do cúmulo material, devendo somar as penas de todos os crimes praticados dolosamente.

Quanto ao crime continuado, também chamada de continuidade delitiva, dispõe o artigo 71 do Código Penal<sup>5</sup>:

art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

Assim, tem-se que a figura do crime continuado, como já afirmado, ao adotar a teoria da ficção jurídica, ocorre quando o agente, mediante duas ou mais ações pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, com semelhança quanto as condições de tempo, lugar e maneira de

---

<sup>4</sup> GRECO, op. cit., p. 600.

<sup>5</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

execução. Quanto as condições de tempo, é de se ressaltar que o STF<sup>6</sup> entendeu que se tem um limite de, no máximo, 30 dias entre a execução de cada crime.

Dessa forma, se tem que, havendo continuidade delitiva, deverá ocorrer a exasperação da pena. Quando se tratar de crimes da mesma espécie, da aplicação de uma delas e em se tratando de crimes diferentes, da mais grave das penas previstas, aumentando-se de um sexto até dois terços em ambos os casos. O critério para quantificar a fração a ser aplicada, assim como nos casos do concurso formal, é o número de delitos praticados.

Quanto à origem histórica do crime continuado, Bettiol<sup>7</sup> afirmava:

A figura do crime continuado não é de data recente. As suas origens ‘políticas’ acham-se sem dúvida no *favor rei* que impeliu os juristas da Idade Média a considerar como furto único a pluralidade de furtos, para evitar as consequências draconianas que de modo diverso deveriam ter lugar: a pena de morte ao autor de três furtos, mesmo que de leve importância. Os nossos práticos insistiam particularmente na contextualidade cronológica da prática dos vários crimes, para considera-los como crime único, se bem que houvesse também quem se preocupasse em encontrar a unidade do crime no *uno impetu* com o qual os crimes teriam sido realizados. Da idade Média, a figura do crime continuado foi trasladada para todas as legislações.

O que se pode observar tanto no concurso formal, como na continuidade delitiva, é que o legislador, por questões de política criminal, quis tratar de modo diverso o agente que pratica mais de um crime, desde que não configurada a reiteração criminosa. Por essa razão, nos casos de concurso formal ou continuidade delitiva, aplica-se um aumento de pena diferenciado do cúmulo material, menor que esse, buscando assim, beneficiar o agente que reitera a sua conduta criminosa, para evitar a aplicação de penas exorbitantes.

A problemática se encontra naqueles casos em que se tem a presença do concurso formal próprio e do crime continuado em um único processo, isso porque a jurisprudência não possui critérios formados quanto ao aumento que deveria ser aplicado na hipótese. Isso porque, nesse caso, deve se utilizar, o critério da exasperação, aumentando de um sexto a metade no concurso formal e de um sexto a dois terços em razão da continuidade delitiva.

Se terá o concurso entre o concurso formal próprio e a continuidade delitiva quando o agente, por uma só ação ou omissão, praticar dois ou mais delitos e, em sequência, nas mesmas condições de tempo, lugar e circunstâncias, ou seja, com o mesmo *modus operandi*, pratica mais delitos da mesma espécie.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.305*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69896%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69896%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8pfwex>>. Acesso em: 17 abr 2018.

<sup>7</sup> BETTIOL apud GRECO, op. cit., p. 602.

Como exemplo, se tem a prática, pelo agente, do delito de roubo de um carro, em que se subtrai os bens dos dois passageiros do veículo mediante grave ameaça ou violência, subtraindo assim, bens de ambos os passageiros do veículo. Nesse caso, se tem o concurso formal próprio, isso porque o desígnio do agente quando da prática de sua conduta era de roubar o veículo em si, atingindo patrimônios distintos, mas como se fosse uma universalidade de fato.

Se após um determinado período de tempo, esse mesmo agente, no mesmo local e em horário semelhante, praticar outro roubo a um outro veículo, atingindo patrimônio de outros passageiros, estaria configurado a continuidade delitiva em razão da conduta anterior.

Nesse caso, o agente praticou delitos em concurso formal, bem como, também se adequa à teoria da ficção jurídica da continuidade delitiva. Com isso, na sentença penal condenatória desse agente, o magistrado deverá levar em conta todas as condutas do agente, seja da continuidade delitiva ou do concurso formal, para que assim, atenda ao princípio constitucional da individualização da pena.

## 2. A DIVERGÊNCIA QUANTO À FORMA DE APLICAÇÃO DO AUMENTO DA PENA NOS CASOS DE CONCURSO ENTRE CONCURSO FORMAL E CRIME CONTINUADO E A OCORRÊNCIA OU NÃO DE *BIS IN IDEM*

Ao fazer uma análise da jurisprudência, o que se verifica é que esta se mostra vacilante acerca do aumento a ser praticado nos casos em que há tanto a figura do concurso formal de crimes, como também, a ocorrência de crime continuado. Essa divergência também se percebe na doutrina.

Alguns autores entendem que em havendo, no mesmo contexto fático, crime continuado e concurso formal, deve se desprezar a figura do concurso formal, aplicando-se aos delitos praticados a continuidade delitiva, apenas.

Como se observa em Júlio Fabbrini Mirabete<sup>8</sup>:

Permanece, contudo, a dificuldade quando houver entre os componentes do crime continuado, um concurso formal de delitos. A solução mais razoável é a de que o aumento deve incidir sobre a pena mais severa dos crime componentes, excluído o aumento decorrente do concurso formal, servindo os resultados diversos deste apenas para a contagem do número de ilícitos praticados. Do contrário, o reconhecimento do concurso formal cujo tratamento é mais benigno que o do crime continuado, trará uma aplicação mais severa da pena afinal aplicada do que se reconhecesse, na conduta com vários resultados, uma continuidade delitiva.

---

<sup>8</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini e outro, *Manual de Direito Penal*, v. 1: Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2007, p. 330.

Com isso, tem-se que a aplicação dos dois concursos no mesmo caso, isso é, da exasperação da pena pelo concurso formal e após, exasperar novamente a pena em razão da continuidade delitiva, iria contra a natureza desses institutos, uma vez que acarretaria prejuízo ao condenado, pois alcançaria uma pena maior do que quando um único aumento em razão do crime continuado, considerando a totalidade de delitos. Esse entendimento também é encontrado na jurisprudência, como se pode observar no STJ<sup>9</sup>:

CONCURSO DE CRIMES. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA. DUPLO AUMENTO. ALEGADO BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. COAÇÃO ILEGAL PATENTEADA. 1. Segundo orientação deste Superior Tribunal de Justiça, quando configurada a concorrência de concurso formal e crime continuado, aplica-se somente um aumento de pena, o relativo à continuidade delitiva. Precedentes. 2. Ocorre bis in idem quando há majoração da reprimenda primeiramente em razão do concurso formal, haja vista o cometimento de um delito roubo contra duas vítimas diferentes num mesmo contexto fático, e, em seguida, em função do reconhecimento do crime continuado em relação ao terceiro assalto cometido.

Todavia, há autores que entendem de modo diverso, entendendo que o magistrado deverá efetuar um aumento quanto ao concurso formal e após, realizar um segundo aumento de pena em razão do crime continuado, como defendido por Rógerio Sanches Cunha<sup>10</sup>:

Alertamos, no entanto, que o legislador só autorizou ao juiz aplicar uma única causa de aumento dentre as várias cominadas, quando todas estiverem na parte especial (art. 68, parágrafo único, CP). Não é o nosso caso. Estando as duas na parte geral, o julgador deve considerar os dois aumentos (um do concurso formal e o outro(sic) da continuidade delitiva.

Tal entendimento também encontra respaldo na jurisprudência, inclusive do STF, como se pode verificar no HC n° 73.821/RJ<sup>11</sup>, que embora antigo, continua sendo utilizado como precedente:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE ESTELIONATO. CONCURSO FORMAL E CONTINUIDADE DELITIVA (CRIME CONTINUADO). ARTIGOS 70 E 70 DO CÓDIGO PENAL. “HABEAS CORPUS”. ALEGAÇÃO DE “BIS IN IDEM”. INOCORRÊNCIA. (...) Assim, sobre a pena-base deve incidir o acréscimo pelo concurso formal, de modo a ficar a pena do delito mais grave (estelionato consumado) acrescida de, pelo menos, um sexto até metade, pela co-existência do crime menos grave (art. 70). E como os delitos foram praticados em

<sup>9</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 163.591/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15522224&num\\_registro=201000337824&data=20110602&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=15522224&num_registro=201000337824&data=20110602&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 07 set 2018.

<sup>10</sup> CUNHA. Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal*: parte Geral (arts. 1° ao 120). Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 501.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 73.821/RJ*. Relator Ministro Sydney Sanches. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74777>>. Acesso em 07 set 2018.

situação que configura a continuidade delitiva, também o acréscimo respectivo (art. 71) é de ser considerado. 2. Rejeita-se, pois, com base, inclusive, em precedentes do S.T.F., a alegação de que os acréscimos pelo concurso formal e pela continuidade delitiva são inacumuláveis...

Assim, tem-se que a jurisprudência do STF levou em conta o princípio da individualização da pena, previsto no artigo 5º, XLVI da CRFB<sup>12</sup>, de forma que considera a conduta do agente para ocorrer a fixação da pena. Assim, como teve uma conduta em concurso formal deve ser reconhecido o aumento quanto à esse concurso de crime e, havendo uma outra conduta em continuidade delitiva, também deve ser reconhecido e aplicado o aumento de pena em razão do crime continuado.

Contudo, essa não parece ser a posição mais adequada, tendo em vista que, conforme explicitado anteriormente, a figura da continuidade delitiva, a qual adota a teoria da ficção jurídica, surge em seu início, ainda na Idade Média, para beneficiar o réu, uma vez que considerava múltiplos furtos, como único furto, impedindo assim, as penas draconianas, consideradas muito severas.

Assim, o agente que praticava de uma só vez variados crimes de furtos contra indeterminados cidadãos, era considerado como a prática de um crime único, tendo em vista que quando o agente atingisse três furtos, era submetido à pena de morte. Assim, o que se pode observar é que a natureza do instituto é somente a de beneficiar o réu, sendo adotada como uma política criminal para evitar penas muito elevadas, em detrimento do concurso material, no qual se aplica o critério do cúmulo material, somando as penas aplicadas.

Outro argumento utilizado para aplicar um aumento para cada tipo de concurso é que o legislador, no artigo 68, parágrafo único do Código Penal<sup>13</sup>, permite a aplicação de uma única causa de aumento somente quando estão todas previstas na parte especial do Código Penal e não na parte geral, como é o caso de concurso de crimes.

Mais uma vez, não se mostra correto tal entendimento, uma vez que a aplicação do aumento referente ao concurso de crimes não se dá na terceira fase da dosimetria, e sim em momento posterior, não sendo considerado, portanto, como uma causa de aumento em si.

Seguindo essa posição, tem-se Rogério Gerco<sup>14</sup>:

Merece destaque o tema relativo à aplicação da pena no concurso de crimes. Na sentença que reconhecer o concurso de crimes, em qualquer das três hipóteses até aqui analisadas – concurso material, concurso formal e crime continuado –, deverá o juiz

<sup>12</sup>BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> . Acesso em: 26 nov 2018.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 2

<sup>14</sup> GRECO, op. cit., p. 614.

aplicar, isoladamente, a pena correspondente a cada infração penal praticada. Após, segue-se a aplicação das regras correspondentes aos aludidos concursos.

Assim, mostra-se acertada a posição do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que reconhece a ocorrência de *bis in idem* quando se tem um aumento referente ao concurso formal e um segundo aumento referente ao crime continuado, devendo assim, realizar um único aumento, quanto à continuidade delitiva, observando a quantidade de crimes praticados, na sua universalidade.

Inclusive, essa posição também é adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>15</sup>:

Na aplicação da pena, incide tanto para um como para o outro o princípio da exasperação. No caso concreto, o acusado roubou uma vítima e, depois, na mesma condição de tempo, lugar e maneira de execução, em nova ação delituosa, abordou duas vítimas distintas e delas subtraiu diversos bens, inclusive de parentes que lá não se achavam, devendo ser reconhecida a continuidade delitiva entre as infrações praticadas através de diversas ações. A doutrina e a jurisprudência do STJ são firmes no sentido de que, configurado o concurso entre concurso formal e crime continuado, deve o aumento pelo concurso ideal ser desconsiderado no momento da apenação, passando todas as infrações a integrar a continuidade delitiva. O número total de crimes deve ser observado quando do calibre do aumento respectivo. Tratando-se de três crimes, o aumento proporcional é de 1/5.

Dessa forma, tem-se que, incorrendo o agente em condutas em concurso formal e continuidade delitiva em um mesmo contexto, deve se aplicar um aumento único, referente ao crime continuado, quantificado em razão de todos os crimes praticados, sob pena de *bis in idem*.

Como se pode observar da leitura do parágrafo único do artigo 70 do Código Penal<sup>16</sup>, ocorrendo o concurso formal, a pena exasperada não poderá ser superior a que seria cabível quando somadas. Isso, mais uma vez, demonstra a intenção do legislador ao prever o concurso formal e o crime continuado, como instrumentos de uma política criminal para beneficiar o réu, de forma que evita penas muito elevadas diante de condutas sucessivas.

---

<sup>15</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0007488-21.2016.8.19.0008*. Relator Desembargador Marcus Basílio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C2A7BDEB0F306B0C95B9F5EF2E9F65BEC5061D646232&USER=>>>. Acesso em 07 jul 2018.

<sup>16</sup> BRASIL, op. cit., nota 2

### 3. O REFLEXO DA APLICAÇÃO DO CONCURSO FORMAL E DO CRIME CONTINUADO NA PENA DE MULTA

Com o adequado enquadramento do concurso de crimes, seja do concurso formal, seja pelo crime continuado, surge a questão da aplicação desses regimes quando da imposta a pena de multa, cumulativamente.

O artigo 72 do Código Penal<sup>17</sup> estabelece que no concurso de crimes, as penas de multa são aplicadas distinta e integralmente.

Ao se realizar uma análise do disposto no artigo 72, tem-se que cada pena de multa, estabelecida para cada um dos crimes praticados pelo agente, deve ser aplicada isoladamente que, como consequência, acarreta no somatório das penas de multa aplicáveis ao caso concreto, bastando a ocorrência de qualquer dos tipos de concurso de crimes para acarretar a soma das multas aplicadas a cada um dos delitos praticados pelo agente.

Quanto à aplicação do critério da soma das multas no caso de concurso de crimes, seja concurso formal, seja de concurso material, esse é plenamente aceito pela doutrina e jurisprudência, em razão do disposto no artigo 72 do Código Penal.

Já quanto à aplicação isolada da pena de multa de cada um dos delitos praticados no contexto da continuidade delitiva, existe divergência entre a doutrina e a jurisprudência.

A primeira corrente entende que, em se tratando o crime continuado de uma espécie, ainda que ficta de concurso de crimes, deve se aplicar a pena isoladamente de cada uma das penas de multa, uma vez que esse é o tratamento dispensado pela lei, de forma que o legislador não fez qualquer distinção acerca da aplicação da pena de multa no crime continuado. Assim, deve se aplicar a mesma regra, ao concurso formal, ao concurso material e também, ao crime continuado.

Essa posição é adotada por Ricardo Augusto Schmitt<sup>18</sup>, como se pode observar:

A posição que assumimos é majoritária perante a doutrina, na qual se assenta o entendimento de que a aplicação cumulativa da pena de multa se estende para todas as espécies de concursos de crimes, inclusive para o crime continuado.

Com isso, apesar de não ser considerado propriamente como concurso de crime, uma vez que o Código Penal confere outra nomenclatura, aplica-se o critério do cúmulo material às

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. Salvador: JusPODIVM, 2017, p.325.

penas de multa, também no caso de continuidade delitiva, como aponta a doutrina majoritária. Essa também é a posição defendida por Rogério Greco<sup>19</sup>:

Isso quer dizer que na hipótese de concurso material, concurso formal ou mesmo crime continuado, as penas de multa deverão ser aplicadas isoladamente para cada infração penal. Imagine-se que alguém tenha praticado quatro crimes em concurso formal. Aqui, ao invés de ser aplicado o percentual de aumento de um sexto até metade, as penas de multa serão encontradas isoladamente.

Contudo, a jurisprudência vai de encontro à essa posição, entendendo que, na continuidade delitiva, em que se consideram várias práticas de delitos da mesma espécie, mediante mais de uma conduta, seja omissiva ou comissivas, pelas mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, se adota a teoria da ficção jurídica.

Por essa teoria, a prática de dois ou mais crimes é considerada quando da aplicação da pena, como unidade de crimes, ou seja, é considerado como crime único, de forma que não poderia ser enquadrado como concurso de crimes, uma vez que se teria posições conflitantes, pois, enquanto se consideram vários crimes como um só, ao mesmo tempo, se considera como a prática de mais de um crime, ao se referir como concurso de crimes.

Desta maneira, seria incabível a aplicação do artigo 72 do Código Penal no que tange ao crime continuado, uma vez que esse não se trata de modalidade concurso de crimes, mas de um instituto no qual se tem uma unicidade delitiva, ainda que de maneira ficta.

Essa segunda corrente, foi adotada pelo STJ<sup>20</sup>, como se pode observar:

PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. DOIS CRIMES DA MESMA ESPÉCIE. MESMA VÍTIMA. COMETIMENTOS COM DIFERENÇA DE MAIS OU MENOS QUINZE DIAS. MESMO LOCAL. MESMA MANEIRA DE EXECUÇÃO. PENA DE MULTA QUE NÃO SE SUJEITA À REGRA DO ARTIGO 72, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. Configurada está a continuação delitiva entre dois crimes de roubo, cometidos contra a mesma vítima, mais ou menos numa mesma época, num mesmo local e com o mesmo modo de execução. 2. Na hipótese da aplicação da pena de multa no crime continuado, não é aplicável a regra do artigo 72, do Código Penal. 3. Ordem concedida.

---

<sup>19</sup> GRECO, op. cit. p. 615.

<sup>20</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 95.641*. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num\\_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em 26 set 2018.

Com isso, a jurisprudência, divergindo da doutrina, entende que, em se tratando da continuidade delitiva, deve ser aplicado o mesmo critério adotado para a pena em si, previsto no artigo 71 do Código Penal<sup>21</sup>, aplicando-se a maior das penas, aumentando de um sexto a dois terços, por determinação legal.

Como se pode perceber em Ricardo Schmitt<sup>22</sup>:

No que tange à espécie de crime continuado, a jurisprudência tem estendido o sistema de exasperação previsto à dosimetria da pena privativa de liberdade (art. 71 do CP) também à dosimetria da pena de multa (quantidade de dias-multa), não fazendo incidir, portanto, a regra insculpida no artigo 72 do Código Penal.

Dessa forma, na hipótese de concurso entre concurso formal e continuidade delitiva, deve se aplicar um único aumento, referente à continuidade delitiva, considerando-se a totalidade dos delitos praticados.

Sendo reconhecida a continuidade delitiva, e realizado o aumento de um sexta a dois terços à pena prevista no preceito secundário do tipo penal, deve ser o mesmo aumento, aplicado também à pena de multa, quando prevista, como adotado pela jurisprudência, em simetria ao aumento aplicado à pena privativa de liberdade.

## CONCLUSÃO

Essa pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de uma divergência na doutrina e na jurisprudência quanto à aplicação do concurso de crimes na sentença criminal, especificamente quando da ocorrência tanto do concurso formal de crimes como também, da continuidade delitiva em uma sentença penal condenatória. Essa divergência leva a consequências relevantes no cálculo da pena do acusado, podendo vir a ser majorada ou reduzida a depender da posição que o sentenciante adota.

Uma parcela da doutrina sustenta ser correto a aplicação de cada um dos concursos de crime individualmente, de forma que ocorre um aumento sobre o aumento, possibilitando a individualização da conduta do acusado. Na jurisprudência, se encontram alguns acórdãos do STJ e do próprio TJ/RJ nesse sentido.

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 2.

<sup>22</sup> SCHMITT, op. cit. p. 325.

Em um contraponto, há quem defenda na doutrina que deve ser contabilizado no cálculo da pena, apenas a continuidade delitiva, levando-se em conta todos os delitos praticados, sustentando que essa seria a forma mais adequada, levando-se em conta a natureza e a finalidade do instituto da continuidade delitiva. Nesse sentido, há jurisprudência ampla no STF e no TJ/RJ.

A questão abordada no segundo capítulo, de qual seria o entendimento correto nesses casos de concurso entre concurso formal e crime continuado, essa pesquisa chegou a conclusão de que, para que se tenha a observância do princípio da individualização da pena, deve se aplicar a tese do aumento único, devendo aumentar a pena em razão da continuidade delitiva, levando-se em conta a universalidade de crimes praticados.

Para alcançar a resolução dessa questão, essa pesquisa levou em consideração a *mens legis* do instituto da continuidade delitiva, trazendo à discussão, o contexto histórico no qual fora implementado, argumentando que, como o instituto surge para beneficiar o acusado, esse não poderia ser utilizado para aumentar a pena deste, caso contrário, se teria aplicabilidades conflitantes para o referido instituto.

Resolvida essa divergência, surge outra questão divergente na jurisprudência, que é a fórmula para a aplicação da pena de multa no caso de continuidade delitiva. Acerca dessa questão, a jurisprudência diverge, no sentido da natureza da continuidade delitiva, uma vez que o Código Penal, prevê que no caso de concurso de crimes, se tem a aplicação da pena de multa de forma isolada para cada um dos crimes.

Contudo, a lei não resolve a questão, porque há quem defenda que a continuidade delitiva não pode ser inserida como uma espécie de concurso de crime, sendo um instituto de política criminal para beneficiar o acusado, lhe concedendo, para fins de aplicação da pena, que seja consideradas as condutas, como um crime único, não havendo o que se falar em concurso de crimes.

Mais uma vez, para resolver a presente questão, foi analisada a natureza do instituto, levando-se em conta a sua finalidade e os objetivos, de forma que o artigo que prevê a continuidade delitiva, prevê uma forma especial de aplicação da pena, seja ela privativa de liberdade ou pena de multa, devendo se considerar a pena mais gravosa a aumentá-la, de um sexto até dois terços.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 19 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 19 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19 de mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 95.641*. Relatora Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num\\_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3728389&num_registro=200702845452&data=20080414&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 26 set. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 69.305*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+69896%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+69896%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8pfwex>>. Acesso em : 17 abr. 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0007488-21.2016.8.19.0008*. Relator Desembargador Marcus Basílio. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004C2A7BDEB0F306B0C95B9F5EF2E9F65BEC5061D646232&USER=>>>. Acesso em: 07 jul. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM., 2016.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini e outro, *Manual de Direito Penal*, v. 1: Parte Geral, São Paulo: Atlas, 2007

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*. 11. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.